

**Tesis Doctoral**

**DE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD A UNA  
LEGISLACIÓN SOBRE EL CUIDADO**

**Noelia Igareda González**

**Universitat Autònoma de Barcelona**

**Co-directoras de tesis:**

**Dra. Francesca Puigpelat Martí**

**Dra. Encarna Bodelón González**

**Barcelona noviembre 2010**



**Tesis Doctoral**

**DE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD A UNA LEGISLACIÓN SOBRE  
EL CUIDADO**

**Noelia Igareda González**

**Departament de Ciència Política i Dret Públic  
Universitat Autònoma de Barcelona**

Doctorado en Derecho Público: Las transformaciones del Estado de Derecho,  
desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el  
Derecho Penal

**Co-directoras de tesis:**

**Dra. Francesca Puigpelat Martí**

**Dra. Encarna Bodelón González**

**Barcelona noviembre 2010**



*“La maternidad es una elección y no una vocación universal”.*

Marsico (2003: 129)

Para todas las madres de mi familia: para mis abuelas, mis tías y mi madre.



# INDICE

## INTRODUCCIÓN

1. Origen de esta tesis .....	5
2. Objetivo de la investigación .....	6
3. Hipótesis de trabajo .....	9
4. Metodología .....	11
5. Estructura de la tesis.....	24
6. Agradecimientos .....	26
CAPÍTULO 1.....	29
1.1. EL PENSAMIENTO FEMINISTA SOBRE LA MATERNIDAD .....	30
1.1.1 Orígenes del concepto en los siglos XVII y XVIII .....	30
1.1.2. El feminismo ilustrado y su crítica al Estado moderno.....	37
1.1.3. El feminismo liberal del siglo XIX y principios del siglo XX y la maternidad .....	38
1.1.4. Pensamiento sobre la maternidad en la primera mitad del siglo XX y críticas de los feminismos españoles .....	45
1.1.5. Feminismos del siglo XX y la maternidad .....	55
1.1.6. Feminismos del siglo XX y técnicas de reproducción asistida.....	71
1.1.7. Jurisprudencia feminista.....	80
1.2. APORTACIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS AL CONCEPTO DE PATERNIDAD .....	97
CAPÍTULO 2 EL PAPEL DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD .....	107
2.1. Estado Liberal de Derecho .....	109
2.2. Estados totalitarios.....	115
2.3. Estado Social de Derecho .....	116
2.3.1. Rol del Estado y Estado de Bienestar .....	125
2.3.2. El derecho regulativo en el Estado Social de Derecho .....	133
2.3.3. Las políticas sociales en el Estado Social de Derecho .....	135
2.3.4. Las políticas familiares .....	138
2.3.5. Interés general en el Estado Social de Derecho .....	141
2.4. El Estado Constitucional Democrático.....	144
2.5. El derecho a la reproducción: ¿existen el derecho a la maternidad y el derecho a la paternidad? .....	155
2.5.1. Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho español.....	155

2.5.2. Derecho a la maternidad .....	160
2.5.3. El derecho a la reproducción .....	166
2.5.4. Autonomía procreativa en positivo .....	176
2.5.5. Autonomía procreativa en negativo: la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) .....	180
<b>CAPÍTULO 3 TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD .....</b>	<b>189</b>
3.1. Evolución histórica de la maternidad en el ordenamiento jurídico español.....	189
3.2. Legislación internacional y europea.....	203
3.2.1. Influencia de la legislación internacional .....	203
3.2.2. Orígenes europeos de la legislación española sobre maternidad .....	206
3.3. Derecho español .....	218
3.3.1. El concepto jurídico de la maternidad .....	218
3.3.2. Discursos sobre la paternidad en el derecho español .....	318
<b>CAPÍTULO 4 ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD .....</b>	<b>329</b>
4.1. Opiniones de la ciudadanía sobre la maternidad .....	329
4.1.1. Madre, maternidad y paternidad.....	329
4.1.2. Diversidad de familias y las consecuencias en el ejercicio de la maternidad y la paternidad .....	354
4.1.3. Los factores detrás de la decisión de tener hijos/as .....	362
4.1.4. Cambios en la maternidad.....	378
4.1.5. El natural y animal instinto maternal.....	384
4.2. Perspectivas socio-jurídicas sobre la paternidad .....	392
4.2.1. Padre y paternidad .....	392
4.2.2. Cambios en la paternidad.....	400
4.2.3. El no tan “instinto” paternal.....	403
4.3. La conciliación de la vida familiar y laboral desde la ciudadanía .....	405
4.4. Reflexiones sobre los cuidados en nuestra sociedad: quién cuida, a quién cuida, porqué, cómo y cuándo.....	414
4.5. La ciudadanía y la legislación sobre maternidad y paternidad .....	425
4.6. Los ciudadanos/as frente a la actuación estatal.....	434
4.7. El rol esperado del Estado .....	449
4.8. La maternidad y la paternidad: ¿intereses generales o valores superiores del ordenamiento jurídico español? .....	456
4.9. Rol de las empresas .....	475



5. CONCLUSIONES.....	483
6. ANEXOS .....	495
6.1. ANEXO METODOLÓGICO.....	495
6.2. ANEXO GUIONES DE ENTREVISTAS.....	499
6.2.1. Guión de entrevistas a las mujeres .....	499
6.2.2. Guión entrevistas a hombres.....	502
6.2.3. Guión entrevistas a madres.....	505
6.2.4. Guión entrevistas a padres.....	508
6.2.5. Guión entrevistas a los/las representantes de la Administración Pública.....	511
6.2.6. Guión entrevistas a políticos/as.....	514
6.2.7. Guión entrevistas a académicos/as.....	517
6.3. ACRÓNIMOS .....	521
7. BIBLIOGRAFÍA .....	523
8. FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIA.....	563
9. SUMMARY AND CONCLUSIONS OF THE THESIS.....	567
9.1. OBJECTIVE OF THE RESEARCH.....	567
9. 2. HYPOTHESIS OF THE RESEARCH.....	570
9. 3. METHODOLOGY .....	572
9. 4. STRUCTURE OF THE RESEARCH.....	582
9. 5. CONCLUSIONS.....	584



# INTRODUCCIÓN

## ***1. Origen de esta tesis***

La presente tesis doctoral tiene su origen en la inquietud personal y las preguntas que como jurista y feminista, me planteé cuando quise materializar mi deseo de ser madre, deseo que por cierto nunca había dudado tener desde que era niña, respondiendo a lo que siempre había pensado que era el instinto maternal.

Como madre he visto las contradicciones que suponía el desempeño de las responsabilidades maternales por un lado, con la actividad laboral en el mercado de trabajo formal por otro, y las dificultades de conciliar ambas facetas con las aspiraciones personales y profesionales que tenía fruto de una educación como ciudadana libre e igual.

Como mujer, me he enfrentado a los dilemas que supone un ideal de igualdad con respecto a los hombres, tanto en el plano personal como laboral, que para algunas personas entra en colisión con la condición de madre, dados los especiales vínculos que se suponen unen a la madre y los niños/as pequeños. Mi condición de madre por partida triple ha causado celos y escepticismo en el mundo laboral, sorpresa y hasta estupor, en la esfera personal. También ha constituido un motor de esta investigación la certeza de que estas reacciones hubieran sido muy diferentes si en vez de madre hubiera sido padre, aunque el número y edad de los hijos/as hubiera sido el mismo

Finalmente como jurista, he tenido la oportunidad de comprobar en primera persona, y como observadora privilegiada, que el derecho protege unas determinadas relaciones de género, entre las que están indudablemente el ejercicio de la función materna por parte de las mujeres. Y que esta protección de la maternidad tiene unas consecuencias importantes en el papel de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho en el ámbito público y privado. Además de poder constatar que la mayoría de las instituciones jurídicas que regulan algún aspecto de la maternidad, se apoyan en determinadas creencias sobre el carácter biológico, natural e inherente del embarazo, parto y lactancia, así como de la existencia del instinto maternal.

La tesina para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados (DEA) fue sobre la maternidad de las mujeres presas: aspectos socio-jurídicos a debate, donde se

examinó el tratamiento legal de la maternidad desde el derecho penal y penitenciario. Una de las principales conclusiones en esta investigación fue comprobar que el buen o mal ejercicio de la función maternal era un elemento importante en el proceso de tratamiento y rehabilitación social que se emprendía con estas mujeres presas dentro de las instituciones penitenciarias, y también a su salida, independientemente de que su condición de madre no tuviera nada que ver con el delito que las había llevado a prisión.

Todo ello hizo que emprendiera este proceso de investigación que concluye en la presente tesis doctoral.

## ***2. Objetivo de la investigación***

La investigación analizará el concepto socio-jurídico de la maternidad y la paternidad en el ordenamiento jurídico español en el ámbito de la protección social. El objetivo central de la investigación será el análisis del concepto de maternidad y paternidad que comparten las mujeres y hombres entrevistados, para contrastarlo con el concepto de maternidad y paternidad que presupone el ordenamiento jurídico español en el ámbito de la protección social. Igualmente será clave analizar cuál es el rol del Estado que los ciudadanos/as esperan en materia de maternidad y paternidad y cuál es el papel asignado a ese Estado por los principales textos legales estudiados en esta tesis dentro del marco de un Estado Social de Derecho.

Es decir, la investigación buscará identificar cuál es la función de las leyes sobre maternidad y paternidad en el ámbito de la protección social en el ordenamiento jurídico español, entendiendo por función<sup>1</sup> el objetivo final que una sociedad asigna a sus leyes para conseguir o imponer unos determinados valores que la sociedad considera justos y para asegurar una cohesión y orden social determinado.

Cuando se identificaron los objetivos de esta tesis, la intención inicial era estudiar el concepto socio-jurídico de la maternidad en la sociedad y en el ordenamiento jurídico español. Pero a medida que fue avanzando la investigación se vio la necesidad de

---

<sup>1</sup> El estudio de las funciones del derecho debe de enmarcarse en la tradición funcionalista iniciada por Emile Durkheim (1974), y que continua con autores como Max Weber (1984), Talcott Parsons (1982) o Niklas Luhman (1983), que perciben la sociedad como un sistema funcional, donde el derecho cumple la función de mantener esa coherencia y asegurar la permanencia del sistema original.

complementar el análisis sobre la maternidad con el estudio del concepto socio-jurídico de paternidad<sup>2</sup>. Y esto fue debido a diversos motivos:

a) Por una lado, porque debido a los cambios sociales más recientes, la maternidad y la paternidad son equiparadas como experiencias vitales, y se habla de “padres”, de relaciones “paterno-filiales” y de “progenitores”.

b) También porque las leyes, sobre todo en materia de derecho civil de familia, tienden asimismo a hablar de derechos y obligaciones de los padres, de progenitores, en vez de “pater familias”, de “un buen padre de familia”, lo que parece evidenciar el impacto del cambio social en el derecho.

c) Por otro lado, el reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres por parte del derecho, ha implicado unos cambios en el mercado de trabajo. La legislación laboral ha intentado recientemente proteger la maternidad para que no se convierta en un obstáculo de esa pretendida igualdad de género en el ámbito laboral. Ese objetivo de las leyes laborales se ha traducido en el permiso de paternidad o en la creación y promoción de figuras jurídicas que potencian el papel del padre en la asunción de responsabilidad de cuidado filial.

Las leyes también han evolucionado, porque se ha constatado que una superprotección de la maternidad va en contra de los propios intereses de la mujer, y porque la consideración social de que la maternidad y sus consecuencias son un asunto exclusivamente femenino, se convierte en el principal enemigo de la igualdad de las mujeres en la esfera pública.

Por ello se han introducido recientemente figuras jurídicas de protección de la paternidad y de fomento de la corresponsabilidad a través de refuerzos de la figura paterna, en un intento de modificar esta asunción social de que el nacimiento de un hijo/a y sus cuidados es un asunto exclusivo de las mujeres.

Así pues, los objetivos específicos de la investigación son:

---

<sup>2</sup> A pesar de incluir el estudio del concepto de paternidad en el análisis legal y sociológico de esta tesis, su peso es menor en extensión. Las razones que explican esta menor atención son la escasez de referencias legales y sociológicas a la paternidad en el ámbito de la legislación sobre protección social y técnicas de reproducción asistida del ordenamiento jurídico español comparadas con la maternidad, así como las raras vinculaciones de paternidad con cuidado, tanto en las leyes como en la opinión sociológica.

1. Identificar los elementos que componen el concepto de maternidad y paternidad en las personas entrevistadas, tanto madres y padres, como mujeres y hombres sin hijos/as pero en edad fértil.

2. Analizar el concepto de maternidad y paternidad utilizado en los principales textos legales vigentes en España en el ámbito de la protección social, así como los principales aspectos de su interpretación jurisprudencial. Es decir, este análisis perseguirá identificar cuál es la finalidad buscada con la elaboración y vigencia de estas leyes: cuáles son los intereses<sup>3</sup>, los derechos<sup>4</sup>, los bienes jurídicos<sup>5</sup> que se protegen o amparan.

3. Identificar el rol del Estado sobre la maternidad y paternidad dentro del modelo de Estado Social de derecho español, desde el punto de vista de la ciudadanía a través de entrevistas cualitativas de una muestra de hombres, mujeres, madres, padres, representantes políticos, representantes de la administración pública y académicos/as, y desde el análisis de los principales textos legales vigentes en el ordenamiento jurídico español sobre protección social.

Y en particular, el estudio de la fundamentación jurídica y política bajo la cual se despliega la legislación sobre maternidad y paternidad dentro del abanico de las actuaciones de ese Estado Social de Derecho, para más allá de cumplir sus funciones

---

<sup>3</sup> Por intereses aquí entendemos los intereses generales que materializan una demanda social y que se considera que el Estado a través de sus leyes debe amparar, proteger y/o promocionar porque la mayoría de la sociedad así lo quiere, lo comparte y lo exige (por ejemplo la cobertura pública de un sistema público de sanidad, ya que la sanidad constituye en nuestra sociedad un interés general). En el capítulo segundo sobre el rol del Estado en relación a la maternidad y a la paternidad se abordará en profundidad el papel de los intereses generales en la organización de un Estado Social de Derecho.

<sup>4</sup> Por derechos aquí entendemos los derechos subjetivos que tiene la ciudadanía en consecuencia de unos derechos legalmente protegidos en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup> El concepto de bien jurídico normalmente se utiliza en derecho penal para designar esos bienes que la sociedad considera importantes y valiosos y que una determinada actuación contraria a la ley está dañando. Ese daño a ese bien que la sociedad tanto estima se considera tan grave como para que el ataque sea constitutivo de un delito y reciba la más dura sanción legal que nuestro sistema legal permite, que es la sanción penal. En el objeto de esta investigación no se estudiará la legislación penal, pero se importará el término bien jurídico para analizar si existe (o no) algún valor esencial para la sociedad que haga necesario algunos despliegues legislativos sobre maternidad y paternidad.

de tutela de derechos de los ciudadanos, cumple una función de tutela de fines sociales.

### **3. Hipótesis de trabajo**

La investigación parte desde la hipótesis general de que el concepto de maternidad y paternidad que opera en la realidad y que demandan los ciudadanos/as es un concepto amplio que abarca todas las tareas necesarias para asegurar el desarrollo integral y cuidado de un nuevo ser en nuestra sociedad, más allá de la simple consideración de la maternidad como el periodo de embarazo, parto y lactancia.

A partir de esta hipótesis más general, las subhipótesis con las que se trabajarán a lo largo de esta investigación serán las siguientes:

a) La posibilidad de que detrás de la regulación de la maternidad y la paternidad, subyazca un concepto de maternidad esencialmente biológico y natural, que explique las características del ejercicio de la función materna, considerándola inherente a la propia condición femenina. El Derecho, como muchas otras instituciones sociales, se apoya en la firme creencia de la existencia del instinto maternal, como una inclinación natural e incondicional de la mujer para desear tener hijos/as, y una vez ha sido madre, dedicarse de manera desinteresada a su cuidado, por encima de cualquier otro deseo y anhelo.

b) La conciliación supondría un problema privado de las mujeres, en la medida que son madres y trabajadoras, problema derivado de la asunción de que los cuidados de menores, mayores y dependientes es una responsabilidad exclusiva de las mujeres. Frente a este problema privado, las empresas, en todo caso, intentarían ayudar a la mujer para que su productividad no se vea limitada y las políticas públicas intentan facilitar que las mujeres acumulen el trabajo formal en el mercado de trabajo, y el informal en el espacio privado, para que así siguieran asumiendo las responsabilidades sobre el cuidado y se mantenga dentro del mercado de trabajo.

c) El Estado tendría un papel variable sobre la reproducción humana: cuando se trata de la maternidad y sus consecuencias, entiende que se trata de aspectos que pertenecen a la esfera privada de las personas, y en las que por lo tanto, ni el estado ni sus leyes deben intervenir. Pero cuando se trata de la reproducción humana, se

considera que el Estado debe intervenir porque están en juego los derechos fundamentales de las personas y bienes jurídicos dignos de protección estatal: la legislación sobre técnicas de reproducción asistida o el aborto. La posibilidad de que la protección jurídica de la “potencialidad de la vida” y a la autonomía de las mujeres sobre las decisiones que atañen dicha potencialidad, difieren según qué cuestiones de la reproducción humana se aborda es diferente si se trata de: la maternidad, el aborto o las técnicas de reproducción asistida.

d) La crítica feminista, y la jurisprudencia feminista en particular, podría mostrar en el análisis del tratamiento legal y estatal de la maternidad y la paternidad en el ámbito de la protección social, un ejemplo de la exclusión de las mujeres en el desarrollo del Estado Social de Derecho.



#### **4. Metodología**

Aunque el concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad está presente en muchos ámbitos del derecho y de las políticas públicas, por ejemplo, las cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad del derecho civil de familia, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, las disposiciones sobre el aborto en la legislación sobre bioética, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en las políticas de igualdad de género, etc., el objeto de la presente investigación se ha limitado al concepto de maternidad y paternidad directamente involucrado con el ámbito social y legal de la protección social así como de las nuevas técnicas de reproducción asistida.

La elección del ámbito social se debe a que es en este campo del derecho, donde se plantean más cuestiones sobre la maternidad y paternidad, que constituyen ejemplos de excepciones al principio de no injerencia estatal en las cuestiones relativas a la reproducción humana, y donde el derecho presumiblemente actúa en virtud de las finalidades perseguidas en el marco de un Estado Social de derecho.

La elección de los temas relativos a las técnicas de reproducción asistida se debe a que se trata de un campo innovador, que ha cambiado en ocasiones totalmente los presupuestos biológicos sobre los que se asentaba mucha de la regulación jurídica sobre maternidad y paternidad. Otra de las razones que explica esta última elección es que las cuestiones relativas a las técnicas de reproducción asistida, dentro del conocimiento bioético, si que han recibido mucha atención del pensamiento iusfilosófico, a diferencia del escaso interés que han recibido las reflexiones sobre la maternidad y la paternidad en sentido tradicional.

Con este criterio se llevó a cabo la selección de los cuerpos legales a analizar, el análisis de la jurisprudencia relacionada y también el diseño de las entrevistas en profundidad a madres, padres, hombres, mujeres, representantes de la administración pública, políticos/as, y académicos/as.

La metodología que se utilizará en esta investigación combinará la metodología jurídica, especialmente la jurídico feminista, y la sociológica.

La **metodología jurídica** combinará el análisis de los textos legales vigentes en el ordenamiento jurídico español, el análisis de la doctrina y el análisis de la jurisprudencia más relevante sobre los textos legales elegidos. En el análisis cualitativo de los textos legales se identificaron primero cuáles son los cuerpos legislativos clave para entender el concepto de maternidad y paternidad que utiliza el Estado actualmente en el ordenamiento jurídico español:

Los cuerpos legales seleccionados fueron los siguientes, en el ámbito estatal:

- Constitución española de 1978
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.
- Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de Junio.
- Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 14 / 2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación Biomédica

En el ámbito autonómico:

- Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades y hombres en Castilla y León.
- Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. Comunidad Autónoma Valenciana.
- Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres
- Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi)
- Ley 12/2006, de 20 setembre, per a la Dona. Comunidad Autónoma Balear.
- Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.

- Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.
- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.
- Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad. Comunidad Autónoma Valenciana.

El análisis jurisprudencial de:

- Sentencias relacionadas del Tribunal Constitucional, años 1993-2009
- Sentencias relacionadas del Tribunal Supremo, años 2002-2009.

A través del análisis de discurso legal, se analizarán los conceptos de maternidad y paternidad presentes en todos estos textos legales y jurisprudencia. Este análisis legal tendrá como finalidad estudiar la eficacia social de las normas sobre maternidad y paternidad seleccionadas, entendiendo como eficacia social, el grado de consecución de las funciones sociales que el derecho perseguía.

La **metodología sociológica** que se utilizará en esta tesis necesita ser explicada dentro del contexto de la Sociología del Derecho. Una parte importante de la investigación que se realizará responde a los objetivos de esta disciplina científica que busca estudiar el problema del Derecho en la Sociedad, las funciones y las finalidades que el derecho persigue en una sociedad dada, y a su vez, los problemas sociales en el derecho, es decir, las conductas sociales que respetan o no respetan las normas jurídicas (Treves, 1988; Díaz, 1992).

Esa eficacia social se podrá analizar si primero se identifican cuáles eran las funciones que cada norma jurídica estaba buscando y qué impacto social ha conseguido: es decir, para qué sirve esa norma jurídica, o a quién sirve, y qué función cumple para el conjunto de la sociedad o debería cumplir (Bobbio, 1980; Atienza, 2004). Tendrá especial importancia para esta tesis, el análisis de esas funciones sociales del derecho dentro del marco del Estado Social de derecho actual, donde el derecho cumple funciones de orientación social, y también funciones de distribución (Bobbio, 1980, Ferrari, 1989).

La Sociología del Derecho se ocupa de combinar el estudio sociológico y empírico del derecho, utilizando técnicas de investigación empíricas propias de la sociología, sin

abandonar las categorías e instituciones jurídicas clásicas (Añón, Calvo, Bergalli y Casanovas, 1998).

Además dentro del campo de la sociología jurídica, el género cumple un papel esencial, ya que como instrumento metodológico permite mostrar cómo el derecho estructura y reproduce las relaciones de género (Bodelón y Picontó, 1998<sup>a</sup>; Bodelón, 1998b)<sup>6</sup>.

Como se ha explicado en el apartado de los objetivos de esta investigación, la presente tesis estudiará la función otorgada a las leyes sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español, funciones del Derecho que constituyen uno de los campos (aunque no el único) de interés para la Sociología del Derecho<sup>7</sup> (Bobbio, 1980).

En esta investigación se utilizará la metodología sociológica para en parte conocer cuál es la cultura legal interna sobre las legislaciones relativas a la maternidad y la paternidad. Cuando se habla de cultura legal interna, hacemos referencia a los estados de opinión prevalentes en la sociedad sobre parte del ordenamiento jurídico, en este caso, sobre las leyes de protección de la maternidad y paternidad <sup>8</sup>(Toharia, 1998).

Obviamente, cuando se utilice la metodología sociológica en esta investigación, no se puede olvidar como afirmó Durkheim (1974) que la observación de la realidad

---

<sup>6</sup> La categoría género es un concepto relativamente reciente en el mundo de la sociología del derecho, y ha sido importado desde la antropología a otras disciplinas sociales, como en el caso del derecho. Su inclusión en esta investigación tiene como consecuencias, tal y como afirma Bodelón (1998b:648):

*“El análisis sociológico del derecho implica analizar los procesos que en el derecho han contribuido a crear identidades de género”.*

<sup>7</sup> Dentro de las diferentes evoluciones de la sociología del derecho, esta investigación se identifica también metodológicamente con los postulados de Max Weber (1984) cuando defendía un método sociológico cualitativo e histórico frente al positivismo precedente, y cuando apostaba por una ciencia de la sociología comprensiva, y no meramente descriptiva de la realidad social:

*“El método “comprensivo” weberiano se contempla siempre con la formulación de hipótesis interpretativas y la realización de verificaciones causales”* (Fariñas, 1998:377).

<sup>8</sup> De ahí que en los cuestionarios del trabajo de campo se incluyeran preguntas específicas sobre la opinión que las personas entrevistadas tenían de las principales leyes sobre maternidad y paternidad en el ámbito de la protección social.

inherente en toda investigación sociológica se realiza desde unas condiciones preestablecidas, y que por lo tanto, el relativismo es una característica implícita de toda investigación científica<sup>9</sup>.

Esta investigación también analizará lo que Gurvitch (1945) denominó “hechos normativos”, un tipo de derecho social que responde a la visión de pluralismo jurídico, que supera el monopolio jurídico estatal, que controla la producción jurídica formal, pero que no por ello dejan de existir estos hechos normativos con fuerza jurídica que tienen su origen en las comunidades sociales y que reflejan sus fines, valores y objetivos. En el caso de las normas sobre maternidad y paternidad que se estudiarán en esta tesis, también serán analizados hechos normativos que tienen su origen en la sociedad occidental europea.

La opción metodológica de análisis legal y análisis del conceptual obtenido a lo largo de las diferentes entrevistas realizadas en esta investigación, pretende también estudiar el lenguaje utilizado por los sujetos sociales, como expresión al fin y al cabo del acuerdo o consenso social. Como describió Habermas (1986, 1989) la labor del investigador social es reconstruir esa realidad social que se pretende estudiar a través del análisis de la acción comunicativa, del diálogo con los sujetos de la sociedad, que a través del lenguaje estarán mostrando cuáles son los mundos simbólicos y normativos en los que se mueven<sup>10</sup>.

*“Toda ciencia que permite las objetivaciones de significados como parte de su ámbito de conocimiento ha de hacer frente a las consecuencias metodológicas de la función participativa de un intérprete que no da significado a las cosas observadas sino que tiene que hacer explícita la significación dada a las objetivaciones que únicamente pueden comprenderse como procesos de comunicación”* (Habermans, 1986:41).

Igualmente la sociología del derecho, como cualquier disciplina de las ciencias sociales no está exenta de juicios de valor, y esto se hace especialmente importante cuando con métodos sociológicos se estudia el Derecho, que al fin y al cabo es una

---

<sup>9</sup> Pero para esta investigación nos resultará esencial recuperar la importancia que el propio Durkheim (1974) dio a la interrelación sociedad y derecho, tan importante, que su propia teoría sociológica se construye a través del análisis del derecho como conjunto de normas que regulan la acción de los individuos en toda sociedad, normas destinadas a mantener el orden social.

<sup>10</sup> De ahí la importancia concedida en esta investigación a las citas del trabajo de campo en el capítulo cuarto de análisis sociológico de la maternidad y la paternidad.

manifestación de los intereses sociales, económicos y políticos de las sociedades modernas (Treves, 1988).

La metodología sociológica que se utilizará será la investigación cualitativa mediante la realización de un trabajo de campo a través de entrevistas en profundidad a madres, mujeres, padres, hombres, académicos/as, representantes de la administración pública, políticos/as.

Se ha optado por una metodología socio-jurídica cualitativa, a través de entrevistas en profundidad porque la investigación cualitativa permite estudiar a fondo un caso individual o unos pocos casos, como en este caso.

Con la metodología cualitativa (Vallés, 1997, 2002; Quivy, Van Campenhoudt, 1992) se obtiene información valiosa que difícilmente puede obtenerse a través de información cuantitativa y también permite el análisis de conceptos nuevos, que ni siquiera la investigación había previsto en las hipótesis iniciales.

La investigación cualitativa presenta la “desventaja” de una fuerte presencia de la subjetividad, pero el propio investigador/a es parte de la sociedad que investiga y dónde investiga, y por lo tanto, participa de determinados valores, ideologías y creencias imperantes en esta sociedad, que influyen por supuesto en la realidad social (en este caso la maternidad y paternidad) que está siendo investigada.

Cuando se ha estimado oportuno, esta opción principal por la investigación cualitativa se ha complementado con datos obtenidos en análisis cuantitativos disponibles, sobre todo estadísticas y encuestas realizadas periódicamente por el Instituto Nacional de Estadística (Encuesta sobre Fecundidad; Encuesta sobre la Población Activa), estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), o el Instituto de la Mujer del Gobierno español. Estos datos han permitido extrapolar o corroborar en la medida de lo posible los resultados extraídos de la investigación cualitativa.

Pero la opción metodológica principal de la investigación ha sido el trabajo de campo cualitativo y el análisis del discurso legal, por lo tanto, la muestra de personas entrevistadas no ha pretendido ser representativa en número. Pero sí que ha sido lo

suficientemente amplia y rica, como para aportar información con creces<sup>11</sup> que permitiera la construcción y análisis del concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad dominantes en nuestro país<sup>12</sup>.

En el trabajo de campo se ha optado por una entrevista en profundidad semi-estructurada que proporcionaba riqueza informativa, una amplia visión de la realidad objeto de estudio, y además, una panorámica lo suficientemente holística del fenómeno y contextualizada en la realidad social y legal española.

Se realizó el trabajo de campo mediante la realización de entrevistas en profundidad a:

- Once entrevistas a madres en edad fértil (de 18 a 40 años aproximadamente)
- Diez entrevistas a padres (de 20 a 45 años aproximadamente)
- Cinco entrevistas a mujeres sin hijos/as, (de 18 a 40 años aproximadamente)
- Cinco entrevistas a hombres sin hijos/as, (de 20 a 45 años aproximadamente)
- Dos entrevistas a políticos/as estatales
- Dos entrevistas a representantes de la Administración pública nacional y autonómica,
- Tres entrevistas a expertas académicas del campo del derecho, de la antropología y de la sociología.

En la selección de personas a entrevistar, aunque la muestra no buscaba la representatividad numérica propia de investigaciones cuantitativas, en aras de reflejar la mayor diversidad posible, se entrevistó a personas de diferentes opciones sexuales (heterosexuales y homosexuales), de diferentes estados civiles (solteros/as, separados/as, casados/as, parejas de hecho y viudos/as), de diferentes orígenes (autóctonos/as de diferentes comunidades autónomas, de etnia gitana, extranjeros/as extracomunitarios), de diversos niveles educativos (estudios primarios, estudios

---

<sup>11</sup> El número de entrevistas incluido en la muestra ha sido calculado que fuera lo suficientemente representativo y que se alcanzara el punto de saturación teórica: realizar más entrevistas no añadiría información relevante para el objeto de estudio, los datos comienzan a ser repetitivos y no se logran planteamientos nuevos importantes.

<sup>12</sup> Igualmente se han consultado y utilizado todas las publicaciones más relevantes sobre maternidad y paternidad realizadas en España en los últimos años, desde la sociología, economía, filosofía, derecho, antropología y psicología, que pudieran aportar reflexiones oportunas al objeto de la presente investigación.

secundarios y con educación universitaria media y superior) y diversas opciones religiosas (agnósticos, ateos, católicos no practicantes)<sup>13</sup>.

Las entrevistas se realizaron a lo largo de los meses de marzo hasta diciembre del año 2008, en Cataluña, Cantabria y Madrid.

Para garantizar el anonimato y confidencialidad de las personas entrevistadas, se ha utilizado a lo largo de este informe un sistema de claves que identifica el sexo, la edad, y el número de hijos/as de las personas entrevistadas, agrupadas en los siete colectivos identificados: madres, padres, hombres y mujeres sin hijos/as, académicos/as, representantes de la administración pública y políticos/as.

<b>Clave<sup>14</sup></b>	<b>Grupo</b>	<b>Sexo</b>	<b>Edad</b>	<b>Nº hijos/as</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Nivel educativo</b>
M1-Carlota	Madres	Mujer	39	2	Casada	Universitarios superiores
M2-Patricia	Madres	Mujer	39	2	Casada	Universitarios superiores
M3-Sara	Madres	Mujer	33	2	Pareja de hecho	Universitarios superiores
M4-Carla	Madres	Mujer	40	3	Casada	Universitarios medios
M5-Daniela	Madres	Mujer	39	3	Casada	Universitarios medios
M6-Lucía	Madres	Mujer	40	1	Viuda	Universitarios medios
M7-Celia	Madres	Mujer	43	1	Casada	Universitarios medios
M8-Isabel	Madres	Mujer	37	1	Pareja de hecho	Educación secundaria

<sup>13</sup> Esta diversidad sociodemográfica no pretendía ser representativa en términos numéricos de las características de la población española. Tan sólo quería mostrar la mayor diversidad posible de modelos de familia y de experiencias de maternidad y paternidad en la sociedad española actual.

<sup>14</sup> Los nombres son ficticios.



M9-María	Madres	Mujer	28	2	Casada	Educación primaria
M10-Ana	Madres	Mujer	33	1	Casada	Universitarios superiores
M11-Eva	Madres	Mujer	31	1	Casada	Universitarios superiores

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>	<b>Sexo</b>	<b>Edad</b>	<b>Nº hijos/as</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Nivel educativo</b>
P1-Joan	Padres	Hombre	42	3	Casado	Universitarios superiores
P2- David	Padres	Hombre	35	1	Casado	Universitarios superiores
P3- Marc	Padres	Hombre	39	2	Casado	Universitarios superiores
P4- Antonio	Padres	Hombre	38	1	Casado	Universitarios superiores
P5- Juan	Padres	Hombre	39	1	Separado	Universitarios superiores
P6 – Pedro	Padres	Hombre	43	3	Casado	Universitarios superiores
P7 - Mateo	Padres	Hombre	44	1	Casado	Universitarios medios
P8 - Alex	Padres	Hombre	42	3	Casado	Educación secundaria
P9 - Javier	Padres	Hombre	35	1	Casado	Universitarios superiores
P10 - Oriol	Padres	Hombre	38	1	Casado	Educación secundaria

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>	<b>Sexo</b>	<b>Edad</b>	<b>Nº hijos/as</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Nivel educativo</b>
X1- Leire	Mujeres	Mujer	35	-	Soltera	Universitarios

						superiores
X2 - Martina	Mujeres	Mujer	32	-	Soltera	Universitarios superiores
X3 - Nuria	Mujeres	Mujer	31	-	Pareja de hecho	Universitarios superiores
X4 - Alba	Mujeres	Mujer	25	-	Soltera	Universitarios superiores
X5 - Tere	Mujeres	Mujer	39	-	Soltera	Educación primaria

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>	<b>Sexo</b>	<b>Edad</b>	<b>Nº hijos/as</b>	<b>Estado civil</b>	<b>Nivel educativo</b>
Y1- Oscar	Hombres	Hombre	27	-	Pareja de hecho	Universitarios superiores
Y2 - Adrian	Hombres	Hombre	31	-	Soltero	Educación secundaria
Y3 - Luis	Hombres	Hombre	28	-	Soltero	Universitarios superiores
Y4 - Gerard	Hombres	Hombre	26	-	Pareja de hecho	Universitarios superiores
Y5- Pablo	Hombres	Hombre	38	-	Casado	Universitarios superiores

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>	<b>Sexo</b>
A1	Académicos/as Profesora Antropología	Mujer
A2	Académicos/as Profesora Sociología	Mujer
A3	Académicos/as Profesora Derecho	Mujer

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>		<b>Sexo</b>
AP1	Administración pública	Ministerio de Igualdad	Mujer
AP2	Administración pública	Departament Benestar Social – Generalitat Catalunya	Mujer

<b>Clave</b>	<b>Grupo</b>		<b>Sexo</b>
PP1	Político/a	Congreso Diputados	Mujer
PP2	Político/a	Congreso Diputados	Mujer

La **metodología feminista** es fundamental para entender la elección metodológica de esta investigación. Bajo esta categoría entendemos las aportaciones que desde el pensamiento feminista se han hecho a la teoría del conocimiento, a los métodos de investigación actuales y sus formas de justificación.

La metodología feminista nace en los años 70 de la mano del feminismo de la segunda ola, que comienza a cuestionar el dominio androcéntrico de la ciencia, el imperio del positivismo científico, falsamente neutral y objetivo. Las primeras autoras que criticaron la creación y justificación del conocimiento moderno (Keller, 1983; Haraway, 1991; Harding, 1991, 1996; Keller and Longino, 1996), resaltaron como el androcentrismo del conocimiento científico dominante era debido a la presencia mayoritaria de hombres, a la exclusión de las mujeres de la ciencia y al predominio de las teorías del conocimiento de hombres, blancos, europeos y burgueses.

La metodología feminista ha ido evolucionando en su crítica a la producción del conocimiento científico actual, y también se han ido desarrollando sus aportaciones de diferentes formas (Nicolás, 2009<sup>15</sup>). La epistemología en un primer momento criticó la falsa universalidad, objetividad y neutralidad del empirismo científico dominante en la creación de conocimiento occidental desde la Modernidad, el denominado empirismo feminista (Keller, 1983; Harding, 1991; Keller and Longino, 1996), y denunciaban la existencia en toda producción de conocimiento de una influencia de valores,

---

<sup>15</sup> Esta autora hace un análisis exhaustivo de la evolución de la epistemología feminista, desde sus inicios en los años 70 en el empiricismo feminista, pasando por el punto de vista feminista o standpoint hasta llegar al feminismo postmoderno. Destaca su intento de encontrar puntos en común de todas estas corrientes que contribuyen a una aplicación práctica de la epistemología feminista en la investigación científica y social actual, en su apartado “En búsqueda de una posición ecléctica entre el standpoint y el postmodernismo” (Nicolás, 2009: 50).

ideologías, política al fin y al cabo, en el método científico tradicional de carácter empírico.

Después también vieron, en el llamado punto de vista feminista o standpoint (Harding, 1991, 1996), la necesidad de recuperar la visión y la experiencia de las mujeres en el conocimiento de la realidad, como sujeto histórico oprimido y sometido. Se subraya la necesidad de contextualizar la investigación científica, y recuperar la experiencia de los grupos marginados, sobre los que se investiga, para adquirir más conocimientos de cómo los grupos dominantes pueden seguir ejerciendo el poder.

Finalmente el feminismo postmoderno (Flax, 1995; Haraway, 1991, 1996; Butler, 1990, 2004) puso el acento en la necesidad de deconstruir la propia categoría de “mujeres” para huir de definiciones esencializadoras, y también deconstruyó la propia dicotomía sexo-género, que podía dar lugar a la biologización de los sujetos humanos, sus experiencias y relaciones.

La metodología feminista en su conjunto aporta las siguientes cuestiones que se utilizarán en esta investigación:

- La crítica a la falsa neutralidad del conocimiento, ya que toda investigación está siempre determinada desde una concreta posición ideológica e imbuida de ciertos valores que por supuesto influyen y determinan la investigación. Sandra Harding (1996: 239) subraya en este sentido que la cultura actual que sólo acepta el conocimiento generado por la ciencia, que se presupone objetiva, tan sólo por el hecho de haber sido obtenido mediante un método empírico. Es un conocimiento que además persigue dominar la naturaleza (de carácter baconiano) y no simplemente describir y conocer las leyes naturales (de carácter aristoteliano).

Harding pone como ejemplo el hecho de que tradicionalmente, se invisibiliza el dato que las mujeres realizan las tareas de cuidado (el cuidado de los niños, de los hombres, de los mayores, de los enfermos, etc.) y se considera “natural” a la propia esencia femenina para así no tener que considerarlo un trabajo, ni una fuente de desigualdad. Cuando en cambio resulta ser un instrumento necesario para que los hombres queden liberados y se dediquen a los asuntos públicos.

- La aparente distancia emocional del sujeto que investiga, derivado de esa presunción de que el hombre siempre actúa racionalmente, y el conocimiento válido sólo puede obtenerse mediante la aplicación de la lógica racional. Este predominio del conocimiento racional que Descartes<sup>16</sup> aportó al conocimiento de la modernidad, además lleva implícito una jerarquización entre la racionalidad generalmente atribuida a los varones, frente a la naturaleza y emotividad atribuida a las mujeres, lo que históricamente ha legitimado su incapacidad natural para la generación de conocimiento y para la actividad científica en general (Schiebinger, 2004).
- La separación entre el sujeto que investiga y el objeto investigado, objeto además que se presenta generalmente como una realidad estática y fácilmente aprehensible. La epistemología feminista desmonta esta aparente separación, y atribuye la autoridad epistemológica tanto al sujeto investigador como a las mujeres investigadas (Haraway, 1995, Harding, 1996).

En este sentido, el conocimiento generado en esta investigación se tomará como un resultado de la interacción entre la entrevistadora y las personas objeto de estudio. Tal y como han manifestado algunas autoras (Mies, 1999), esta interacción es consciente y perseguida, ya que la neutralidad empírica y científica tantas veces reclamada en la investigación, no responde más que a una visión androcéntrica y falsamente objetiva del conocimiento de la realidad. No es posible que el sujeto entrevistador y su visión del mundo no influya en los resultados de la investigación social. Tampoco es posible esa posición totalmente neutral y ajena al objeto de investigación.

---

<sup>16</sup> La introducción del método cartesiano por René Descartes en 1637, en su obra *Discurso del método*, revolucionó la epistemología de la modernidad, dando paso al predominio de la razón frente a la tradición escolástica que había dominado el pensamiento occidental hasta entonces.

## **5. Estructura de la tesis**

La presente tesis está estructurada en cuatro capítulos. El capítulo primero está dedicado a analizar la evolución del pensamiento feminista y el pensamiento iusfilosófico sobre la maternidad y la paternidad. En primer lugar, se realizará un recorrido histórico del pensamiento feminista sobre la maternidad y la paternidad desde la Ilustración hasta la actualidad, concediendo una atención especial a la jurisprudencia feminista, las pensadoras y juristas feministas que han reflexionado sobre el papel del derecho en las configuraciones de las relaciones de género en el Estado moderno. En segundo lugar, se analizarán las aportaciones del pensamiento jurídico-filosófico a la maternidad y la paternidad desde una perspectiva histórica.

El capítulo segundo está dedicado al rol del estado en relación a la maternidad y la paternidad. Para ello, se analizará cuál era la posición de las mujeres en las sociedades previas a la Ilustración. Después se estudiará el tratamiento que el Estado Liberal del Derecho ha dispensado a las mujeres como ciudadanas y sujetos de derecho. A continuación se realizará un análisis sobre el papel que el Estado Social de Derecho juega en las cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad de los sujetos, y qué tratamiento jurídico-político reciben estas dimensiones de la vida de las personas dentro de los objetivos sociales de este modelo estatal. Y para terminar, se abordará las diferencias que el Estado Constitucional aporta a este tratamiento jurídico, finalizando con el debate doctrinal sobre la existencia de un derecho a la reproducción.

El capítulo tercero aborda el tratamiento jurídico de la maternidad y la paternidad en el ordenamiento jurídico español. Primero se mencionarán los antecedentes históricos de la legislación actual española, así como la influencia y orígenes internacionales y europeos de dicha legislación. Posteriormente se procederá al análisis de las principales regulaciones legales sobre maternidad y paternidad en el ámbito de la protección social y de las técnicas de reproducción asistida, para estudiar la finalidad de las normas que abordan la maternidad y la paternidad en la legislación española, y descubrir cuáles son los fines últimos que se persiguen a través de estas disposiciones normativas, qué intereses o bienes jurídicos se está intentando proteger o amparar, y a qué sujetos normativos están dirigidos.

En la selección de los textos legales a analizar, se incluirán no sólo los cuerpos legales que directamente aludan a la maternidad y la paternidad en el campo de la protección social y de las técnicas de reproducción asistida, sino también los instrumentos legales que en estas áreas aborden la conciliación y los cuidados, porque constituyen también parte de esa maternidad y paternidad en sentido amplio, entendiendo aquí todas las tareas y responsabilidades necesarias para permitir la supervivencia, el crecimiento y la socialización de un nuevo ser humano hasta su llegada a la vida adulta como ser autónomo<sup>17</sup>.

En el capítulo cuarto se procede al análisis sociológico de la maternidad y la paternidad, donde se recogerán los principales resultados del trabajo de campo realizado a lo largo de esta investigación, estructurados en torno a las opiniones de la ciudadanía sobre la maternidad y la paternidad, las experiencias de la ciudadanía sobre la legislación vigente sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español y las demandas y expectativas de los/las ciudadanos/as frente al Estado dentro del modelo de estado de bienestar.

En este capítulo se intentará contrastar el concepto jurídico de maternidad y paternidad que se extraiga del capítulo tercero con el concepto social resultante del trabajo de campo. Esto permitirá también esbozar algunas conclusiones sobre la eficacia de las leyes sobre maternidad y paternidad del ordenamiento jurídico español y en el marco del Estado Social de Derecho en el que se constituye la sociedad española actual. Eficacia<sup>18</sup> entendida, como el grado de consecución de las finalidades que se perseguían en el momento de la elaboración del derecho y el grado de consecución en el impacto social esperado (Atienza, 2001).

Por último, se ha elaborado un capítulo de conclusiones que resume los principales resultados de la investigación realizada durante esta tesis doctoral.

---

<sup>17</sup> Esta es una opción asumida desde el inicio de la investigación, al entender la maternidad y la paternidad de una manera social y amplia, y no tan solo la maternidad y la paternidad como una cuestión meramente biológica de la vida de las personas, limitada al periodo del embarazo, parto y lactancia.

<sup>18</sup> El término eficacia aquí hace referencia a la eficacia social descrita en el apartado de metodología, sobre la metodología jurídica que se seguirá en la presente tesis.

## **6. Agradecimientos**

Esta tesis doctoral no hubiera sido posible sin la confianza y el apoyo de mis codirectoras de tesis, la Dra. Francesca Puigpelat y la Dra. Encarna Bodelón, que siempre han confiado en mí, y no han dudado en que pudiera terminar con éxito este ingente trabajo, a pesar de estar inmersa en una actividad laboral a tiempo completo y tener tres hijas/o pequeños. Y muy especialmente a la Dra. Encarna Bodelón, que como mentora y siempre amiga, me brindó la oportunidad de participar en el mundo académico.

También quiero agradecer las aportaciones, los siempre inteligentes comentarios, su paciencia y las charlas de reflexión conjunta que he tenido con mis compañeras del grupo de investigación Antígona (Daniela Heim, Gloria Casas, Lorena Garrido y Lucía Ortiz).

Mucha de la inspiración de este trabajo proviene de mis amigas Sonia Ruiz y las hermanas Cruells, sin las cuales no me hubiera atrevido a plantear según qué ciertos dogmas de mujer.

Gracias a Marta Cruells por acompañarme en mi iniciación como madre.

Quiero expresar también mi gratitud a todas las personas que accedieron desinteresadamente a participar en el trabajo de campo, amigos/as, compañeros/as, amigos de amigos/as, y también desconocidos/as, por su colaboración inestimable, su tiempo y por brindar su voz para entender lo que la ciudadanía piensa sobre la maternidad y la paternidad.

Gracias también a mis padres, Jesús y M<sup>a</sup> Angeles, por haber siempre creído que la educación era la mejor herencia, y en especial a mi madre y a mi hermana Paula, por sustituirme siempre que lo he necesitado, e incondicionalmente, en las “funciones maternas” para que esta tesis viera su final.

Tampoco hubiera sido posible esta tesis, si no hubieran irrumpido en mi vida mis tres hijas/o, Paula, Gabriela y Alex, ocupando toda mi energía y mi tiempo, pero también aportando las mejores ideas y reflexiones sobre la aventura de ser madre.



Y sobre todo gracias a Eduardo, por creer siempre en mí, a pesar de sufrir siempre en primera persona el “género”.



# CAPÍTULO 1

En este capítulo se recogen algunos argumentos y debates que desde la filosofía, desde la filosofía jurídica en particular, y desde el feminismo se han hecho en torno al fenómeno de la maternidad<sup>19</sup>. La revisión histórica comienza en la época de la Ilustración (siglos XVII-XVIII) hasta nuestros días, y esta acotación histórica no sólo se debe a las propias limitaciones de una investigación como la presente, sino también, porque el marco jurídico-político en el que se llevará a cabo la presente tesis se encuadra en el Estado moderno, y el papel que al derecho se le otorga en este modelo de Estado y de ciudadanía. Existe bastante unanimidad en situar el nacimiento de este Estado moderno en la época de la Ilustración (Díaz, 1996; de Lucas, 1997)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> No pretende ser una revisión histórica ni tampoco exhaustiva de todos los autores/as que han hablado desde una u otra disciplina sobre la maternidad. Tan sólo son algunos/as, y han sido escogidos en la medida que sus aportaciones pueden arrojar luz sobre el objeto central de esta investigación.

<sup>20</sup> Los orígenes históricos del tratamiento político y/o público de la maternidad en Occidente tienen su origen en las civilizaciones griega y romana, que a diferencia de la cultura mesopotámica, muestran un desprecio por todo lo que tenga que ver con el sexo de la mujer (Tubert, 1996). La cultura ateniense consideraba la maternidad como un acto de ciudadanía para perpetuar la polis. Según sus leyes, sólo los hijos de ciudadano y ciudadana griego/a adquirirían la condición de ciudadano de la polis griega, de las ventajas en suma, de la democracia. Los dolores de parto aparecen en la tradición judeo-cristiana como un castigo de Dios a las mujeres por la maldición de Eva. Y frente a este dolor no cabe más que un sufrimiento pasivo de las mujeres, de ahí la resistencia histórica a administrar o generalizar cualquier tipo de medicamentos que mitigaran los dolores del parto o que mantuvieran a la mujer inconsciente durante el parto. Ese requerimiento de sufrir de manera pasiva a las mujeres, fácilmente se extiende a otros ámbitos de la vida, y se convierte en un modelo de comportamiento.

Los intentos de controlar la reproducción humana por parte de los hombres tienen en la lactancia materna un ejemplo paradigmático. Ya en la antigua Grecia y Roma los padres cabezas de familia tenían el poder sobre la lactancia de las madres, ya que la lactancia que se encomendaba a las nodrizas, y éstas estaban también bajo la potestad del pater familias.

En las sociedades cristianas del Antiguo Régimen (desde el siglo IV hasta XVIII aproximadamente), continúa el sometimiento de la lactancia como parte fundamental de la reproducción humana, bajo la autoridad del padre de familia, en este intento de control de la capacidad reproductora, que biológicamente sólo tiene la mujer. Durante esta época aparece incluso el contrato de nutrición entre el padre y el nutricio (hombre responsable sobre la nodriza). Ni la madre, ni la nodriza aparecen como sujetos del contrato, sino como objeto.

## **1.1. EL PENSAMIENTO FEMINISTA SOBRE LA MATERNIDAD**

Las relaciones entre feminismo y maternidad han sido ambivalentes. Una de las reivindicaciones constantes desde los orígenes del movimiento feminista ha sido reclamar que las mujeres tuvieran control sobre su propia capacidad reproductora, mediante el acceso al aborto y a los métodos anticonceptivos. Es decir, tradicionalmente las demandas de las feministas estaban dirigidas a librar a las mujeres del mandato de una maternidad, que las condenaba a la subordinación del espacio doméstico y que suponía el principal lastre a su emancipación.

Por eso, las feministas apoyaban que las mujeres pudieran elegir si querían “*cumplir el papel tradicional de la maternidad*” (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:22), ensalzando aquellas mujeres que no lo hacían y elegían estilos de vida alternativos al rol de madres.

El origen del feminismo podríamos situarlos en la época de la Ilustración<sup>21</sup>, como una consecuencia de los postulados liberales de igualdad sobre los que se construía la sociedad moderna y que justificaba la existencia de un estado al que se cedía la soberanía del pueblo y el ejercicio del poder y la fuerza. Por estas razones, hay algunas autoras como Amelia Valcárcel han llegado a denominar el feminismo como “*el hijo no querido del igualitarismo ilustrado*” (Valcárcel, 1992).

### **1.1.1 Orígenes del concepto en los siglos XVII y XVIII**

Desde la Ilustración hasta bien entrado el siglo XX, la biología había sido el argumento principal para explicar la diferencia entre mujeres y hombres, diferencia física y también de carácter. En cambio, los pensadores desde la Antigüedad hasta la modernidad habían entendido que el género determinaba el sexo y no al revés<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Por supuesto puede hablarse de pensadoras feministas anteriores hasta época, como Christine de Pizan, con su obra “*La ciudad de las damas*” (1405). Pero una vez más, y por las opciones metodológicas y de acotación de estudio de esta investigación, la revisión histórica comienza en la época ilustrada.

<sup>22</sup> Desde la época de Galeno hasta el s. XVI se creyó que hombre y mujer tenían exactamente los mismos órganos genitales, y que simplemente la mujer los tenía invertidos en el interior de su cuerpo, porque carecía del “calor” necesario para empujarlos fuera.

**Hobbes**<sup>23</sup> fue uno de los grandes filósofos del siglo XVII sobre los que se basó la creación del Estado moderno y el concepto de ciudadanía ilustrada. Hobbes excluye a las mujeres en su formulación del pacto social que da lugar a ese Estado (Jónasdóttir, 1993:182-187).

Hobbes da más importancia al instinto de reproducción que al instinto de alimentarse en el estado de naturaleza de los hombres. Este pensador es innovador porque establece a diferencia de los pensadores anteriores, que el derecho paternal se basaba sobre la preservación, es decir, que derechos tenía la persona que se ocupa del bebé desde que nace y lo cría. Para Hobbes primero este derecho recae en las mujeres por razones biológicas, pero en segundo lugar es la mujer la que elige cuidarlo o no en este estado de naturaleza. Pero después, en su argumentación del paso del estado de naturaleza al Estado, las mujeres – madres desaparecen o no se explica el porqué de su sumisión y exclusión del Estado.

Hobbes describe una necesaria igualdad de sexos en el estado de naturaleza previo al nuevo planteamiento de poder del Estado, utilizando toda una suerte de argumentación científica. Pero las mujeres desaparecen en el paso a la sociedad – estado, donde admite el dominio de los padres, sin sentir la necesidad de dotar de ninguna argumentación científica del porqué, simplemente para este autor es suficiente el peso de la costumbre.

Como afirma Jónasdóttir (1993:187) al respecto

*“Que algo tenga que ser así o que en su mayor parte haya sido así en el pasado no son inferencias válidas en la filosofía hobbesiana”.*

---

La teoría aristotélica-galénica de los humores mostraba el cuerpo humano dividido en humores que se correspondían a los cuatro elementos del cosmos: sangre (como el aire); la flema (como el agua); la bilis amarilla (como el fuego); y la bilis negra (como la tierra). Estos elementos se hallaban ordenados jerárquicamente, las cosas calientes y secas eran superiores a las frías y húmedas, y el calor constituía en esta jerarquía la sustancia de la vida (Schiebinger, 2004:237).

<sup>23</sup> Hobbes en su principal obra política del Leviatán (1651) entiende el estado de naturaleza anterior a la organización social como la "guerra de todos contra todos". Para él el hombre decide vivir en sociedad a través de un pacto social, para evitar esa guerra continua, y solo en virtud de ese pacto social, cede el poder al Estado, para garantizar poder vivir en paz. Es junto a Rousseau y Locke, uno de los autores del Estado moderno.

Cuando Hobbes explica la preferencia de los varones sobre las mujeres como monarcas se basa en la mejor aptitud natural de los hombres para las cuestiones de estado y no niega que las mujeres puedan ser tan buenas monarcas, pero esto es la excepción que confirma la regla y algo que también va contra la costumbre, y que si se puede, debería evitarse. En este planteamiento Hobbes vuelve a una desigualdad natural contra sus presupuestos iniciales del estado de naturaleza.

También es destacable **Locke**<sup>24</sup> entre los autores clásicos del Estado moderno. Locke también excluye a las mujeres de ese pacto o contrato social, pero lo hace a través de razonamientos diferentes que Hobbes.

Locke pensaba que en el estado de naturaleza previo al Estado, existían sociedades conyugales, que constituían uniones entre hombres y mujeres para producir herederos y transmitir la herencia. Después estaba la sociedad política donde los padres de familia elegían por quien querían ser gobernados.

Para Locke la causa directa de la fundación del Estado era la necesidad de protección de la propiedad privada. Pero en la sociedad conyugal anterior del Estado, Locke también explica la subordinación de la mujer al hombre en términos de leyes naturales y de costumbres humanas.

De nuevo en el paso a la sociedad civil, las mujeres desaparecen, porque la sociedad civil es descrita como un pacto entre padres de familia (todos los hombres) que tienen que renunciar a mucha de su independencia y libertad natural en aras de la necesidad del estado.

A pesar de estos razonamientos, Locke en su cuestionamiento de las leyes divinas, abogó por una educación dirigida a las clases sociales altas, pero tanto a hombres y a mujeres (a diferencia como se verá a continuación de Rousseau).

---

<sup>24</sup> John Locke en su obra, *Ensayos sobre el gobierno civil* (1660), fundamenta la creación del Estado moderno como una garantía de los derechos y libertades individuales, así como de la propiedad privada y la herencia de los hombres. Para él la soberanía radica en el pueblo, aunque siga entendiendo como pueblo los varones propietarios.

En la Ilustración<sup>25</sup>, uno de los filósofos que aborda la maternidad es **Rousseau**, hijo sin madre conocida y de un padre que en su momento abandona a sus hijos/as. Este pensador resulta especialmente interesante por la visión “contradictoria” que finalmente tiene de la maternidad. Rousseau en su obra *Emilio o de la educación*<sup>26</sup>, y en especial cuando hace referencia a Sofía, la futura mujer de Emilio, recoge los principios que deberían guiar la educación femenina, ensalza las virtudes de la maternidad y la lactancia materna, al igual que se opone al sistema de las nodrizas, reflejo en su opinión de las malas madres, o madres desnaturalizadas.

Es un pensador que destaca la importancia de la madre-esposa como núcleo de la familia (Cobo, 1995; Marrades Puig, 2002), pero al mismo tiempo admite que la mujer sea una excepción de los principios de igualdad y libertad en los que se basan su contrato social. Reconoce, por tanto, el gran valor de las madres como responsables de traer al mundo nuevos ciudadanos:

*“La buena constitución de los hijos depende de la de las madres; del esmero de las mujeres depende de la primera educación de los hombres; también de las mujeres dependen sus costumbres, sus pasiones, sus gustos, sus placeres, su propia felicidad. Por tanto, la educación de las mujeres debe estar en relación con la de los hombres”* (Rousseau, 1958:249).

Pero la educación de los ciudadanos se reserva a los padres<sup>27</sup>, a los hombres, y Rousseau afirma que no hay argumento que pueda excusar este deber:

*“Quien no pueda cumplir los deberes de padre, carece del derecho de serlo. No hay pobreza, trabajos ni respeto humanos que le dispensen de mantener a sus hijos y de educarlos por sí mismos”* (Rousseau, 1958:103).

Rousseau también contribuye a la elaboración de la teoría de la complementareidad. La teoría de la complementariedad sexual fue una ideología que permitió encajar a las

---

<sup>25</sup> Descartes había contribuido con su nueva epistemología a desterrar la supuesta inferioridad intelectual de las mujeres. Su separación cuerpo-mente no hacía distinción por sexos, por lo tanto, la preeminencia del conocimiento a través de la razón era igual y accesible para hombres y mujeres (en contra de la tradición aristotélica).

<sup>26</sup> En el año 1762, Rousseau publica “Emilio”, y viene a ser la culminación del culto a lo doméstico que ya estaba muy presente en Europa.

<sup>27</sup> A pesar de que él mismo entrega a sus cinco hijos/as al hospicio.

mujeres dentro de la teoría liberal que dio fundamento al Estado moderno, sin necesidad de alterar su presupuesto principal, la igualdad de todos los hombres.

*“Para no extender a las mujeres los nuevos derechos de los ciudadanos era preciso enmendar la teoría democrática liberal. La teoría de la complementariedad sexual, que enseñaba que el hombre y la mujer no son iguales en lo físico ni en lo moral sino opuestos complementarios, encajaba nítidamente en las tendencias dominantes del pensamiento democrático liberal, haciendo que las desigualdades pareciesen naturales y al mismo tiempo satisfaciendo las necesidades de la sociedad europea de una permanente división sexual del trabajo”* (Schiebinger, 2004:311).

Según la teoría de la complementariedad, las mujeres, en su papel de madres libres y dotadas de poder en el espacio doméstico, eran iguales que los hombres (aunque no en libertades civiles). La relación entre hombres y mujeres se consideraba de complemento y no de comparación, pero el colocar a hombres y mujeres en esferas aparte no los hacía iguales.

*“La mujer y el hombre están formados el uno para el otro, pero no es igual la dependencia; los hombres dependen de las mujeres por sus deseos y las mujeres dependen de los hombres por sus deseos y necesidades. Nosotros, sin ellas, subsistiríamos mejor que ellas sin nosotros”* (Rousseau, 1958:248).

La obra de Rousseau sirvió de puente entre los intentos del siglo XVII de confinar al hogar a las mujeres nobles y los ideales del XVIII sobre la maternidad, prescritos para las mujeres de todas las clases, aunque no necesariamente realizados ni deseados por ellas<sup>28</sup>.

En el siglo XVIII, aparece un nuevo concepto de matrimonio, el matrimonio por amor libremente escogido, y los hijos/as como fruto de ese amor. Rousseau es también

---

<sup>28</sup> Existía un miedo a las mujeres sabias, como una amenaza al “status quo”. Las aristócratas cultas de los salones franceses de los siglos XVII y XVIII eran partidarias de abstenerse de las formas tradicionales del matrimonio y la maternidad. Era entonces muy generalizado, que estas nobles traspasaran sus responsabilidades maternas a amas de cría y gobernantas. Desde el siglo XIII hasta el siglo XVI era muy frecuente que las aristócratas enviaran al poco de nacer a sus hijos/as al campo, para que fuera amamantados y criados por otra mujeres, generalmente campesinas.



defensor de esta idea, y es aquí donde por primera vez aparece una nueva visión de la maternidad y del amor maternal como un valor en alza (Badinter, 1980:137)<sup>29</sup>.

Dentro de esta nueva visión de las mujeres como esencialmente madres, e imbuidas de un nuevo amor maternal, se ensalza la importancia y la influencia que tienen las madres en la educación y formación de los nuevos ciudadanos de ese Estado moderno fruto del pacto social. Se conmina así a las madres a amamantar a sus hijos/as, a volver a lo natural, ¿sino por qué las madres han sido dotadas de mamas? (Badinter, 1980:176).

*“La algarabía de los niños, que se cree inoportuna, acaba siendo grata y hace que los padres se necesiten más, se amen más uno al otro y estrechen entre ambos el lazo conyugal. Cuando la familia es viva y animada, las faenas domésticas son la ocupación más querida para la mujer y el suave sosiego del marido”* (Rousseau, 1958:101).

El mismo Rousseau cuando en el Emilio describe la familia como la única sociedad natural, explica el nacimiento del vínculo afectivo entre la madre y los hijos/as y la justificación de la “naturalidad” de la lactancia materna. La madre amamanta a sus hijos/as buscando su propio beneficio; amamantar alivia las molestias de sus pechos por la subida de leche. El acto repetitivo de amamantar a sus hijos es lo que produce el contacto regular con el bebé y la ternura hacia él/ella.

Por la influencia de estas ideas se produjo toda una campaña durante la época ilustrada contra la ancestral costumbre de las amas de cría o las nodrizas. Se criticaba lo “antinatural” que resultaba tal fenómeno. Rousseau promovía en sus obras la lactancia materna, que produjo que durante un espacio de tiempo, incluso las francesas de clase alta amamantaran a sus propios hijos/as, y que en la Convención Nacional Francesa de 1793 por ejemplo, se estipulara que sólo las mujeres que amamantaran a sus hijos/as se podían beneficiar de ayudas estatales (las mujeres con poca salud estaban exentas).

---

<sup>29</sup> Es fundamental remarcar la importancia de la obra de Elisabet Badinter (1980): *L’amour en plus. Historire de l’amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*, donde hace una revisión histórica sobre el nacimiento y legitimación actual de la existencia del instinto maternal. Esta autora demuestra que el instinto y amor maternal, tal y como se entiende actualmente, es una creación más de la modernidad occidental.

*“Pero si las madres se dignan amamantar a sus hijos, las costumbres se reformarán, los sentimientos de la naturaleza se despertarán en todos los corazones, y se repoblará el Estado”* (Rousseau, 1958:101).

Rousseau también contribuye a cambiar la visión de la infancia dominante hasta ese momento de la historia<sup>30</sup>. Por primera vez y a partir del XVIII la infancia recibe atención por parte de los filósofos y políticos, se habla de la infancia en términos positivos e incluso valiosos, ya que empieza a extenderse un discurso económico que por primera vez habla de demografía como un bien valioso para la nación.

Consecuencia de esta conversión de la infancia como un bien valioso, la maternidad cambia y aparece por primera vez el amor maternal<sup>31</sup>.

Los comportamientos maternos son muy diferentes durante el s. XVIII y XIX dependiendo la clase social (Badinter, 1980:223). Desde las clases sociales medias burguesas, y más tarde las clases sociales altas aristócratas, donde la maternidad se convierte en un deseo, y las mujeres se consagran a la maternidad con alegría, hasta las clases más bajas donde se tienen aun muchos hijos/as como un seguro de vejez, como un recurso económico más.

En estas clases sociales bajas la mortalidad infantil es muy alta<sup>32</sup> y el número de bebés abandonados también, y las madres continúan con las prácticas tradicionales

---

<sup>30</sup> Hasta la publicación de “El Emilio” de Rousseau, donde la infancia aparece como un tesoro lleno de inocencia y ternura, los niños habían sido durante siglos vistos con miedo. San Agustín los describía como depositarios del pecado e incluso Descartes como fuente de todos los errores del hombre, ya que era en ejemplo del actuar humano desprovisto de razón. Esto llevó a siglos de ausencia de amor por la infancia y de ideas muy estrictas y duras sobre cómo se debía educar a los niños desde la teología y la pedagogía (Badinter, 1980:42)

<sup>31</sup> Hasta entonces y tal como Badinter (1980:173) explica durante siglos y hasta el siglo XVIII lo que predomina es la indiferencia materna. Indiferencia materna que puede traducirse en ausencia de amor. Y Badinter identifica diversas explicaciones a esta tendencia dominante:

- La alta mortalidad infantil que hace que estos hombres y mujeres estén preparados y hasta acostumbrados a que muchos de sus hijos/as mueran, y no por ello demuestran grandes traumas personales.
- El amor selectivo, la preferencia clara por el heredero, por el varón sobre la mujer, a la que sin reparos se dedican más recursos económicos, esfuerzos y tiempo.
- La existencia de nodrizas, una práctica que se inicia desde las clases aristocráticas y se extiende posteriormente a toda la burguesía y clase media.

<sup>32</sup> Hasta el siglo XVIII la mortalidad infantil era altísima. Badinter (1980:129) muestra cómo aproximadamente el 25 por ciento de los niños/as nacidos en Francia morían, sobre todo antes de cumplir un año de vida. Y que las grandes variaciones de esta tasa de mortalidad se

(delegar los cuidados y alimentos de los recién nacidos a nodrizas, envolver a los bebés en fajos de ropas y vestidos que los dejan casi inmovilizados durante los primeros meses de vida, etc.) por ignorancia y por necesidad de continuar con su trabajo dentro y fuera del hogar.

Es importante subrayar para los objetivos de la presente investigación, que es la exclusión de las mujeres del pacto social y del concepto de ciudadanía de Hobbes, Rousseau y Locke la concepción que prevalece y bajo la que se funda el Estado moderno que llega hasta nuestros días. Las críticas a esta exclusión que pueden representar la obra de Wollstonecraft, Stuart Mill y Harriet Taylor no llegaron a modificar esta estructura estatal y su definición de ciudadanía (Rubio 2006a, Bodelón 2006).

### 1.1.2. El feminismo ilustrado y su crítica al Estado moderno

Es importante destacar algunas filósofas de este periodo histórico, no tanto porque se ocupen directamente de la maternidad, sino por su crítica o revisiones a esta exclusión de los teóricos del pacto social de las mujeres.

Las primeras feministas en Europa precisamente criticaban esa exclusión de las mujeres del proyecto liberal. La mayoría de las veces se dedicaban a dar argumentos para desmentir la supuesta inferioridad intelectual de las mujeres respecto a sus homólogos masculinos, inferioridad que constituía la principal razón oficial de su exclusión de la ciudadanía moderna.

Uno de esos ejemplos es **Olympe de Gouges**<sup>33</sup>, que utilizó el lenguaje jurídico para reclamar la ciudadanía femenina en el nacimiento del Estado Moderno que, aún bajo los presupuestos de igualdad, solidaridad y fraternidad de nuevo excluía a las mujeres como iguales (Bodelón, 2009)

---

producían su el bebé era amamantado o no por su madre, hecho que mejoraba muchísimo sus posibilidades de supervivencia.

<sup>33</sup> En 1791 escribió su famosa *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, donde reclamaba la inclusión de las mujeres en las declaraciones de derechos del hombre sobre los que se justificaba el Estado moderno que ponía fin al despotismo absolutista.

O **Mary Wollstonecraft**<sup>34</sup> que se dedica a criticar la supuesta inferioridad intelectual de las mujeres basada en la diferencia sexual, uno de los principales argumentos de los pensadores ilustrados para excluir a las mujeres de la educación (ver por ejemplo Rousseau). Para Wollstonecraft, la negación de los derechos de las mujeres se basaba en esa supuesta inferioridad moral e intelectual.

Wollstonecraft no duda que la maternidad sea la función suprema de las mujeres, pero reclama que la “ilustración” de las mujeres para ser mujeres independientes de sus maridos y por lo tanto buenas madres.

*“Para ser una buena madre, una mujer debe poseer ese sentido común e independencia que muy pocas mujeres tienen porque han sido educadas para depender enteramente de sus maridos”* (Wollstonecraft, 1998:173)

También esta pensadora cree que los cuidados de los niños, sobre todo durante sus primeros años, deben estar a cargo de las madres, de ahí la importancia de la educación de esas madres:

*“La humanidad parece estar de acuerdo en que los niños deberían dejarse al cuidado de las mujeres durante la infancia”* (Wollstonecraft, 1998:98).

### **1.1.3. El feminismo liberal del siglo XIX y principios del siglo XX y la maternidad**

Las posturas de las primeras feministas sobre la maternidad variaban, desde considerarla uno de los lastres de la emancipación de las mujeres y el principal obstáculo para alcanzar la igualdad con los hombres, hasta todavía en el marco de los presupuestos igualitarios, seguir defendiendo la función maternal como una de las misiones más sublimes de la mujer en su vida, misión tan importante que la diferenciaba del hombre, y por la que merecía un tratamiento diferente pero igual en valor.

---

<sup>34</sup> En su principal obra política, *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792) critica los presupuestos de Rousseau, defiende la igualdad de derechos y deberes de hombres y mujeres en la sociedad estatal y aboga por la necesidad de educar también a las mujeres.

Las primeras feministas del siglo XIX, como por ejemplo Mary Wollstonecraft<sup>35</sup>, y principios del siglo XX, como Emmeline Pankhurst en Inglaterra<sup>36</sup> o Elizabeth Cady Stanton<sup>37</sup> en Estados Unidos, concentraron sus postulados feministas en reclamar una ciudadanía que incluyera a las mujeres, tanto en su listado de derechos de ciudadanía que el Estado debía proteger y amparar, como en su derecho al voto, y por tanto a elegir a los representantes que en su nombre detentarían el poder y elaborarían las leyes que regulaban ese pacto social. No abordaron directamente la maternidad, ni cuestionaban la función maternal de las mujeres, sólo pretendían entrar en el mundo público de los hombres, sin modificar el espacio privado, ni las responsabilidades sobre el cuidado que su condición de madres les imponía.

Aunque escasos, algunos fueron los pensadores que después recogieron el testigo de esta invisibilidad de las mujeres en la sociedad moderna que siguió a la Ilustración. Uno de estos pocos fueron **John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill**<sup>38</sup>.

Harriet Taylor rechaza que la maternidad sea el eje vertebrador de la identidad femenina y defiende la posibilidad de compaginar la maternidad y la actividad profesional. Fue precursora de reivindicaciones feministas posteriores en contra del determinismo biológico y del imperativo del mandato reproductor (Gil Ruiz, 2004).

A lo largo del siglo XIX, los avances filosóficos sobre esta materia intentan desmontar la supuesta inferioridad natural de las mujeres, reclamando la igualdad a través de la igualdad jurídica. Uno de los principales ejemplos son las reclamaciones de las sufragistas británicas, que demandaban el derecho al sufragio de las mujeres, como una equiparación con la categoría de ciudadanía del Estado de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

---

<sup>35</sup> Anteriormente se ha analizado la importancia de la obra y pensamiento de Mary Wollstonecraft.

<sup>36</sup> Emmeline Pankhurst se considera la fundadora y líder del movimiento sufragista en Inglaterra, que luchó activamente para conseguir el derecho al voto en su país.

<sup>37</sup> Elizabeth Cady Stanton es considerada una de las primeras figuras del feminismo en Estados Unidos y una de las participantes en la declaración de Seneca Falls en 1848. Entre sus obras destacan: *Declaration of Rights & Sentiments* (1848) y *A Petition for Universal Suffrage* (1866)

<sup>38</sup> John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill (1832): *Ensayos sobre la igualdad*. Es mucho más conocida la obra de Stuart Mill a favor de la igualdad entre hombres y mujeres, pero es destacable las críticas de Taylor a la institución del matrimonio y a la configuración de la maternidad como función por excelencia reservada a las mujeres.

Los discursos sobre la inferioridad de las mujeres pasaron de estar fundamentados en las ideas religiosas a estar argumentados bajo presupuestos médicos y científicos (Nash, 2004:32). Desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX, la ciencia ofrecía argumentos objetivos y neutrales, para legitimar creencias sobre la desigualdad sexual que eran básicamente posiciones ideológicas, reforzando los argumentos que Rousseau anteriormente había hecho equiparando la identidad de la mujer con la función maternal.

Además, como todo lo que tiene que ver con la sexualidad, a partir de finales del siglo XVIII y gracias a la medicina, la demografía y la pedagogía, ya no sólo es asunto de preocupación moral y religiosa, sino se convierte en un asunto también laico, y en objeto de Estado (Foucault, 1977, 1987).

Los médicos varones del s. XIX y principios del s. XX reemplazaron a las comadronas y otras mujeres sanadoras, al ocuparse de la salud de las mujeres. Se generalizó la idea de que las mujeres eran débiles y enfermizas por naturaleza (“la feminidad como una enfermedad”) y en los foros científicos médicos se abordaba la menstruación y el embarazo de las mujeres por ejemplo, como patologías.

Estos médicos generalizaban conclusiones de la observación de mujeres blancas de clase alta. Para ellos las mujeres de clase proletaria ni enfermaban, ni dejaban de trabajar a pesar de también menstruar y embarazarse (Ehrenreich y English, 2008).

En esta explicación de la desigualdad sexual de carácter médico y científico las mujeres quedaban definidas en función de su capacidad reproductiva y el ejercicio de la maternidad.

Como consecuencia de esa construcción cultural de la identidad femenina en torno a la maternidad, se atribuye al instinto maternal la categoría de atributo femenino por excelencia, que explica en consecuencia las demás características de la identidad femenina como “la ternura, la abnegación y la dedicación a los demás”. Cuestionar la representación cultural femenina implica cuestionar las tres grandes fuentes de legitimidad actual del conocimiento: la religión, la ciencia y la medicina<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Históricamente las atenciones al parto fueron un trabajo de comadronas, mujeres que acumulaban la experiencia femenina sobre el proceso biológico de la mujer durante el embarazo y el parto. Pero no era un campo de actuación de los médicos, siempre varones, ni durante la Edad Antigua, ni durante la Edad Media. Durante la Edad Media los médicos eran instruidos

El discurso de género imperante a finales del siglo XIX y siglo XX en Europa creó el modelo de mujer “ángel del hogar”; este arquetipo se basó en el culto a la maternidad como máxima realización y fin de la vida de la mujer. Este modelo de mujer como “ángel del hogar” implicaba que las mujeres tenían tan solo la opción de construir su identidad a través del matrimonio y la maternidad, y que no podían aspirar a ningún proyecto laboral y público como individuos. Se despoja a las mujeres pues de uno de los atributos liberales de la modernidad: la individualización<sup>40</sup>.

El discurso de la “Nueva Mujer Moderna” que impregnó la Europa de principios de siglo XX tuvo una versión contextualizada en el caso español<sup>41</sup>. La supuesta inferioridad de la mujer respecto al hombre, que había dominado el discurso de género del s. XIX, evoluciona hacia una identidad femenina construida sobre la diferencia sexual de hombres y mujeres que determina su complementariedad. La maternidad

---

sobre filosofía y teología, y poco de experimentación y ciencia. Su práctica médica se alimentaba de la fé y de lo que decía la doctrina. Las comadronas en cambio se basaban en la experiencia empírica, y curiosamente fueron muchas comadronas acusadas y ajusticiadas como brujas en las persecuciones medievales. Sus conocimientos y prácticas parteras eran tildadas de mágicas y demoníacas.

La historia de la medicina no se preocupa del cuerpo femenino hasta el siglo XVI, donde comienza el interés por estudiar sobre todo la matriz, como órgano que la permite ser fecundado. El estudio del cuerpo femenino lo patologiza, ya que el modelo es el varón y por lo tanto la mujer se convierte en una enferma permanente debido a sus menstruaciones, embarazo, parto y menopausia.

Pero ese interés por el cuerpo femenino, por su función reproductora y por su aparato reproductor se materializa ya en el siglo XIX en ejemplos como el interés del Imperio Napoleónico por la maternidad. Este interés se debe a que Napoleón quiere asegurarse nuevos soldados para engrosar el Ejército del Imperio Napoleónico, y está preocupado por los altos índices de mortalidad perinatal. Fruto de ese interés es la creación de la primera cátedra de obstetricia en Francia en 1806.

<sup>40</sup> Como se verá más adelante, el modelo de ángel del hogar fue recogido por la ideología nacionalcatólica del régimen franquista hasta llegar a establecer que la maternidad era un deber de las mujeres españolas, como patriotas y católicas.

<sup>41</sup> La filosofía propia de la Ilustración tuvo un impacto minoritario en el caso español. Tan sólo algunas de sus ideas liberales económicas o sobre el desarrollo de las denominadas ciencias útiles tuvieron una cierta recepción entre élites burguesas e intelectuales a lo largo del siglo XVIII (Feijoo, Jovellanos, Campomanes). Durante el siglo XVII y XVIII en España predomina el despotismo ilustrado como ideología política, y hay una escasa repercusión de las ideas revolucionarias de la Revolución Francesa. Durante el siglo XIX se produce una alternancia entre el absolutismo y cortos periodos de liberalismo (Folguera, 1988).

sigue siendo la misión esencial de las mujeres, aunque se asentara sobre la complementariedad de mujeres y hombres, complementarios pero iguales.

En España la llegada de las primeras corrientes del feminismo fue tardía, debido al tardío impacto de las ideas ilustradas y racionalistas<sup>42</sup>. Incluso los pocos pensadores defensores de los presupuestos ilustrados continuaron defendiendo la inferioridad de la mujer y sus especiales funciones, sobre todo reproductivas y cuidadoras, recluidas al espacio doméstico<sup>43</sup>. En España no se dieron las circunstancias económicas políticas y culturales que propiciaron el nacimiento del movimiento feminista en otros países occidentales como Estados Unidos o Inglaterra<sup>44</sup>. Estos países por ejemplo eran protestantes, mientras que en España, la influencia de la Iglesia Católica era muy fuerte, y también su filosofía sobre la condición de la mujer y su función maternal por excelencia. También aquí la Revolución Industrial y los cambios económicos y sociales que produjo (la aparición del proletariado, las nuevas condiciones socio-económicas de las clases obreras, la emigración a las ciudades, y sobre todo, la masiva incorporación de las mujeres al trabajo formal) llegó mucho más tarde (Folguera, 1988, Scanlon, 1986).

*“El enfrentamiento entre los intereses de la antigua nobleza y la débil burguesía comercial e industrial obstaculizó el progreso económico e industrial. La fragilidad del Estado Liberal y el profundo conservadurismo de la clase dirigente española a lo largo del siglo XIX fortalecieron el carácter conservador de las estructuras sociales y, por lo que se refiere a las mujeres, reforzaron las costumbres y los valores tradicionales”* (Nash, 1999:35).

---

<sup>42</sup> Como ya se ha visto anteriormente, la recepción del pensamiento ilustrado en España fue a través de los pensadores “afrancesados” que se hicieron eco sobre todo de las nuevas ideas económicas, científicas y educativas, y no tanto del pensamiento político revolucionario.

<sup>43</sup> A pesar de ello, los más destacados pensadores ilustrados en España abogaban por el acceso de las mujeres a la educación, unas veces bajo presupuestos de igual capacidad intelectual que los hombres, y otras veces por razones de utilidad social, como era el caso de Feijoo, Jovellanos o Campomanes (Folguera, 1988).

<sup>44</sup> No puede compararse con el movimiento sufragista inglés o la Convención de los Derechos de la Mujer, de Seneca Falls en 1848 en Estados Unidos.



**Concepción Arenal** representa en el caso español<sup>45</sup> una versión “feminista” de ese esencialismo maternal de la ideología del “ángel del hogar”. Aunque Arenal es considerada la precursora del feminismo en España, por su defensa de la igualdad de las mujeres y los hombres, y por reclamar el igual acceso de las mujeres a la educación, en sus principales obras sobre la condición femenina<sup>46</sup>, no abandona la idea de la función maternal como destino privilegiado de la vida de las mujeres.

Además esta autora atribuye a la mujer características de entrega, abnegación y paciencia hacia los cuidados, como consecuencia del destino como madre que tiene:

*“La mujer, que ha de ser madre, ha recibido de la naturaleza una paciencia casi infinita, y debiendo por su organización sufrir más, es más sufrida que el hombre”* (Arenal, 2009:92).

Ahora bien, Arenal reivindica los atributos naturalmente maternales de las mujeres solteras de su época. Esta pensadora intenta así reivindicar la figura de las solteras, tantas veces estigmatizadas, como mujeres que aun no siendo madres ni esposas, cumplen una función de maternidad social.

*“La mujer, es mujer aunque no sea madre, es decir, que es compasiva, afectuosa y dispuesta a la abnegación. Más aún: sin ser madre, tiene afectos maternales”* (Arenal, 2009:109).

Arenal en su argumentación a favor de la educación de las mujeres, también defiende los beneficios de la actividad remunerada de la madre. Primero se encarga de desmitificar la creencia de que todas las mujeres son madres (hay mujeres que no pueden ser madres) y además hay mujeres, como la inmensa mayoría de las obreras, que son el porcentaje más numeroso de la sociedad, que además de ser madres y cuidar de sus hijos/as tienen por fuerza que trabajar fuera de casa.

---

<sup>45</sup> En la presente investigación nos ocuparemos tan sólo de la recepción de la filosofía del “ángel del hogar” en el contexto español, dada su importancia en las primeras legislaciones sobre maternidad en el ordenamiento jurídico español y su posterior evolución hasta nuestros días.

<sup>46</sup> Como por ejemplo Arenal, Concepción (1898): *La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad*; (1895): *La mujer del porvenir; la mujer de su casa*.

*“El hijo necesita siempre de su madre, aunque la mantenga. ¿Quién le amará como ella le ama? Pero el cuidado asiduo de todos los momentos no es necesario sino en los primeros años de la vida “ (Arenal, 2009:104).*

Esta autora defiende que el acceso a la educación permitiría a la mujer obrera acceder a mejores trabajos, mejor retribuidos y por lo tanto, a contar con más medios y tiempo para cuidar a sus hijos/as. Para ella, las mujeres en general educadas serán mejores madres.

*“La mujer educada será madre, no sólo más inteligente y capaz de allegar recursos para sus hijos, sino más tierna y cariñosa” (Arenal, 2009:105).*

También en este período histórico es importante destacar las aportaciones del **feminismo socialista o marxista**, que tiene como una de sus principales antecedentes a **Flora Tristán**<sup>47</sup>, que desde las ideas del socialismo utópico, por primera vez relaciona las ideas igualitarias de las mujeres con la conciencia de clase. Para Tristán la situación de las mujeres se deriva de la aceptación del falso principio que afirma la inferioridad de la naturaleza de la mujer respecto a la del varón. Este discurso ideológico, hecho desde la ley, la ciencia y la iglesia margina a la mujer de la educación racional y la destina a ser la esclava de su amo. Para esta pensadora negar la educación a las mujeres está en relación con su explotación económica, a las niñas y a las mujeres se las explota económicamente en casa para realizar todos los trabajos domésticos y de cuidados.

Para Tristán educar bien a la mujer obrera supone el principio de la mejora intelectual, moral y material de la clase obrera. Ella confía enormemente en el poder de la educación, y como feminista reclama la educación de las mujeres y cree además que a través de la educación de las mujeres se conseguirá también mejorar las condiciones de vida de los hombres.

*“A vosotras, madres, que, por el contrario, tenéis tanta necesidad de ser instruidas y desarrolladas, para a su vez poder instruir y desarrollar a los hombres, y niños confiados a vuestros cuidados” (Tristán, 1977:118).*

---

<sup>47</sup> Las obras más importantes de Flora Tristán sobre feminismo son: *La unión obrera* (1843) y *La emancipación de la mujer* (1845).

También Tristán reconoce la parte negativa de la experiencia de la maternidad de las obreras en unas condiciones económicas y de vivienda pésimas, que convierten la maternidad en una fuente de irritabilidad y frustración, ante sobre todo, una paternidad ausente.

*“La irritación permanente causada por cuatro o cinco niños chillones, revoltosos, fastidiosos, que están dando vueltas alrededor de la madre, y esto es la pequeña habitación del obrero, donde no hay lugar para moverse (...). No ven a su padre más que por la noche y el domingo. Este padre, siempre irritado o borracho, no les habla más que enfurecido, y no reciben de él más que injurias y golpe; oyendo a su madre lamentarse continuamente, le cogen odio, desprecio”* (Tristán, 1977:123).

Entre las pensadoras marxistas clásicas, podemos destacar **Alexandra Kolontai**, especialmente por la importancia que dio a la maternidad, y a la necesidad de colectivizar las consecuencias de la maternidad de las mujeres, como una responsabilidad social, que el Estado debería asumir. Consideraba que la carga de la maternidad y los cuidados en las mujeres, era un resultado más de la explotación de la sociedad capitalista, y también pensaba, que mediante la colectivización del trabajo doméstico y del cuidado, se liberaría a la madre obrera de la triple jornada como trabajadora en la fábrica, como ama de casa y como cuidadora de sus hijos/as (Kolontai, 1937). No llegaba a analizar las desigualdades de género que en esta situación se daban, y tampoco consideraba que las funciones maternas fueran esencialmente de la mujer.

Alexandra Kolontai abogaba porque el Estado asegurara a la madre trabajadora en los primeros meses de vida del recién nacido y mientras éste necesitara ser amamantado (1937:178), para más tarde colectivizar el trabajo doméstico, de cuidado y de educación que la maternidad implicaba, sin en ningún momento el Estado arrebatara las relaciones padres e hijos/as, pero en un nuevo contexto que sustituyera a la familia tradicional burguesa y capitalista que permitía la explotación de la mujer.

#### **1.1.4. Pensamiento sobre la maternidad en la primera mitad del siglo XX y críticas de los feminismos españoles**

En España la influencia del movimiento sufragista fue desigual. Las primeras feministas españolas estaban más centradas en defender la igualdad de las mujeres y

promover su acceso a la educación, como por ejemplo Concepción Arenal<sup>48</sup> o Emilia Pardo Bazán. Algunas pensadoras feministas españolas participaban de las ideas de sus homólogas inglesas y norteamericanas, como Clara Campoamor<sup>49</sup>, pero otras en cambio, aun siendo defensoras de los ideales de igualdad entre hombres y mujeres, eran contrarias a otorgar el voto a las mujeres, porque desconfiaban de la educación política de las mujeres, de la fuerte influencia de la Iglesia Católica en sus posturas ideológicas, y creían que sus votos serían manipulados por sus maridos, e irían a parar a partidos conservadores, como era el caso de Victoria Kent o Margarita Nelken (Folguera, 1988; Nash, 1983, 1999, 2004; Amorós y De Miguel, 2005).

En España, en cambio, tuvo mayor impacto la ideología del ángel del hogar y la complementareidad de los sexos masculino y femenino, ya no subordinados pero siempre diferentes. Reflejo de esta nueva identidad femenina fue por ejemplo **Gregorio Marañón**<sup>50</sup>, que reconocería la posibilidad de que las mujeres pudieran tener los mismos derechos y capacidades que los hombres, pero siempre subordinados a la maternidad, que era su rol social prioritario, y que de ningún modo podía interferir. El ejemplo de Marañón es importante porque como médico humanista con un fuerte impacto en el pensamiento y en la política de la época, supone un ejemplo del ascenso del conocimiento médico y científico a la esfera del poder, y su conversión como fuente auténtica de la verdad.

Marañón fue además gran defensor de la teoría de la complementariedad de los sexos que sostenía que las mujeres no eran inferiores a los hombres, sino diferentes y complementarias, y que su función principal era ser madres y esposas. Cualquier otra actividad que desarrollaran debía supeditarse a esta función principal de

---

<sup>48</sup> Como se ha visto anteriormente, Concepción Arenal defendía la función maternal de las mujeres dentro de esta defensa de la igual capacidad intelectual de hombres y mujeres. Y esa defensa de la función maternal la extendía incluso a las mujeres solteras, que podían ejercer funciones “maternales sociales” de cuidado a los demás en el conjunto de la sociedad.

<sup>49</sup> Clara Campoamor fue la única mujer diputada del Parlamento español de la II República (las otras dos eran Victoria Kent y Margarita Nelken) que defendió en solitario el sufragio femenino que se aprobó finalmente en 1931. Entre sus obras destaca *El derecho de la mujer en España* (1931).

<sup>50</sup> Algunas de sus obras más importantes sobre mujeres y maternidad son (1969): *Ensayos sobre la vida sexual: sexo, trabajo y deporte, maternidad y feminismo, educación sexual y deferenciación sexual, amor conveniencia y eugenesia*.

“madresposas”<sup>51</sup>, y que sólo en circunstancias excepcionales, como era el caso de las mujeres viudas o solteras, podían estas mujeres desempeñar actividades similares a las que ejercían los hombres. Esta teoría de la complementariedad fue ampliamente aceptada e incontestada en el pensamiento español durante décadas, suponiendo la explicación y legitimación perfecta de la división sexual del trabajo (Nash, 1999).

La conexión entre la ideología del ángel del hogar y la función materna tiene, por tanto, una explicación médica y científica que se origina con la supremacía del conocimiento científico y médico desde la Ilustración. La función materna de las mujeres es incuestionable, porque los pensadores de la época (muchos de ellos médicos) demuestran el determinismo biológico de la diferencia sexual.

Marañón también fue el receptor de las ideas de Sigmund Freud en España y el artífice de su difusión. Son importantes las aportaciones de **Sigmund Freud y el psicoanálisis** al concepto moderno y contemporáneo de la maternidad. Freud aportó grandes ideas al conocimiento de la psique humana, como por ejemplo, que las personas que sufrían padecimientos emocionales no eran criminales morales, o la importancia del inconsciente y de los sueños. Pero muchas de sus teorías han de verse también y criticarse pensando en que era un hombre fuertemente influido por las circunstancias sociales y por el orden de género imperante en la época (Rich, 1976).

El complejo de Edipo, que describe que el niño se siente atraído sexualmente por su madre, y su madurez personal pasa por distanciarse de este deseo, fijándose y centrándose en el modelo de su padre, como poder superior, es una visión completamente patriarcal y muchas veces criticada, pero resulta increíble constatar el fuerte arraigo que este concepto histórico ha tenido a lo largo de todo el s. XX. Para el pensamiento psicoanalítico puro la relación hijo-padre es la entrada en la civilización, y la relación madre-hijo es improductiva, negativa, prescindible. Han sido numerosas las críticas sobre el sesgo claramente misógino de los fundamentos del pensamiento de Freud, pero también son numerosos los intentos de conciliar las aportaciones del psicoanálisis con ideas más igualitarias sobre hombres y mujeres, función materna y paterna<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> El término “madresposas” está tomado de Lagarde, Marcela en su obra (1993): *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*.

<sup>52</sup> Como por ejemplo Chodorow, Nancy (1979): *The Reproduction of mothering : psychoanalysis and the sociology of gender*; y Kristeva, Julia (2000): *El Genio femenino : la*

En el siglo XX, el psicoanálisis de Freud también impacta sobre el modelo de maternidad: las mujeres serán responsables también de la felicidad de sus hijos/as. Pero también así la maternidad se convierte en una fuente de culpa: para la madre que trabaja, para la mujer que no puede tener hijos/as o para la que no quiere tenerlos. El crecimiento de las responsabilidades maternas desde el s. XVIII lleva aparejada el proceso de oscurecimiento del padre. El psicoanálisis muestra a la madre como una de las causas inmediatas, sino la más importante, del equilibrio psíquico de sus hijos/as (Badinter, 1980).

El psicoanálisis también construye el carácter masoquista de la mujer, natural u obligado, cuando describe la capacidad de sufrimiento de las mujeres que se ve recompensada con el gozo de la maternidad.

Las ideas psicoanalistas sobre la maternidad fueron difundidas ampliamente en un lenguaje accesible y común a través de los medios de comunicación, principalmente radio y revistas, a partir de la I Guerra Mundial (1914-1918). También según estas ideas, la madre es responsable de la buena paternidad de su marido; se considera normal la presencia puntual del padre en la vida diaria de los niños/as. El padre no puede de ninguna manera substituir a la madre, el padre cumple una función simbólica en la vida del hijo/a: encarna la ley, el ideal del mundo exterior<sup>53</sup>.

La preocupación por la caída de la natalidad a finales del s. XIX y principios del s. XX es uno de los factores que lleva a que los poderes públicos se preocupen por la protección de la maternidad, y se hace ensalzando por un lado la maternidad como función natural de las mujeres, pero también función en la que deben ser adoctrinadas, especialmente la clase médica, una clase en ascenso debido a la importancia y el poder que el conocimiento científico alcanza en estas sociedades modernas (Nash, 2000, 2004; Lozano Lis, 2003). En España intentaron fomentar la natalidad y mejorar las tasas de mortalidad infantil, mediante una serie de campañas de salud y comportamiento dirigidos a las madres. En estos manuales se subrayaban las virtudes

---

*vida, la locura, las palabras*; Kristeva, Julia (1987): *In the beginning was love : psychoanalysis and faith*; y Mitchell, Juliet (1982): *Psicoanálisis y feminismo*.

<sup>53</sup> Aunque se abordará más adelante como una de las autoras a destacar en el pensamiento feminista que habla sobre la maternidad, Betty Friedan en su obra (1984): *The Feminine Mystique*, también analiza el impacto que tuvo la difusión de las ideas freudianas en el rol desempeñado por las mujeres después de la II Guerra Mundial (1939-1945) en Estados Unidos.

de la maternidad y la autoridad de los médicos como nuevas voces de lo moralmente correcto.

Esta clase médica apoyaba a principios de siglo la ideología higienistas que buscaba hacer un mundo mejor a través de la creación de seres más fuertes, más sanos y más dignos, gracias a las aportaciones de la Ciencia. El instinto maternal no era suficiente, las mujeres debían ser adoctrinadas, para revertir las altas tasas de mortalidad infantil que muchas veces se achacaba a las madres. La inclusión de las mujeres en la educación a principios del s. XX estaba condicionada a su papel de madre-maestra, reproductora de valores sociales.

La explicación que se hacía de la alta tasa de mortalidad infantil a principios de siglo XX era que se debía a las circunstancias higiénicas, económicas y sociales en las que las clases trabajadoras cuidaban a sus hijos/as recién nacidos y a la incultura y la desidia de las mujeres, como únicas responsables de tanta pérdida de vida humana.

El interés público en la maternidad llevó de esta manera a que el Estado entrara en el espacio privado familiar:

*“El Estado se convirtió así en un super-padre y sus decisiones tendieron a “nacionalizar” a las madres y a socializar la maternidad”* (Lozano Lis, 2003:33).

Se considera también que la progresiva salida de las mujeres a trabajar fuera de casa también influía en las altas tasas de mortalidad infantil. No se prestaba igual atención política al hecho de que este acceso a las mujeres al mercado de trabajo se producía para paliar la precaria situación económica de la clase obrera.

A las mujeres se les atribuía los cuidados de la infancia, en correspondencia a las leyes naturales y los roles tradicionales, frente a la atribución de la curación a la clase médica, en virtud de su formación académica y su autoridad masculina.

**Ortega y Gasset**<sup>54</sup> es otro de los pensadores españoles, cuya obra tiene un impacto sobre la condición de la mujer y sus funciones reproductoras. Ortega y Gasset consideraba a las mujeres como seres conectados con la naturaleza y alejados de la

---

<sup>54</sup> Por ejemplo en su obra Ortega y Gasset (1981): *Estudios sobre el amor*.

razón, y por lo tanto creía en la necesidad de una identidad femenina más delicada y acorde a sus funciones reproductivas.

Bajo el régimen franquista (1939-1975), el discurso político compartido con otros regímenes fascistas era claramente antifeminista, aunque su consideración de la mujer en la sociedad pasaba por una exaltación de las mujeres como madres y esposas. La estrategia política buscaba confinar de nuevo a las mujeres a la esfera doméstica, que era el espacio de las mujeres natural, para conseguir así los objetivos políticos natalistas.

Esta estrategia política buscaba recuperar el rol maternal para así “capitalizar” el instinto maternal, y ponerlo al servicio de los intereses del Estado, como la única vocación patriótica de las mujeres.

Paralelamente a la exaltación de la maternidad contribuyó toda una política de promoción y restauración de la familia, considerada por el primer franquismo como el fundamento de la nueva sociedad (Nash, 1983, 2000, 2004; Palacios Lis, 2003)

El régimen franquista retomaba la tradición católica<sup>55</sup> y patriarcal de educar a las mujeres para la maternidad, para frenar la mortalidad infantil, aumentar la natalidad, y ayudar a la consolidación de la ideología sobre la posición y el papel de las mujeres y la familia en el nuevo orden social. Para ello contó con la importante colaboración de la Sección Femenina, uno de los principales cauces de socialización y educación no formal de las mujeres durante este periodo.

Los estados fascistas fueron natalistas por cuestiones de poder. La fuerza del Estado dependía de la cantidad y calidad de sus ciudadanos, y de ahí, el adoctrinamiento de las mujeres hacia la obediencia, la sumisión y la exaltación de la maternidad al servicio

---

<sup>55</sup> La visión de la maternidad que ofrece la Iglesia Católica, que se materializa en la figura de la Virgen María, modelo por excelencia de madre en la tradición católica. Esta visión de madre perfecta y los atributos morales que se derivan, constituyen el referente de la maternidad ideal que el derecho persigue y protege. La Virgen María aparece como el grado superlativo de madre, una mujer que sólo es dadora. Además aparece como un modelo a seguir por todas las mujeres, “Virgen pura y madre dolorosa”, donde confluyen una serie de atributos inherentes por tanto a la maternidad ideal: renuncia a todo deseo propio, humildad, inocencia, amor desinteresado y sacrificio (Molina, 2004).



de la patria. En consecuencia, se fomentaba la natalidad y se reprimía cualquier tipo de contracepción y aborto<sup>56</sup>.

Las teorías de la complementariedad de sexos de Gregorio Marañón dominan el espectro político e intelectual español durante buena parte del siglo XX, y ni siquiera las primeras feministas españolas que podrían denominarse liberales, cuestionaban abiertamente esa complementariedad, y la función maternal como misión fundamental de las mujeres que debía prevalecer sobre otra cualquier argumento en la identidad femenina.

Supone una excepción a este predominio, algunas pensadoras vinculadas al anarquismo español de la II República (1931-1939) y de la Guerra Civil española (1936-1939), como son Federica Montseny y Lucía Sánchez Saornil<sup>57</sup>. Montseny pertenecía al anarquismo individualista de la época, y consideraba que la situación de opresión de las mujeres era un problema humano en general, no creía por tanto en la necesidad de la existencia de un feminismo como movimiento político independiente del anarquismo, ni en un principio creía siquiera, en la necesidad de participar en el espacio político.

Sánchez Saornil pertenecía al anarquismo colectivista y pensaba que las mujeres debían de luchar por partida doble, en el ámbito social, y contra la opresión propia de su sexo.

*“Sánchez Saornil pensaba que la maternidad nunca podría anular a la mujer como individuo. Las mujeres tenían la misma capacidad y el mismo potencial que los hombres y por lo tanto los horizontes femeninos debían extenderse más allá de los confines de su función reproductora. La maternidad era simplemente una de las muchas opciones que se le abrían a las mujeres”* (Nash, 1999:46).

---

<sup>56</sup> En el capítulo dedicado al tratamiento jurídico de la maternidad y la paternidad, cuando se analice la evolución histórica de la legislación española sobre maternidad y paternidad, se volverá de nuevo sobre la evolución del contexto político español a lo largo del siglo XX.

<sup>57</sup> Militante anarcosindicalista, que en 1936 funda junto a Mercedes Comaposada y Amparo Poch la organización feminista y libertaria Mujeres Libres.

**Federica Montseny**<sup>58</sup> no se declaraba feminista, pero sus reivindicaciones políticas para las mujeres, especialmente en su mandato como Ministra de Sanidad y Asistencia Social durante la II República, tuvieron un gran impacto por la mejora de los orfanatos, la atención a la infancia en general, y el proyecto de ley sobre el aborto (Montseny, 1977; Tavera, 2005).

Montseny defiende los derechos de las mujeres, el amor libre y un concepto nuevo de las relaciones entre mujeres y hombres. Pero dentro de esta ideología tiene cabida la maternidad como máxima realización de una mujer, como una facultad cuasi divina:

*“¡Ser madre! Quizá usted no comprende todo el alcance augusto de esta palabra. Ser madre quiere decir hacer, con sangre de nuestra sangre y carne de nuestra carne, un hombre o una mujer futuros. Ser madre quiere decir sufrir, sacrificarse, vivir, amar, eternizarse en una obra de ideal (...) las madres son más que los dioses: crean de sí mismas, crean en sí mismas y sufren y aman y pueden morir al crear”* (Montseny, 1991:132)

Pero Montseny sólo entiende esta misión de la maternidad en el marco de una relación de amor entre un hombre y una mujer:

*“Para que una obra de carne sea perfecta, es necesario crear con amor. Hasta las frías producciones del espíritu, las obras de la mano humana, necesitan del amor si quieren alcanzar la categoría de geniales. Grandes amores han inspirado las grandes obras. ¿Cómo prescindir del amor, en algo tan ligado como es la creación de un hijo?”* (Montseny, 1991:133).

Una versión en cambio más en consonancia con la ideología dominante era la interpretación que hizo un feminismo católico conservador de las ideas de las feministas liberales europeas y norteamericanas, como es el caso de Dolors Monserdà<sup>59</sup> o Francesca Bonnemaison<sup>60</sup>, que hacían una adaptación del feminismo

---

<sup>58</sup> Entre sus obras destacar: *La mujer, problema del hombre* (1932) y *Cien días de la vida de una mujer* (1949).

<sup>59</sup> Esta escritora y pensadora estuvo a principios del siglo XX muy preocupada en las condiciones sociales de las mujeres obreras y defendía ideas feministas acordes con la doctrina de la Iglesia Católica.

con el catolicismo y el catalanismo conservador, conectando las organizaciones obreras femeninas con el reformismo católico (Folguera, 1988; Nash, 1999).

Es en este contexto donde los pensadores y políticos españoles abogan por una maternidad consciente de las mujeres, pero esta maternidad consciente tiene una interpretación específica dentro de esta ideología eugenista y de fomento de la natalidad. Como afirma Lozano Lis (2003:12):

*“Maternidad consciente, significando aquí consciente, no la aceptación libre y responsable por parte de las mujeres de la función materna, sino su dócil supeditación al modo y los fines que otros otorgaban a tal función”.*

Esta forma de entender la maternidad consciente no tiene nada que ver con la acepción más dominante en las ideas malthusianas y neomalthusianas<sup>61</sup> existentes en Occidente en este momento histórico. Las ideas neomalthusianas y de reforma sexual, que abogaban por el control de la natalidad y la abolición de la doble moral sexual tuvieron impacto en España sobre todo entre pensadores anarquistas. Pero solo una feminista anarquista, **Hildegart Rodríguez**<sup>62</sup>, se atrevió a defender la separación de la sexualidad de la procreación, como medida para facilitar la “maternidad consciente”, que representaba la superación del destino biológico de la maternidad en la vida de las mujeres y abría la posibilidad de elegir libremente ser madres. Aún así, sus ideas tuvieron escasa repercusión social y política en España.

También se produjo la recepción española de las primeras adaptaciones feministas de la ideología sobre la eugenesia y el higienismo, sin suponer una contradicción de esta autoridad médica masculina que imponía y ensalzaba la función maternal de las

---

<sup>60</sup> Francesca Bonnemaison (1872 - 1949) fue la creadora de la primera Biblioteca Popular de la Mujer (*Biblioteca Popular de la Dona*) de Barcelona, que sería el núcleo de lo que después se conocería como la Escuela de la Mujer (*Escola de la Dona*).

<sup>61</sup> El malthusianismo es una corriente de pensamiento inspirada por R. Malthus (1766-1834) que alertaba del crecimiento desproporcionado de la población a un ritmo muy superior al crecimiento de los recursos de alimentos. En consecuencia, propugnaba políticas de control de la natalidad. El neomalthusianismo es una evolución del pensamiento anterior desarrollado por M. Sanger (1883-1966) y defendía la reforma sexual y el control reproductivo.

<sup>62</sup> Entre sus obras, destacar Rodríguez, Hildegart (1977): *El problema sexual tratado por una mujer española*.

mujeres. Una representante de esta combinación es **Margarita Nelken**<sup>63</sup>, que defiende la existencia de un instinto maternal. Es representante de ese feminismo de principios del s. XX que reclama el derecho a ser diferentes a través de la recuperación de un valor tradicional como la maternidad para reconvertirlo más allá de un hecho individual en una maternidad social que legitimaría reclamar protección y ayuda pública al incipiente Estado de Bienestar (Álvarez Peláez, 1990; Nash, 2000; Palacios Lis, 2003).

Durante la II República continuó el adoctrinamiento de las madres para luchar contra la alta tasa de mortalidad infantil, sobre todo entre las clases obreras y la población rural. Este adoctrinamiento de las mujeres era uno de los instrumentos de la ideología higienista, que desde una visión paternalista de las clases sociales ilustradas se enseñaban a las clases sociales desfavorecidas e incultas qué era lo mejor para cada individuo, y en último término, qué era lo mejor para la sociedad en su conjunto.

Tal y como se ha mostrado, eran excepcionales las pensadoras republicanas que cuestionaban el destino de la mujer como madre (tan sólo algunas anarquistas como Sánchez Saornil defensoras de una maternidad consciente y libremente escogida por las mujeres como una opción de vida más). Durante la Guerra Civil española, las filas republicanas utilizaron la ideología de las madres combativas, para sumar a las mujeres a la causa republicana y a la lucha antifascista. Se utilizaba una propaganda de madres y esposas que trabajaban en la retaguardia en tareas de apoyo, pero caracterizadas con los atributos más clásicos de la maternidad, como entrega, abnegación, sacrificio y amor incondicional. No sólo se les instaba en su condición de madres a participar activamente en la retaguardia, sino también en contribuir con la entrega de sus hijos a la causa antifascista.

*“La maternidad combativa no sólo entrañaba la participación activa de las madres en el esfuerzo bélico sino que les daba autoridad moral e incluso fuerza para obligar a sus hijos a luchar”* (Nash, 1999:101).

Pero la ideología dominante, a excepción de este breve paréntesis político, sobre las mujeres y la maternidad durante el siglo XX en España, fue una continuación de la ideología católica y conservadora que el franquismo rescató y que se encargó de

---

<sup>63</sup>En su obra Nelken, Margarita (1926): *Maternología y Puericultura*, hace una defensa del instinto maternal y su servicio a las ideas del eugenismo, higienismo, feminismo y reforma sexual.

devolver al mito del ángel del hogar a través de la labor de la Sección Femenina de la Falange.

*“La Sección Femenina asumía este feminismo católico pues los ideales joseantonianos de abnegación y obediencia, en los que se basaba la organización, encajaban perfectamente en ese programa ideológico del feminismo católico”* (Folguera, 1988).

### 1.1.5. Feminismos del siglo XX y la maternidad

Más allá de esta recepción de las primeras corrientes del feminismo en España, podríamos destacar numerosas autoras representativas del feminismo en el mundo occidental. **Simone de Beauvoir**<sup>64</sup> supone quizás una de las autoras más representativas. Beauviour, o incluso en nuestra historia más cercana, Lidia Falcón<sup>65</sup>, llegan a considerar la maternidad como un elemento del que se puede prescindir y renunciar para conseguir la verdadera emancipación femenina.

Beauvoir (2001) es una de las primeras filósofas que comienzan a cuestionar que la maternidad sea un elemento inherente de la mujer. Ella no admite que la capacidad reproductora haga a una persona del sexo femenino una mujer. Si la función de hembra no nos sirve para definir que es lo femenino, ni tampoco queremos utilizar el “eterno femenino”, pero nos queda claro que hay mujeres sobre la tierra, ¿cómo definir entonces qué es una mujer?

Ella subraya como *“Un hombre nunca empieza considerándose un individuo de un sexo determinado: se da por hecho que es un hombre”* (Beauvoir, 2001a:49). Y por lo tanto rechaza hacerlo en el caso de las mujeres.

---

<sup>64</sup> Simone de Beauvoir está considerada con su obra *El segundo sexo* de 1949, como la precursora del movimiento feminista liberal del siglo XX en Occidente.

<sup>65</sup> Lidia Falcón es una feminista española que se considera la primera representante del feminismo liberal en España, dentro del contexto político y cultural del régimen franquista. Escribe sobre los derechos civiles y laborales de las mujeres, y también defiende la necesidad de liberarse del yugo de la maternidad para alcanzar la emancipación de las mujeres. Entre sus obras destacar (1969): *Mujer y Sociedad*.

Beauvoir niega la existencia del instinto maternal: *“no existe el “instinto maternal”: la palabra no se aplica en modo alguno a la especie humana. La actitud de la madre está definida por el conjunto de su situación y por la forma en que la asume”* (Beauvoir, 2001b:306)

Beauvoir no niega que la maternidad puede resultar una experiencia de realización personal y de plenitud, pero para ello debe ser una decisión libremente tomada por una mujer sana y equilibrada: *“solo la mujer equilibrada, sana, consciente de sus responsabilidades, es capaz de ser una “buena madre”* (Beauvoir, 2001b:319).

Esta autora lo que exige es que maternidad sea una decisión libremente escogida por la mujer, y niega así que tan sólo sea el ejercicio de un destino biológico de toda mujer:

*“Esta obligación no tiene nada de natural: la naturaleza no podría dictar una conducta moral, que implica un compromiso. Engendrar en un compromiso (...) la relación de los padres con los hijos, como la relación entre esposos, debería ser libremente deseada”* (Beauvoir, 2001b: 320).

También es importante la influencia de la obra de **Betty Friedan**, que publica en 1963 *La mística de la feminidad*, donde realiza un diagnóstico de la situación de las mujeres en Estados Unidos tras la II Guerra Mundial, condenadas a una identidad femenina que las subordina y las invisibiliza en el espacio doméstico.

*“Millones de mujeres viven sus vidas con la imagen de esas bonitas fotos de la ama de casa americana, que despide a su marido con un beso frente a la ventana, deja a sus hijos en el colegio, y sonrío mientras pasa un abrillantador eléctrico sobre el suelo impoluto de la cocina (...) su único sueño era ser las perfectas esposas y madres; su mayor ambición era tener cinco hijos y una bonita casa; y su única lucha conseguir y mantener sus maridos”* (Friedan, 1984:18)<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Traducción de la propia autora: *“Millions of women lived their lives in the imagen of those pretty pictures of the American suburban housewife, kissing their husbands goodbye in front of the picture Windows, depositing their stationwagonsful of children at school, and smiling as they ran the new electric waxer over the spotless kitchen floor (...) their only dream was to be perfect wives and mothers; their highest ambition to have five children and a beautiful house, their only fight to get and keep their husbands”*

Esta identidad personal se reducía a su papel de esposas y madres, y era la razón por la que muchas mujeres sufrían lo que ella denominaba “*el mal que no tiene nombre*”<sup>67</sup> y que producía numerosos padecimientos psíquicos y físicos, consecuencia de esa frustración vital y falta de realización personal (Amorós y de Miguel, 2005). Este mal que no tiene nombre era consecuencia de la frustración que sentían las mujeres que necesitaban proyectos personales y profesionales más allá del ideal de mujer en el que se habían socializado, limitadas a conseguir un marido, tener hijos/as y ejercer de ama de casa.

*“La mística de la feminidad establece que el mayor valor y el más alto compromiso de las mujeres es cumplir con su propia feminidad. Establece que el gran error de la cultura occidental a lo largo de la mayor parte de su historia, ha sido subestimar la feminidad. La feminidad es tan misteriosa e intuitiva, y tan cercana a la creación y al origen de la vida que ninguna ciencia del hombre podrá entenderla. No obstante, aunque sea especial y diferente, no por ello es inferior a la naturaleza del hombre, al contrario, en algunas cosas es incluso superior”* (Friedan, 1984:43)<sup>68</sup>.

Una de las ideas clásicas de Friedan, que encajan en las características del feminismo liberal clásico heredero de las ideas ilustradas, es que las mujeres no podían ser limitadas a su función reproductora, ni estaban imbuidas por un determinismo biológico reproductor. Las mujeres, al igual que los hombres, eran seres dotados de razón, que podían ir más allá en sus vidas que lo que sus biología les marcaban.

Por eso, cuando al final de su obra Friedan hace una serie de recomendaciones para que las mujeres superen ese mal que no tiene nombre, y puedan construir una identidad personal propia, una de las cuestiones que aborda, es precisamente que consigan ser algo más que madres a tiempo completo y de manera exclusiva. La mística de la feminidad impone a las mujeres una maternidad ligada a la naturaleza y a

---

<sup>67</sup> Friedan habla de “*the problem that has no name*” y así titula el primer capítulo de su obra.

<sup>68</sup> Traducción de la propia autora de: “*The feminine mystique says that the highest value and the only commitment for women is the fulfillment of their own femininity. It says that the great mistake of Western culture, through most of its history, has been the undervaluation of this femininity. It says this femininity is so mysterious and intuitive and close to the creation and origin of life that man-made science may never be able to understand it. But however special and different, it is in no way inferior to the nature of man; it may even in certain respects be superior*”.

la biología femenina, y se transforma en una forma de vivir la maternidad excluyente con cualquier proyecto profesional o personal propio.

*“Una hora al día, un fin de semana, o incluso una semana libre de maternidad no es la solución al “problema que no tiene nombre”. Esa hora libre que recomiendan los expertos infantiles y familiares o los sorprendidos médicos como antídoto a la fatiga y al sentimiento de aislamiento de las amas de casa, está asumiendo automáticamente que una mujer es “solo una ama de casa” en ese momento y una madre para siempre (...) pero las madres con las que he hablado no encuentran ningún alivio mágico en esa hora libre (...) Una mujer que no tiene un objetivo propio en la sociedad, una mujer que no puede permitirse pensar sobre el futuro porque no está haciendo nada por dotarse de una identidad real en ese futuro, seguirá sintiéndose desesperada en el presente (...) Toda mujer joven debería pensar hoy en día primero como un ser humano, no como una madre sin tiempo, y hacer un plan de vida de acuerdo a sus propias habilidades, un compromiso propio con la sociedad, donde su compromiso como esposa y madre pueda ser integrado” (Friedan, 1984:344)<sup>69</sup>.*

No es hasta la llegada del **feminismo radical** de los años 60, donde se recupera la maternidad en el debate feminista, ya que las feministas radicales rescatan el interés por la biología reproductora humana, estudian la biología femenina como fundamento básico de la división sexual del trabajo y abogan por una reconstrucción radical de la sexualidad<sup>70</sup> (Bodelón, 1988). También son importantes las reflexiones sobre la maternidad que hacen las feministas radicales, por su teorización del sexo como categoría social y política, y su reivindicación de que “lo personal es político”, y entre lo

---

<sup>69</sup> Traducción de la propia autora de: *“An hour a day, a weekend, or even a week off from motherhood is not the answer to the problema that has no name. That “mother’s hour off” as advised by child-and family experts or puzzled doctors as the antidote for the housewife’s fatigue or trapped feeling, assumes automatically that a woman is “just a housewife” now and forever a mother (...) But he mothers I talked to did not find any magical relief in an hour off (...) A woman who has no purpose of her own in society, a woman who cannot let herself think about the future because she is doing nothing to give herself a real identity in it, will continue to feel a desperation in the present (...). Even a very young woman today must think of herself as a human being first, not as a mother with time on her hands, and make a life plan in terms of her own abilities, a commitment of her own to society, with which her commitment as wife and mother can be integrated”*

<sup>70</sup> Es significativa la obra del Colectivo de Mujeres de Boston (1973): *Nuestros cuerpos, nuestras vidas*, como uno de los intentos del feminismo radical de reconstruir la sexualidad femenina, y donde hay un capítulo dedicado al embarazo, el parto y los primeros tiempos después de haber dado a luz.



que tradicionalmente se considera como personal se encuentra la maternidad de las mujeres y sus consecuencias<sup>71</sup> (Amorós, 2000; Amorós y de Miguel, 2005).

Incluso hay voces que cuando analizan este olvido clásico del feminismo hacia la maternidad, como la poeta y pensadora **Adrienne Rich**<sup>72</sup> (1996) buscan explicaciones cómo el hecho de que la relación entre madres e hijas se percibe por las mujeres de forma negativa, ya que las hijas culpan a sus madres de la posición de desventaja y sin voz de la sociedad patriarcal.

Rich (1976) considera que las categorías de mujer sin hijos/as y madre son categorías que representan una falsa polaridad que en cambio ha servido históricamente a instituciones como el patriarcado o la heterosexualidad. ¿Qué es lo que hace madre a una mujer realmente? La experiencia del embarazo o el parto no, porque las madres que adoptan tienen experiencias maternas iguales que una madre biológica, tampoco el cuidado de los niños/as pequeños es un elemento identitario de la maternidad porque si fuera así se convertiría en madre la hermana mayor de muchas familias que ha tenido que cuidar a todos sus hermanos/as pequeños.

En cambio históricamente la mujer sin hijos/as se ha presentado como un fracaso de mujer, incapaz de representar a las de su sexo (salvo las excepciones de las monjas de clausura o las vírgenes consagradas en los templos). Por ello, las mujeres sin hijos/as han sido perseguidas por brujas, lesbianas, o se ha rechazado su capacidad de adoptar hijos/as por su condición de solteras. Estas mujeres tradicionalmente eran percibidas como amenazas a la hegemonía masculina.

Esta idea queda reflejada en las siguientes palabras de Tubert, (1991:112):

*“El ideal de maternidad cumple también la función de normalizar la sexualidad de la mujer: de lo que no es madre se espera un a sexualidad pecaminosa, que atenta contra la honra (significante del orden)”.*

---

<sup>71</sup> Por supuesto hay muchas autoras importantes del feminismo radical, como Kate Millet, con su obra *Sexual Politics* publicada en 1969, donde defiende el patriarcado como sistema de dominación básico sobre los que se asientan los demás (raza, clase, etc.), argumenta que las relaciones de sexo son relaciones de poder e introduce la categoría género como construcción social y cultural frente a la categoría sexo como realidad biológica. O como Catherine MacKinnon y su obra *Toward a Feminist Theory of the State* publicada en 1989. A esta última autora se volverá de nuevo en el apartado de jurisprudencia feminista y en el siguiente capítulo sobre el Rol del estado en el tratamiento de la maternidad y la paternidad.

<sup>72</sup> Destacamos sus reflexiones sobre la maternidad y sus consecuencias en su obra (1976) *Of Woman Born: Motherhood as Experience and Institution*.

Para Rich la maternidad tiene su propia historia e ideología detrás (Rich, 1976: 34). Hay dos ideas o mitos fundamentales que componen el concepto dominante de maternidad:

- a) El cuerpo de las mujeres es impuro, corrupto, es peligroso para el hombre, es una fuente de contaminación moral y física.
- b) Por otro lado, la maternidad purifica y legitima ese cuerpo corrupto y se convierte en su destino y justificación.

Otra pensadora representativa del feminismo radical es **Shulamith Firestone** (1970) que sintetiza la causa de la opresión femenina en su biología reproductiva, y que por lo tanto para ella, la liberación de la mujer pasaría por la asunción colectiva de la sociedad de la responsabilidad de la crianza de los hijos/as.

Firestone tiene una visión pesimista y sólo victimista del embarazo y el parto:

*“El embarazo es incivilizado”<sup>73</sup> y “El parto duele”<sup>74,75</sup>*

Para Firestone son las relaciones sexuales biológicamente definidas (lo que ella denomina “dialéctica del sexo”) las que constituyen la fundamentación de todas las demás dialécticas, especialmente, la dialéctica de las clases sociales e igualmente identifica que la diferenciación reproductiva natural entre los sexos lleva directamente a la división sexual del trabajo (Valcárcel, 1994; Amorós y de Miguel, 2005).

Todas estas ideas la hacen llegar a la conclusión que sólo prescindiendo de la parte biológica de la reproducción, mediante las técnicas de reproducción asistida, se podrá librar a las mujeres de semejante destino.

Hay otras pensadoras feministas importantes que pueden ser incluidas en el feminismo radical, por su afinidad ideológica o por ser contemporáneas en el tiempo<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Traducción de la propia autora: “*Pregnancy is barbaric*”

<sup>74</sup> Traducción de la propia autora: “*Childbirth hurts*”

<sup>75</sup> Citada en Rich, Adrienne (1976): *Of Woman Born*, pag. 174.

<sup>76</sup> Muchas veces es difícil enmarcar ciertas autoras en alguna de las clasificaciones clásicas del pensamiento feminista, o bien por la singularidad de su obra, o porque supone una excepción a la hegemonía anglosajona del pensamiento feminista más publicado y difundido.

Es el caso de autoras como **Carole Gilligan**, que en su obra publicada en 1982 *In a Different Voice* supuso el nacimiento de toda una ética del cuidado, que influyó en las teorías de la justicia dominantes y tuvo un importante impacto en las feministas juristas<sup>77</sup>.

Gilligan comenzó sus investigaciones para rebatir teorías dominantes sobre el desarrollo moral elaboradas por Kohlberg (1992), que situaban a las mujeres en un estadio inferior de razonamiento moral que los hombres. Gilligan quiso demostrar por el contrario, que la forma de razonar moralmente de las mujeres parte de sus experiencias cotidianas y es diferente a la de los hombres porque éstos están más centrados en un lenguaje de “derechos” y las mujeres en cambio utilizan códigos más ligados a los cuidados y a la interdependencia.

Pero Gilligan no creía que las mujeres poseyeran una forma específica de razonamiento moral vinculado a su sexo biológico, sino que esa “voz diferente” no procede del sexo biológico, sino que se trata de una construcción cultural más.

Es también importante entre las aportaciones del pensamiento feminista a la maternidad, la autora **Sara Ruddick** como una de las representantes más conocidas del maternalismo feminista, que defendían una visión de la ciudadanía que revalorizara los vínculos familiares y la práctica de la maternidad. Consideraba la familia como la base común de la humanidad, moralmente superior en el ámbito público de la política. Esta perspectiva feminista se basaba en la defensa de la identidad y experiencias de las mujeres como madres.

Para esta pensadora el pensamiento maternal está determinado culturalmente, no por la naturaleza, ni por la biología para ellas, lo maternal es una categoría social. Por eso, hace una definición de lo que es una madre es en que la práctica maternal puede ser desempeñado por un hombre o por una mujer, aunque reconozca que históricamente y en la mayor parte de las culturas, sean las mujeres quienene mayoritariamente sean “las madres”:

---

<sup>77</sup> Sobre la ética del cuidado se hablará más adelante en su influencia en la jurisprudencia feminista y en el capítulo sobre el rol del estado cuando se aborden las diferentes teorías políticas sobre las que se construye el Estado Social de Derecho.

*“Una madre es una persona que asume la responsabilidad de la vida de los niños y para quienes cuidar de un niño supone una parte importante de su vida laboral (...) y aunque la mayoría de las madres han sido y son mujeres, la maternidad es un trabajo potencialmente para hombres y mujeres” (Ruddick, 1989:40)<sup>78</sup>.*

Se trata de un pensamiento que está por encima de las prácticas opresivas para las mujeres y los niños que, por tanto, no apela a la biología, por lo que los hombres pueden también desarrollarlo (Ruddick, 1989; Osborne, 1993; Agra, 2000).

*“Cualquiera que sea la diferencia entre las madres masculinas y femeninas, no hay ninguna razón para creer que un sexo está más capacitado que el otro para llevar a cabo el trabajo maternal” (Ruddick, 1989:41)<sup>79</sup>.*

Pero además Ruddick recupera la conexión tradicional de ejercicio maternal y pacifismo, que ya se había proclamado por las madres contrarias a los conflictos bélicos mundiales. Ruddick además consideraba que las características maternas eran pacíficas y anti-violentas, y por lo tanto deseables como ideales de justicia en una sociedad. Aunque es a la vez consciente, que no toda práctica maternal es por definición pacífica, ni todas las madres son buenas, pero ella no está buscando recuperar una idea esencialista de la maternidad, ni imponer una idealización de la maternidad en sí misma:

*“No creo que el pensamiento maternal, más allá de la crítica<sup>80</sup> de la que es parte representa un discurso verdadero y absoluto. Las madres no son la quintaesencia de los sujetos revolucionarios por encima de otras mujeres. Es suficiente decir que hay un pacifismo latente en la práctica materna y que un pensamiento materno transformado*

---

<sup>78</sup> Traducción de la propia autora: *“A mother is a person who takes on responsibility for children’s lives and for whom providing child care is a significant part of her or his working life (...). Although most mothers have been and are women, mothering is potentially work for men and women”.*

<sup>79</sup> Traducción de la propia autora: *“Whatever difference might exist between female and male mothers, there is no reason to believe that one sex rather than the other is more capable of doing maternal work”*

<sup>80</sup> La autora entiende por “standpoint” o como aquí se ha traducido, crítica, un punto de vista crítico con la realidad y que ofrece un diagnóstico de la sociedad, sus relaciones e ideales de justicia desde la voz de un grupo de oprimidos (al igual que el análisis marxista lo hizo dando voz a las clases proletarias o el pensamiento feminista lo hace desde la experiencia de las mujeres).

*podría ser un contribución relevante a las políticas sobre la paz. Dada la violencia en la que vivimos, y los desastres que nos amenazan, hablar de suficiente parece una fiesta*<sup>81</sup>” (Ruddick, 1989:136).

Y finalmente destacamos a **Luisa Muraro**<sup>82</sup>, como autora representativa del feminismo italiano de la diferencia<sup>83</sup>, y su defensa de la auto-conciencia femenina y la recuperación del valor simbólico de la madre (Birulés, 1992; Amorós y de Miguel, 2004).

Este pensamiento feminista italiano de la diferencia consideraba que los planteamientos que hasta entonces se hacían de la igualdad eran metas imperfectas, porque se seguían haciendo en una cultura patriarcal que no incluía ni los deseos ni la forma de ver el mundo de las mujeres. Por ello, para estas pensadoras *“lo primero es la lucha por tener un lugar en la existencia social, por estar en el mundo sin renunciar a emociones, comportamientos, criterios de juicio, que no responden a aquellos tradicionales de la cultura de la masculinidad (...) como la voluntad femenina de existencia social se enfrenta con la carencia de una adecuada y fiel mediación simbólica, surge la necesidad de descubrir mecanismos que den cuenta de dicha mediación. El orden simbólico de la madre, junto con la práctica del “affidamento”, serán dos elementos a partir de los cuales se intentará crear este nuevo orden simbólico”* (Bodelón, 1999:327-328).

Muraro, por ejemplo, reconoce la crítica del patriarcado que se realiza a partir de los años sesenta, pero esa negación, esa crítica, no es suficiente si después no va seguida de una afirmación, como es el reconocimiento del amor maternal como origen del conocimiento, el aprender a amar a la madre para así construir un nuevo saber como mujer, liberadas de las imposiciones del patriarcado. No es necesario pues deshacer todo lo aprendido para volver a aprender, es suficiente si las mujeres toman

---

<sup>81</sup> Traducción de la propia autora: *“I do not think maternal thinking, any more than the standpoint of which it is a part, represents a True or Total discourse. Nor are mothers, any more than other women, the quintaessential revolutionary subjects. It is enough to say that there is a peacefulness latent in maternal practice and that a transformed maternal thinking could make a distinctive contribution to peace politics. Given the violence we live in and the disasters that threaten us, enough seems a feast”*

<sup>82</sup> Su obra más conocida (1994): *El orden simbólico de la madre*.

<sup>83</sup> Feminismo italiano de la diferencia, heredera a su vez del feminismo francés de la diferencia, entre sus autoras más relevantes, Luce Irigaray y su obra *Speculum. Espejo del otro sexo* (1974).

conciencia de la imposición del orden patriarcal. Basta con amar a la madre, y recuperar todo lo aprendido de la autora de sus días.

*“De la crítica del patriarcado he obtenido autoconciencia, pero no la capacidad de significar libremente la grandeza femenina, que encontré y reconocí plenamente en mis primeros meses y años de vida en la persona de mi madre, que luego perdí tristemente de vista y casi renegué de ella...”* (Muraro, 1994:20).

Precisamente Muraro, como exponente de este feminismo italiano de la diferencia, critica la figura distorsionada de la madre, y del orden simbólico materno en la cultura patriarcal, como una madre muda y pasiva. Ellas en cambio abogan por la recuperación de ese orden simbólico como una de las estrategias para lograr esa existencial social de las mujeres, requisito indispensable para luego poder hablar de igualdad:

*“La sociedad patriarcal, en la que se ha desarrollado la filosofía, cuida el amor entre madre e hijo como su bien más precioso. Es el hogar donde arden los grandes deseos, la cocina de las empresas sublimes, la fábrica de la ley. (...) Ignorando el privilegio histórico de los hijos varones, éstos encubren con fundamentos ideales el origen de su saber. Aman a una madre muda, cuya obra presentan como una imagen y una aproximación de la propia...”* (Muraro, 1994:13)

Posteriormente, y como un desarrollo y fusión entre las feministas marxistas y las feministas radicales, podemos situar a las que se ha denominado **feministas materialistas**, que nos interesa rescatar por su análisis de la maternidad dentro del pensamiento feminista. Una de sus principales representantes es Christine Delphy y Lidia Falcón<sup>84</sup> en el contexto español.

**Christine Delphy**<sup>85</sup> analiza la situación de opresión de las mujeres considerando a las mujeres como una clase social (y no sexual como Firestone) y la apropiación del

---

<sup>84</sup> Lidia Falcón también comparte el materialismo marxista para analizar la situación de opresión, subordinación y explotación de las mujeres. Pero ella va más allá en el análisis del trabajo reproductor de las mujeres, como la principal causa de explotación, y aboga por librarse de la pesada carga de la maternidad como forma de liberación femenina. En este sentido está obra (1982): *La Razón Feminista II: La Reproducción Humana*.

<sup>85</sup> Los fundamentos de su feminismo materialista aparecieron por primera vez en su obra (1982): *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos*.

trabajo reproductivo de las mujeres como una forma de explotación del sistema capitalista.

También esta autora es bastante crítica con la naturalización de la diferencia, que puede llevar a considerar como natural (y esencialista) fenómenos como la maternidad, y mezclar aquí cuestiones tan dispares como el embarazo, parto, lactancia, el cuidado de los bebés y la educación de los hijos/as (Amorós y De Miguel, 2005). En este sentido, es interesante como Delphy subraya que debido a esta naturalización de la maternidad, algunas de los beneficios o prestaciones que se crean en los Estados de bienestar contemporáneos, como los servicios de cuidado infantil público o las guarderías subvencionadas, se interpretan como una sustitución del trabajo maternal de las mujeres (Delphy, 2003).

Si los cuidados fuera una responsabilidad de hombres y mujeres, las actuaciones estatales de soporte y de asunción colectiva de las consecuencias de la reproducción deberían ser una demanda de todos/as, pero social y políticamente se interpreta como una demanda de las mujeres (porque se considera natural su función cuidadora) y porque los hombres no tienen nada que ganar.

El pensamiento feminista, en el caso español, de nuevo reviste características particulares debido al especial contexto político de España durante estas décadas. Durante el régimen franquista (1939-1975), la ideología dominante fue la difundida por la Sección Femenina sobre la figura de la mujer dentro de la ideología nacionalcatólica. No hay apenas lugar para el pensamiento feminista, y cuando aparece está muy conectado a la lucha antifranquista y a los partidos de izquierda, especialmente comunistas<sup>86</sup>. Las posiciones de las feministas de esta época, y especialmente del periodo de transición democrática, son receptoras de algunos de los planteamientos que preocupaban a las feministas radicales y materialistas en el mundo occidental.

Pero en términos generales, el movimiento feminista español durante la época de transición estaba más preocupado por la lucha antifranquista, y por el debate sobre si

---

<sup>86</sup> Algunas autoras a destacar de esta época son M<sup>a</sup>Aurelia Capmany (1971): *La dona a Catalunya: consciència i situació*; o Cristina Alberdi.

el movimiento feminista debía ser un frente de lucha independiente o no de los partidos políticos<sup>87</sup>.

Respecto a la maternidad, no era uno de los temas que más preocupaba al feminismo español, en parte porque se consideraba que había otros temas que eran mucho más urgentes de abordar debido a la situación de desigualdad de las mujeres en el marco jurídico-político del régimen franquista, y también por las reticencias a hablar de maternidad cuando se intentaba salir de un sistema político que había unido maternidad a la identidad femenina como un argumento para su subordinación y exclusión del ámbito público. En cambio eran urgentes cuestiones relativas a la sexualidad femenina y al control de la autonomía reproductora: el acceso a los métodos anticonceptivos, la despenalización del aborto, el derecho a no ser madre (Folguera, 1988; Nash, 2007).

Las **feministas actuales**<sup>88</sup> en general rechazan el debate sobre la maternidad porque temen que acabe nuevamente en un tema de esencialismo femenino. Pero si desde el feminismo no se aborda cuánto de social y colectivo y público tiene la maternidad, esta queda una vez más en la esfera privada de las personas.

Antes de explicar las principales reflexiones del feminismo actual al concepto de maternidad, es imprescindible resaltar la influencia del pensamiento de Foucault en la segunda mitad del siglo XX. Muchos de sus análisis después se han convertido en valiosos instrumentos interpretativos para el pensamiento feminista.

**Michel Foucault** escribe sobre sexualidad y derecho, y no aborda la maternidad directamente, pero muchas de sus teorías sobre el papel que el derecho como instrumento de poder tiene en la sexualidad de las personas, puede ser de aplicación en la maternidad y la paternidad. Foucault (1977) afirma que el Derecho constituye un instrumento del poder. Para él, lo jurídico-político constituye una cristalización del poder, es el código que refleja lo que el poder dice que es lo lícito y lo ilícito.

---

<sup>87</sup> Ejemplo de estos debates fueron las I Jornadas por la Liberación de la Mujer (Madrid, 6, 7 y 8 de diciembre de 1975); Las Jornadas Catalanes de la Dona (Barcelona, 27-30 de mayo de 1976); y por último, las Jornadas Feministas de Granada (mayo de 1979).

<sup>88</sup> Es sumamente difícil hablar del feminismo actual siguiendo las clasificaciones tradicionales del feminismo, y también intentando abarcar todo el panorama contemporáneo sobre el pensamiento feminista y sus posibles reflexiones sobre la maternidad. Los análisis y las actoras que se citan a continuación no pretenden ser exhaustivos ni pretenden ser representativos.



Por ello, si observamos históricamente, se ha procedido a una histerización del cuerpo de la mujer como uno de los ejemplos de dispositivo específico de saber y poder en torno al sexo. Y dentro de este proceso de histerización se ha entrado en el control de la maternidad<sup>89</sup>.

La “histerización” de la mujer supuso una medicalización de su cuerpo y de su sexo, que se llevaba a cabo justificándose por la responsabilidad que tenían respecto a la salud de sus hijos, por la solidez de la institución familiar, y la salvación de la sociedad.

Foucault en el “Nacimiento de la clínica” (1987) ilustra esta idea cuando analiza el nacimiento de dos mitos en la medicina tras la Revolución Francesa:

- La aparición de la profesión médica como un cuerpo organizado a semejanza del clero e investido de poderes sobre el cuerpo y la salud similares a los religiosos sobre el alma.
- La desaparición de la enfermedad de la sociedad. La medicina ya no solo sabe sobre la enfermedad y su curación sino que genera un conocimiento sobre el hombre sano, que se erige como modelo.

De ahí la importancia a partir de este momento, de todo aquello que el cuerpo médico opine y diga sobre la condición de la mujer, su sexualidad, sus funciones en la sociedad y sobre todo, el ejercicio de su maternidad:

*“En la gestión de la existencia humana, la medicina toma así una postura normativa, autorizándose a regir las relaciones físicas y morales de los individuos y de las sociedades en las que estos viven”* (Tubert, 1991:7).

Dentro del llamado feminismo postmoderno, podemos destacar por el impacto de su obra, a **Judith Butler**. Butler (1990) revoluciona el concepto sexo-género, y es

---

<sup>89</sup> El cuerpo de la mujer ha sido tradicionalmente considerado como cuerpo saturado de sexualidad:

- Como cuerpo con una patología intrínseca objeto de la ciencia médica
- Como cuerpo social: de ahí toda la tradición de regular la fecundidad
- Como cuerpo familiar: aquí el cuerpo de la mujer debe ser elemento esencial y funcional.
- Como cuerpo dador de vida de los niños: la responsabilidad biológica-funcional, la Madre en su versión negativa es la mujer histérica, la mujer nerviosa.

precisamente famosa por su cuestionamiento de las construcciones binarias de sexo y género. Ella afirma que no sólo el género es socialmente construido, también el sexo, y es más, Butler antepone la construcción social del sexo, y el género como resultado de una actuación del sexo (*performance*).

Pero ¿cómo utilizar la crítica de Butler del sexo y el género a la maternidad? Cuando nos cuestionamos cuánto de sexo y cuanto de género tiene la maternidad de las mujeres, estamos tratando de averiguar cuanto de biológico y sexualmente femenino tiene la maternidad, para así contestar el determinismo biológico de numerosas prácticas sociales y de la legislación actual. La duda está en cómo encajar la maternidad en el sistema de pensamiento de Butler, cuando asegura que el sexo también está construido, e incluso defiende que antes que el género. Pero la mayoría de la gente piensa precisamente lo contrario, que la maternidad tiene mucho de sexo, de biológico, de “animal”.

**Nancy Fraser y Sheila Benhabib<sup>90</sup>**, entre otras han criticado desde presupuestos diferentes algunas de las afirmaciones de las feministas postmodernas, sobre todo porque su negación de un sujeto colectivo mujeres, pone en jaque la capacidad de continuar con una lectura feminista de la realidad y la política.

Esta desaparición del sujeto colectivo de “mujeres”, hace sumamente complicado el análisis de la maternidad como experiencia compartida por un gran número de mujeres, ya sea una maternidad renunciada, impuesta, potencial o querida. Esto no quita que sean relevantes las críticas a la utilización de la categoría mujeres, entendiendo por mujeres las blancas, occidentales, de clase media y/o alta, burguesas, y la necesidad de incluir la interseccionalidad también en los análisis feministas, es decir, la inclusión de género junto con otras variables de análisis como raza, étnica, clase social, etc. Estas autoras critican que el deconstructivismo de las postmodernas, llevado a un extremo, hace caer al pensamiento feminista en un relativismo peligroso.

---

<sup>90</sup> Nancy Fraser y Sheila Benhabib serán más adelante estudiadas en la jurisprudencia feminista y en capítulo del rol del Estado en el tratamiento de la maternidad y la paternidad.

Pero, en general, predomina un distanciamiento de las feministas actuales a la maternidad. Se da la paradoja, como **Angela Davis**<sup>91</sup> apunta, que las reclamaciones feministas sobre reproducción se han centrado en el aborto y los métodos anticonceptivos (el derecho a no ser madre).

Sin quitar importancia a la relevancia que estas reivindicaciones tienen, está muy bien defender el derecho a no ser madre, o el no ser madre como opción válida de cualquier mujer, sin que se entre a cuestionar su identidad femenina. Pero, ¿dónde quedan las posturas del feminismo sobre aquellas mujeres que sí quieren ser madres?. Su derecho a ser madre tiene una vez más una dimensión privada y pública. Pero el olvido o las reticencias del feminismo lo condena a ser un aspecto privado de las mujeres.

Algunas pensadoras contemporáneas se acercan en sus reflexiones a la maternidad, como por ejemplo **Anna Jónasdóttir** cuando hace una relectura del patriarcado moderno y afirma que *“la relación social que constituye la base estructural del patriarcado contemporáneo es la relación de poder entre mujeres y hombres como sexos”* (Jónasdóttir, 1993: 306)

Para esta autora, hablar de hombre y mujer no se reduce a entidades biológicas ni a categorías universales estáticas, sino a “cuerpos con mente” formados en determinadas circunstancias socio-sexuales históricas.

Jónasdóttir subraya la heterosexualidad porque es el eje sobre el que se constituye el sistema patriarcal que reconoce la heterosexualidad en la forma dominante de organización sexual y opina y rechaza cualquier otra forma de orientación sexual.

En su crítica a la utilización patriarcal del amor, hace referencia a una procreación no sólo biológica, sino una procreación como reproducción social, que va más allá de lo biológico:

*“El amor hace referencia a las capacidades de los seres humanos (poderes) para hacer y rehacer su especie, no solo literalmente en la procreación y socialización de*

---

<sup>91</sup> Angela Davis es una filósofa norteamericana, que desde el feminismo marxista se ha dedicado a criticar el falso feminismo universal de mujeres blancas, occidentales y burguesas. Algunas de sus obras más importantes son: *If They Come in the Morning: Voices of Resistance* (1971) y *Women, Race and Class* (1981)

*los niños, sino también en la creación y recreación de los adultos como existencias socio-sexuales individualizadas y personificadas” (Jónasdóttir, 1993: 311)*

Los hombres se aprovechan de esta situación de explotación sobre el amor, que permite unas condiciones de producción y reproducción que los permite a ellos a ser modelo de humanidad en la sociedad.

*“Así como la capacidad humana para actuar voluntaria y racionalmente con fines colectivos es controlada (es apropiada y protegida) por el Estado y el poder laboral humano es aprovechado (es arrebatado) por las clases gobernantes, del mismo modo el poder del amor humano se usa (se le toma legalmente y se le deja que fluya libre) ampliamente para los propósitos determinados por los hombres” (Jónasdóttir, 1993: 313)*

Posteriormente, diferentes pensadoras que han estudiado el tratamiento de la maternidad en nuestras sociedades se han hecho eco de este olvido de las feministas actuales por la maternidad, y han hablado, como **Victoria Sau** (1995) del llamado *“vacío de maternidad”*: vacío de poder, vacío de autoridad, vacío para poder decidir y gestionar.

A pesar de que en nuestra cultura la maternidad aparece como la quintaesencia de la mujer, su forma de realización por excelencia, el acto que la honra y la legitima, el control y la disciplina pública que sobre este fenómeno opera, hace desaparecer a las mujeres como sujeto de cualquier derecho o atribución sobre la maternidad.

**Marcela Lagarde** (1993)<sup>92</sup> expresa bien esta visión a través del concepto de madrespasa: todas las mujeres por el hecho de serlo son madres y esposas. La maternidad y la conyugalidad son los marcos donde se desarrollan las formas de vida femeninas, da igual a qué clase, raza y nivel educativo o económico tenga la mujer.

*“...la madre no solo es monógama, sino monoamorosa y debe ser monomadre...”*

Por eso, aun resulta más irónico, que por un lado se exalte la maternidad, constituyendo la grandeza de la mujer y su elemento diferencial, y por otro lado sea la causa de la exclusión de las mujeres del ámbito de lo público.

---

<sup>92</sup> Citada en Azaola, Elena (1996): *El delito de ser mujer*, pág.87

### 1.1.6. Feminismos del siglo XX y técnicas de reproducción asistida

El pensamiento filosófico contemporáneo se ha ocupado últimamente de la maternidad, en la medida en que ha considerado pertinente e interesante debatir sobre las **técnicas de reproducción asistida** y todos los nuevos debates bioéticos<sup>93</sup> que plantean.

Existen pensadoras que denuncian la falta de cuestionamiento público, o de posible crítica en relación a las técnicas de reproducción asistida, ya que son generalmente presentadas por los medios de comunicación como un milagro que la ciencia ofrece para el bienestar y felicidad humana. Estos avances científicos permiten un hijo/a biológico a toda costa, y su ausencia se entiende una merma de la felicidad y la realización completa de cualquier ser humano, especialmente de la mujer<sup>94</sup>.

Los principales posicionamientos filosóficos sobre la procreación humana tras los avances de las técnicas de reproducción asistida, pueden agruparse en dos<sup>95</sup>:

- a) Por una parte nos encontramos con los defensores de la libertad de procrear, compartida por los filósofos anglosajones cercanos al pensamiento utilitarista y liberal. Entre ellos se encuentra John A. Robertson (1994) que defiende que la procreación constituye un factor tan importante para el bienestar de las

---

<sup>93</sup> La bioética surge como disciplina en la segunda mitad del siglo XX, ante los problemas éticos y políticos que los avances científicos (especialmente médicos y biológicos) suponían para la sociedad. La Bioética nace como “*conocimiento de cómo usar el conocimiento, como el puente entre las humanidades y la ciencia*” (Casado, 1996). Los debates que surgen de la ciencia, la medicina y el poder del hombre sobre la reproducción humana si que son de interés para los principales filósofos contemporáneos.

La ciencia ha ido adquiriendo cada vez más importancia en nuestra sociedad, y se ha convertido en la fuente por excelencia de saber y conocimiento a partir del nacimiento de la ciencia moderna en el s. XX (Lema Añón, 1999; De Lora y Gascón, 2008).

<sup>94</sup> Aunque se trate de técnicas muy modernas y actuales, en el fondo están presentes ideas dominantes desde el siglo XVIII, sobre la función maternal de las mujeres, y la existencia de un poderoso instinto maternal que explica el deseo de ser madre y la inclinación natural hacia los cuidados y la crianza.

<sup>95</sup> En este punto se ha utilizado algunas de las clasificaciones que hace Itziar Alkorta (2003: 70-75).

personas que tanto el derecho como la moral deberían respetar las decisiones procreativas de cada uno.

Para Robertson el hecho de tener hijos/as supone una carga social, económica y emocional muy importante para la pareja, por lo tanto, sólo se pueden asumir estas cargas si se ha querido voluntariamente.

El deseo de tener hijos/as se explica por la necesidad de experimentar la paternidad y maternidad, por ese sentido de trascendencia que aporta felicidad al individuo, y que se interpreta como elemento configurador de su libertad personal.

El acceso a las técnicas de reproducción asistida está justificado porque permite a las parejas estériles ejercer esta libertad reproductiva. En cada una de las técnicas existentes se hace una ponderación de intereses en juego (el autor lo denomina “ponderación de intereses”<sup>96</sup>) y en la mayoría de técnicas el interés procreativo es superior a los posibles daños que el uso de las técnicas pueda producir en el recién nacido o en los usuarios. Robertson considera que esos daños son meramente “morales o simbólicos”, y por lo tanto prevalece la libertad procreativa de los individuos.

También entre los defensores de la libertad de procrear está Peter Singer (1984). Este autor defiende que la libertad reproductiva prevalece sobre otro tipo de intereses como el supuesto derecho a la vida del futuro nacido y a que no se está perjudicando a un ser humano que siente y padece al impedir el desarrollo de un cigoto e el caso de fecundación in Vitro (FIV).

Singer reconoce sin embargo, algunos límites a la libertad reproductiva de las personas, por ejemplo, las prácticas que impliquen la modificación del acervo genético humano, que son contrarias al interés general colectivo.

b) Por otra parte están los autores que creen que los principios que deben regir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida son los principios de la autonomía y la responsabilidad. Representantes de esta postura son por ejemplo Hans Jonas (1995) que cree que la bioética debe estar guiada por el

---

<sup>96</sup> Traducción de la propia autora de “*balance of interests*”

principio de responsabilidad, los límites a la tecnología genética y reproductiva son evitar el daño al otro, siendo ese otro todo sujeto actual o potencial. Este autor utiliza el término de “humanidad global” que incluye la memoria de las generaciones pasadas y la responsabilidad sobre las generaciones futuras. Su postura es que mientras no se sepan con seguridad las consecuencias que estas nuevas técnicas tendrán para las generaciones futuras, debe prevalecer la abstención de acuerdo a este principio de responsabilidad<sup>97</sup>.

También uno de los principales argumentos contrarios a las nuevas técnicas de reproducción asistida ha sido, que aquellas parejas estériles que quisieran tener hijo/as, siempre podían acudir a la adopción. Como apunta de Lora (2006:51) la existencia de niños/as por adoptar frente a la alternativa de las técnicas de reproducción asistida nos llevaría también a condenar los nacimientos fruto de estas técnicas:

*“La Organización Mundial de la Salud calcula en más de un millón de niños nacidos mediante fecundación in vitro. El coste de oportunidad de todos esos nacimientos es un millón de niños del Tercer Mundo que podrían haber sido adoptados y, así, salvados.”*

Incluso esto puede servir de argumento para rechazar que se utilicen fondos públicos, por ejemplo, dentro de la sanidad pública de un país, para sufragar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida<sup>98</sup>.

Una de las principales preocupaciones filosóficas sobre los avances científicos en materia de reproducción humana es que las posibilidades de intervención en los genes humanos abren nuevas perspectivas en la prevención, tratamiento e incluso erradicación de graves enfermedades hereditarias hasta ahora incurables.

Pero a la vez, las posibilidades de mejora o selección de rasgos biológicos mediante la selección de genes despiertan temores de que estos avances se utilicen con fines de

---

<sup>97</sup> Como se verá más adelante, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida en el caso español se enmarca, aunque con muchos matices, en la corriente filosófica de partidarios de la libertad de procrear.

<sup>98</sup> Hay sin embargo algunos autores que rechazan esta interpretación (Postner, 1989) porque la prohibición del acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas estériles, dejándolas como única alternativa posible la adopción, supondría someterles a un impuesto para corregir un problema que ellos no han creado.

selección racial o creación de nuevas razas, con fines eugenésicos<sup>99</sup> (Romeo Casabona, 1999; De Lora y Gascón, 2008).

Las técnicas de reproducción asistida y los conocimientos del genoma humano son procedimientos en principio vinculados con la salud y la reproducción, pero también pueden incluir fines eugenésicos, sobre todo y hasta la fecha, de eugenesia negativa.

Se considera que las técnicas de reproducción asistida pueden suponer una neoeugenesia (por ejemplo Romeo Casabona, 1999), porque por ejemplo algunas de las nuevas técnicas como el diagnóstico prenatal<sup>100</sup> o el diagnóstico preimplantacional<sup>101</sup> pueden permitirnos seleccionar un embrión humano sano, o libre de una determinada enfermedad genética. Estas formas de eugenesia negativa no despiertan necesariamente los miedos de la eugenesia de principios de siglo<sup>102</sup>, porque ésta se plantea en cambio en términos médicos, como una cuestión médico-paciente, que afecta a la salud individual (al contrario que la eugenesia de principios del s. XX que se planteaba en términos sociales y políticos como un asunto colectivo).

---

<sup>99</sup> La eugenesia incluye todos los procedimientos capaces de mejorar la especie humana. Fue una filosofía iniciada por Francis Galton en el siglo XIX y que tuvo un amplio eco en los pensadores y políticos occidentales hasta el periodo de entreguerras. La eugenesia puede ser:

- a) Eugenesia positiva: que incluye todos los procedimientos para favorecer la transmisión de caracteres que se consideran valiosos (por ejemplo, los matrimonios seleccionados, la selección de semen de donantes dotados física e intelectualmente, etc.)
- b) Eugenesia negativa: que se refiere a aquellos procedimientos para evitar la transmisión de genes no deseables (por ejemplo mediante la esterilización, la contracepción, el aborto o el infanticidio).

<sup>100</sup> El diagnóstico prenatal es el conjunto de técnicas disponibles para conocer la adecuada formación y el correcto desarrollo del feto antes de su nacimiento. Entre las más comunes se encuentran las pruebas ecográficas, el triple screening, la amniocentesis y la biopsia de corion.

<sup>101</sup> El Diagnóstico genético preimplantacional (DGPI) es una técnica diagnóstica que tras un tratamiento de FIV permite testar genética y cromosómicamente los embriones con el fin de seleccionar así los embriones sanos antes de su transferencia. Esta técnica evita la gestación de un niño afectado genéticamente o cromosómicamente y por consiguiente el tener que tomar la decisión por parte de los progenitores de un aborto terapéutico.

<sup>102</sup> La diferencia entre la eugenesia de principios de siglo es que se caracterizaba por la coerción, como por ejemplo sucedía en las esterilizaciones masivas de determinados grupos de población en contra de su voluntad o en ausencia de su conocimiento, como en el caso de los considerados débiles mentales, los pertenecientes a determinadas minorías étnicas, etc. (en detrimento de los derechos individuales, porque se consideraba que así se perseguían objetivos de salud pública o económica).



El pensamiento feminista ha tenido una posición cambiante respecto a las nuevas técnicas de reproducción asistida (Tong, 1997; Puigpelat, 2001). Unas veces han criticado estos avances científicos como una muestra más del poder patriarcal sobre los cuerpos de las mujeres, y han denunciado que estas nuevas técnicas suponían un intento más de apropiarse de la capacidad reproductora de las mujeres por parte de los hombres (Corea, 1985). También es cierto, que algunas pensadoras han subrayado el carácter positivo de estas nuevas técnicas de reproducción asistida desde el momento que han permitido a las mujeres ser madres ellas solas o han hecho posible que parejas de lesbianas pudieran también ser madres<sup>103</sup> (Firestone, 1970; Tong, 1997).

Aunque la maternidad no goza y no ha gozado en las últimas décadas de gran prestigio en nuestras sociedades, sí que el potencial de dar vida por parte de las mujeres se ha identificado en ocasiones como una de las pocas fuentes de poder femenino. Los nuevos descubrimientos científicos sobre reproducción humana están alterando radicalmente las vidas de las mujeres y sus experiencias sobre la concepción, el embarazo y los partos. La maternidad está fuertemente configurada por la cultura (Rich, 1976; Chodorow, 1978; Ruddick, 1980, Tong, 1997), y a muchas pensadoras feministas las preocupa especialmente estos nuevos descubrimientos, porque vienen de la mano de estamentos de control patriarcal como suelen ser la clase médica y científica, donde las mujeres apenas tienen presencia, y mucho menos

---

<sup>103</sup> Birke, Himmelweit, Vines (1990) resumen los argumentos para las diferentes posturas ideológicas sobre las técnicas de reproducción asistida:

1. Cuando se pide su prohibición se está defendiendo que no es un valor social valioso y es muy caro. Se considera mejor invertir estos fondos públicos en prevención para disminuir las posibilidades de infertilidad de las mujeres.
2. Otras veces se defiende su uso y además se reclama que sea una posibilidad del mercado privado. Aunque se ha criticado que esto daría lugar a desigualdades sociales y económicas entre las mujeres.
3. También se reclama la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en la sanidad pública sólo para aquellas mujeres que no puedan permitírselo privadamente. Aunque dada la escasez de recursos sanitarios, la experiencia muestra que esto da lugar a largas listas de espera, y aumenta el papel de los médicos para elegir aquellas mujeres en espera con mayores posibilidades de éxito. Las decisiones sobre quienes quedan cubiertas bajo el sistema público de salud pasa a ser una decisión exclusivamente de los médicos, que no siempre pueden ser criterios estrictamente médicos y presuntamente neutrales y objetivos, también pueden convertirse en criterios sobre quienes ellos juzgan que “se merecen ser madres” o “tienen más derecho a ser madres”.

su voz y perspectiva está reconocida y recogida (Einreich and English, 1988, 2008; Corea, 1985; Harding, 1991)<sup>104</sup>.

Como apunta Gaia Marsico (2003) los análisis feministas sobre las técnicas de reproducción asistida no deberían quedarse únicamente en criticar todos estos avances científicos como nuevos intentos de los hombres de controlar la capacidad reproductiva de las mujeres (cosa que en parte podría cierta), pero de poco serviría a las mujeres negarse a los avances de la ciencia y reivindicar tan solo la actuación de las leyes de la naturaleza<sup>105</sup>.

El pensamiento liberal considera que no debería frenarse el avance de la ciencia en materia de reproducción humana, a pesar de los recelos que despiertan. La sociedad debería controlar la bondad de su uso, para prevenir futuros abusos o fines ilícitos. Pero cuando se apela a esa sociedad, se está aludiendo a los poderes públicos, fuertemente sujetos a presiones industriales y comerciales, y no tanto a procesos democráticos de control, y aún menos a una sociedad donde la mujer esté suficientemente representada para valorar el uso de estos nuevos conocimientos científicos sobre su cuerpo y la reproducción en general. Además la ciencia no avanza “neutralmente” dando respuestas a demandas sociales, sino los intereses empresariales tienen mucho que ver a la hora de seleccionar aquellas demandas sociales que pueden dar lugar a mayores beneficios económicos posteriores.

Como afirman Birke, Himmelweit, Vines (1990:55):

*“La tecnología es un producto social, por lo que no es nada sorprendente que en el desarrollo tecnológico aparezca una combinación de ambición personal, motivación económica y control patriarcal”.*

Otra de las cuestiones que ha sido objeto de preocupación y análisis por parte del pensamiento feminista es que las cuestiones relativas a las nuevas técnicas de reproducción asistida se presentan como problemas científicos y médicos,

---

<sup>104</sup> En el apartado sobre metodología, y dentro de las menciones a la metodología feminista, ya se ha hecho alusión a la exclusión tradicional de las mujeres de la ciencia y de la producción del conocimiento científico en general.

<sup>105</sup> El análisis feminista en cambio debería estudiar sobre cuáles son las razones que explican la esterilidad hoy en día, como por ejemplo el impacto de una maternidad cada vez más tardía, o la influencia de factores medioambientales y cuáles son las consecuencias en los cuerpos y en la salud de las mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida.

desplazando la importancia de las consecuencias sociales, políticas y económicas sobre los nuevos avances en materia de reproducción (Fineman and Karpin, 1995).

El avance científico en términos reproductores se presenta como una respuesta a la demanda de las mujeres. La infertilidad vista como una enfermedad sujeta a tratamiento, debido al fuerte rol de “mujer igual a madre”, donde las mujeres viven su infertilidad como una experiencia traumática, y donde a veces llega a constituir verdaderas crisis de identidad. No hay tampoco aquí verdadera alternativa para la mujer, debe elegir entre las técnicas de reproducción asistida con bajos índices de éxito, o el estigma social de permanecer sin hijos/as. El deseo de tener un hijo se convierte así en una forma de dar sentido a la vida. Su ausencia transforma la existencia de la mujer en un “sinsentido” (Sau, 1995).

Este deseo de tener hijos/as a toda costa debe situarse en el contexto demográfico más cercano. Como apuntan Birke, Himmelweit, Vines (1990:16) cuando existen mayores posibilidades de abortar en el mundo occidental, disminuye el número de niños/as susceptibles de ser adoptados, y aumenta el interés por las técnicas de reproducción asistida como respuesta a la infertilidad de las mujeres.

Las reivindicaciones feministas han insistido en demostrar que las mujeres pueden y deben hacer cosas más que tener hijos/as. Pero las técnicas de reproducción asistida demuestran los lejos que pueden llegar las mujeres por tener un hijo/a biológico. Esto sirve de argumento para aquellos que defienden la existencia de un instinto maternal. Pero puede ser que esas mujeres están poderosamente influidas por el ideal y la imposición de la maternidad dominante en nuestra sociedad. Los problemas de infertilidad podrían verse como *“una consecuencia de vivir en una sociedad que no ofrece a la mujer ninguna imagen positiva de sí misma, como no sea la de ser madre”*. (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:19).

Los avances científicos sobre las técnicas de reproducción asistida son conocimientos empíricos “neutrales”, generados por el grupo dominante de hombres en ciencia, sin contar con la experiencia de las mujeres infértiles, que se consideran portadoras de patología. El conocimiento científico sobre las técnicas de reproducción asistida sin contextualizar, supone un instrumento más de dominación sobre la reproducción humana (Pateman, 1988).

El pensamiento feminista más actual ya no rechaza la admisión y legalidad de las técnicas de reproducción asistida. Pero sí que mantiene una posición más crítica sobre algunos de los fundamentos ideológicos sobre los que se ha construido este avance científico, como es la existencia de un instinto materno que lleva a que las madres demanden las técnicas de reproducción asistida, y que éste sea el impulso del progreso científico en este campo.

También el feminismo actual es crítico sobre cómo se solucionan algunos de los problemas éticos que surgen de las técnicas de reproducción asistida, y qué es lo que sí se admite como legítimo y moralmente aceptable dentro de las técnicas de reproducción asistida, y qué en cambio, se rechaza o prohíbe como la maternidad subrogada o la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a mujeres de una determinada edad<sup>106</sup>.

Alkorta (2003:314) alude por ejemplo a un debate que aparece ante las posibilidades de las técnicas de reproducción asistida, y es la discusión acerca de si las mujeres postmenopáusicas pueden beneficiarse o no de las técnicas de reproducción asistida<sup>107</sup>. Parece que hay un cierto respaldo social en que las mujeres jóvenes con problemas de fertilidad se beneficien de las técnicas de reproducción asistida, pero cuando son mujeres mayores de cincuenta años, hay toda una repulsa social por los riesgos físicos que se somete a la madre y porque se consideran en peligro los intereses de los recién nacidos, que cuando fueran un poco mayores, su madre sería una anciana o fallecería<sup>108</sup>. Pero ante el rechazo de madres ancianas, podemos plantear la siguiente pregunta: ¿por qué en cambio socialmente se acepta a padres hasta los setenta años<sup>109</sup>?

---

<sup>106</sup> En el apartado sobre jurisprudencia feminista se volverá de nuevo sobre este tema, con el ejemplo que Pitch (2003) recoge de dos posturas feministas sobre la maternidad subrogada completamente diferentes: Pateman (1995) y Shalev (1989).

<sup>107</sup> Los únicos problemas éticos que ve Alkorta son la utilización de gametos donados, que debería ser siempre excepcional, y la privación del derecho a conocer el origen biológico a ese niño/a.

<sup>108</sup> Pero los médicos afirman que el útero no envejece, desaparecen las reservas de óvulos. Los embarazos de estas mujeres presentan más frecuentemente problemas físicos como la hipertensión o la diabetes gestacional, que pueden ser controlados médicamente.

<sup>109</sup> En los medios de comunicación en España fue recientemente noticia la muerte de una mujer que había sido madre de gemelos a los 67 gracias a las técnicas de reproducción asistida. Cuando nacieron sus hijos, fue ya objeto de polémica su maternidad a esa edad, y su muerte a los tres años, viene a confirmar todos los argumentos en contra de permitir que estas mujeres

El pensamiento feminista ha estudiado el argumento de la demanda de las mujeres; el avance de las técnicas de reproducción asistida se ha justificado que se alimenta de la demanda de las mujeres que no pueden tener hijos/as de manera natural, y esperan de la ciencia una solución a su deseo de tener un hijo/a biológico.

Para Tubert (1991:9) la demanda de un hijo de las mujeres que no pueden tenerlo biológicamente no se sabe “a priori” a qué responde, Pero la respuesta médica interpreta la falta de un hijo/a como un síntoma que lleva automáticamente a una enfermedad.

La justificación de las técnicas de reproducción asistida radica en la existencia de una demanda por parte de las mujeres. Pero las mujeres no lo pedirían si previamente no existiera esa oferta “*rodeada del halo de la hazaña médica y del milagro*”.

También esa demanda de las mujeres se construye partiendo de la consideración de la maternidad como un fenómeno normal y natural de la vida de las mujeres.

Como subraya Tubert “*El hecho de que la procreación sea un hecho natural puede inducirnos a pensar que el fenómeno fisiológico de la concepción y la gestación debe corresponderle el deseo de tener un hijo y determina las actitudes hacia el mismo*”  
Tubert, (1991:49-50)

Pero esta identificación de la maternidad social con la reproducción biológica es el resultado de un sistema de representación de un orden simbólico, que se presume natural pero es producido por la cultura (Einreich and English, 1988, 2008; Fineman and Karpin, 1995)<sup>110</sup>.

---

sean madres a edades tan tardías (ver noticia en <http://www.larazon.es/noticia/fallece-la-espanola-que-fue-madre-a-los-67-anos>, consultada el 01/10/2009). Pero no ha sido objeto de debate social la paternidad a edades también muy mayores de personajes famosos como Anthony Quinn, o Julio Iglesias Puga, que incluso tuvo una hija póstuma, el día que él hubiera cumplido 90 años. En los casos de paternidad tardía, no hay preocupaciones morales porque se presupone que hay una madre más joven que podrá hacerse cargo de esos hijos/as una vez el padre fallezca. En el caso de las madres mayores, no se espera que haya un padre más joven que se pueda ocupar del cuidado de esos hijos/as cuando la madre fallezca.

<sup>110</sup> Los estudios antropológicos han demostrado que los sistemas de parentesco son una producción humana, variable según las culturas y que por lo tanto no tiene una fundamentación biológica que crea lazos permanentes y objetivos.

Otra de las cuestiones controvertidas ha sido la consideración de la esterilidad como una patología, y además una patología generalmente femenina. Se estima que un tercio de los casos de esterilidad se trata de esterilidad idiopática (sin causa médica conocida). La infecundidad no es una enfermedad, se trata de *“la imposibilidad de satisfacer un deseo”* Tubert, (1991:154).

*“La medicalización del problema de la esterilidad produce en las mujeres una enorme angustia cuando los análisis y estudios revelan “que no tiene nada”, y las introduce en un círculo vicioso en el que entran con el afán de que los médicos sigan investigando para ver “si les encuentran algo más adentro”* (Tubert, 1991:155).

El objetivo científico no siempre coincide con el objetivo terapéutico. El avance y desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, su valoración social y los esfuerzos científicos y médicos dedicados, que las presentan como solución médica a la enfermedad de la esterilidad, no se corresponden con las bajísimas tasas de éxito que estas técnicas han conseguido<sup>111</sup>.

*“Si bien los índices de éxito de la FIV no aumentan, la industria de la maternidad se desarrolla a toda marcha”* (Taboada, 1986:16).

### **1.1.7. Jurisprudencia feminista**

El interés del pensamiento feminista por el derecho y su función creadora de género ha sido constante desde los inicios del movimiento feminista<sup>112</sup>. Las feministas siempre estuvieron pendientes de la capacidad transformadora del derecho y de su potencial a la hora de modificar las condiciones sociales de las mujeres (Borderías, 2009; Amorós y de Miguel, 2005; Nash, 2004).

---

<sup>111</sup> La inversión científica y médica en las técnicas de reproducción asistida, que tan sólo benefician a un porcentaje muy reducido de población, y dan respuesta a su deseo, resulta insultante viendo la necesidad de progreso médico y científico de la mayoría de la población mundial que tiene problemas mucho más acuciantes: hambre, malaria, sida, etc (Tubert, 1991: 273).

<sup>112</sup> Un ejemplo de ello fue precisamente una de las principales reivindicaciones de las feministas de la primera ola, o feministas liberales, que reclamaban el derecho al sufragio femenino. Es un claro ejemplo, que se repetirá en numerosas ocasiones en la historia del feminismo, en el que las demandas del movimiento feminista se canalizan a través de exigencias en lenguaje jurídico.

El nacimiento de la jurisprudencia feminista se sitúa oficialmente en la década de los 80, pero por ejemplo Bodelón (2009) sostiene que la crítica feminista al derecho puede situarse desde los inicios del mismo pensamiento feminista, ya que las pensadoras feministas siempre se volvieron hacia el derecho como un instrumento de cambio social para mejorar la situación de opresión de las mujeres.

Incluso afirma, que las feministas fueron así precursoras a otras corrientes críticas del derecho como el realismo jurídico<sup>113</sup>, que en desde principios del siglo XX cuestionaron el carácter formal y dogmático del derecho, y abogaban por una mayor interacción social del derecho, y de estudiar el derecho como un fenómeno social más.

Desde las primeras declaraciones de derechos humanos, ha existido una crítica a la exclusión de las mujeres en su formulación, que llevó incluso a que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Vienna (1993) fuera necesario la afirmación de que los derechos de las mujeres forman también parte de los derechos humanos.

Esta revisión crítica continúa (Alda Facio, 2001), aunque ya se pueden hablar de importantes avances como son las formulaciones de nuevos derechos, por ejemplo el derecho a una vida libre de violencia o los derechos sexuales y reproductivos. Aun así, las críticas feministas apuntan más hacia la necesidad de revisar el propio concepto de derechos humanos y de su sistema, en vez de añadir nuevos derechos al listado de derechos ya existentes, como derechos específicamente femeninos. Hay que recordar que el nacimiento del Estado Moderno en la Ilustración se caracteriza por legitimar la existencia de una organización estatal en la medida que protegía los derechos de las personas, pero se trataba de un catálogo de derechos humanos eminentemente liberal y centrados en el derecho a la propiedad privada y la libertad donde las mujeres estaban excluidas como titulares.

A pesar de ese constante interés del pensamiento feminista por el derecho, no es hasta mitad del siglo XX cuando aparecen los primeros ensayos teóricos sobre una teoría feminista del derecho, que se encuentra la mayoría de las veces más cercana al campo de la sociología del derecho (la interrelación entre sociedad y derecho, tanto

---

<sup>113</sup> El realismo jurídico apoya una interpretación del derecho mucho más dinámica y conectada con la realidad social en la que opera. La sociología del derecho y la jurisprudencia feminista comparten muchos de los presupuestos del realismo jurídico a la hora de entender la relación actual entre derecho y sociedad (Bodelón, 1998a, De Lucas 1997, Atienza, 2001).

sobre el origen social del derecho e impacto del derecho en la sociedad, como por las funciones otorgadas por la sociedad al derecho) que a la teoría jurídica clásica (Bodelón, 1998a).

El origen de esta crítica feminista al derecho tiene lugar en la denominada “Feminist Jurisprudence”, en el ámbito anglosajón, que en el derecho continental puede identificarse con la teoría jurídica feminista o la sociología jurídica del género (Bodelón, 1998a)<sup>114</sup>.

Una de las primeras aportaciones más importantes de estas juristas es que han demostrado que la neutralidad del Derecho y su inherente objetividad no es cierta, y menos aun cuando se trata de legislación que aborda fenómenos típicamente femeninos, como históricamente ha sido la maternidad (Bartlett and Kennedy, 1991; Olsen, 1995; Pitch, 2003; Smart, 1989, 1995; Levit and Vernick, 2006).

Catherine McKinnon (1989) es de las primeras juristas que critica la masculinidad del derecho, y cuando se refiere a la masculinidad, no solo está aludiendo a la acción directamente sexista que el derecho puede tener en determinados momentos, discriminando a las mujeres como colectivo, sino que su crítica afecta al derecho como institución y globalidad. Para ella, el derecho ha sido construido pensando en un modelo de ciudadano varón y sus categorías operativas son sólo masculinas. En esta visión, Mackinnon critica la presunta neutralidad y objetividad de derecho:

*“Formalmente el Estado es masculino porque la objetividad es su norma”.* (McKinnon, 1989:290)

Esta masculinidad del derecho se traslada en que supuestamente refleja una visión de la realidad imperante que se iguala gracias al derecho a la racionalidad. La racionalidad es la ausencia de puntos de vista, por tanto, lo que no puede ser contestado. De esta forma, las constituciones recogen a través de esta construcción del derecho racional la visión de la sociedad neutral, en las que la realidad aplica por igual a los hombres y mujeres.

---

<sup>114</sup> Ya Simone de Beauvoir (1998:56) afirmaba que los hombres no hubieran podido beneficiarse de esa dominación histórica sobre las mujeres sino hubieran transformado las razones de estos privilegios en verdades absolutas y eternas: *“han tratado de convertir su supremacía en un derecho”*.



Es sumamente interesante, que aún cuando se ha utilizado el derecho como un instrumento para mejorar las condiciones de vida de las mujeres, también la traducción en lenguaje jurídico de las demandas del pensamiento feminista no ha logrado subvertir este carácter androcéntrico del derecho que la propia Mackinnon ya criticaba. En esta línea está el análisis que hace Holtmaat (2010), cuando afirma que los análisis que el movimiento feminista realizó de la situación de la mujer en forma de opresión, explotación o subordinación<sup>115</sup>, en cambio fueron trasladados al derecho como falta de igualdad entre mujeres y hombres, y convirtieron el derecho en un instrumento para alcanzar la igualdad formal y abstracta en la que las mujeres debían asimilarse al estatus de los hombres para así hacer desaparecer la inequidad, pero donde se perdía el carácter de subordinación y opresión del análisis inicial.

Tove Stang Dahl (1987) y Tamar Pitch (2003) son de las pocas autoras europeas (las pensadoras más destacadas de la jurisprudencia feminista son anglosajonas, y casi todas, norteamericanas), que ofrecen argumentos para demostrar que el Derecho constituye un reflejo de la hegemonía cultural de los hombres, un derecho unilateral muchas veces sin querer serlo. No es que siempre pueda argumentarse que las disposiciones legales obedecen a una intención de los hombres de discriminar a las mujeres e imponer su punto de vista, es que se llega a creer que esta visión androcéntrica es la normal, la universal, compartida por todos/as y por tanto, digna de ser caracterizada por principios de abstracción y generalidad.

Por eso el Derecho ha respaldado tradicionalmente esta función del Estado como “guardián” de la mujer, con un papel claramente paternalista, que en el caso del tratamiento legal de la maternidad se hace muy patente<sup>116</sup>.

*“La legislación sigue siendo patriarcal cuando sólo nos toma en cuenta en cuanto a nuestra función reproductora estableciendo toda clase de “protecciones” para las mujeres (preocupación masculina que consiste en poder controlar esta función por la necesidad masculina de poder confirmar su paternidad). En realidad esas “protecciones” son garantías para que los hombres puedan tener seguridad de que*

---

<sup>115</sup> Es especialmente oportuno el diagnóstico de subordinación de las mujeres que hace Iris Marion Young (1992).

<sup>116</sup> Resulta paradigmático el tratamiento jurídico de la maternidad de las mujeres trabajadoras en el ordenamiento jurídico español (al igual que en numerosos ordenamientos jurídicos occidentales) que equipara la baja por maternidad a la baja por enfermedad común y que se verá en detalle en el capítulo tercero de esta tesis.

*ellos son los padres, o pueden ejercer la paternidad irresponsable, o a lo sumo son posteriores para las futuras generaciones pero en ningún caso son protecciones a la mujer – persona” (Facio, 1999:59).*

Pitch (2003) afirma en este sentido que en el Derecho “lo femenino” se presenta como debilidad que hay que tutelar, o como peligro que hay que limitar. Por eso, en nuestros ordenamientos jurídicos, las mujeres no aparecen como tales, sino aparecen en cuanto a madres, esposas, trabajadoras. Si no quedan incluidas en estas categorías, entonces ya se incluyen en categorías de sujetos jurídicos como individuos, personas, ciudadanos (categorías que representan “presuntos seres masculinos”).

*“El derecho habla sólo de un cuerpo, el femenino. El cuerpo masculino aparece solamente en tanto que débil, enfermo o amenazado. El cuerpo masculino adulto y sano no está normado: porque él es la norma, el estándar de referencia” Pitch (2003:19)*

Lo femenino, por tanto, permanece como un sujeto al que no se reconoce plena soberanía sobre su propio cuerpo, por lo tanto se regula su cuerpo, se disciplina, se somete a tutela en razón a su fertilidad.

Las leyes y la jurisprudencia tratan al hombre y a la mujer aparentemente como sujetos adultos y libres para contratar pero:

- Tradicionalmente se identifica a las madres con la naturaleza, con el caos. La mujer en la historia se identifica con la naturaleza, y también sus características típicamente femeninas: su capacidad reproductora, el instinto maternal, la intuición femenina, etc.
- En cambio, los hombres a lo largo de la historia se han equiparado a la razón y se les atribuye características propias de este orden de actuación superior a la naturaleza: la capacidad de obrar con raciocinio, de conocimiento racional, etc. Por ello se identifica a los padres con el mantenimiento del orden simbólico.
- Además esta dicotomía hombre y mujer, razón y naturaleza, no se sitúa en planos de igualdad sino de subordinación, la razón por encima de la naturaleza, y los resultados del ejercicio de la razón por encima del caos natural.

También hay autoras que llegan mucho más allá en estas críticas de los actuales ordenamientos jurídicos basados supuestamente en principios de igualdad formal. Algunas, como Judith Butler (1990), llegan a identificar el Derecho como una tecnología del género a través del cual se produce a la Mujer (en oposición al Varón), la Criminal, la Mala (o Buena) Madre.

O Carol Smart (1995:193) cuando habla del derecho como una estrategia de género, porque crea tipos de mujeres: la mujer criminal, la madre infanticida, la puta, etc. Y porque construye también la categoría general de “Mujer” en oposición a la de “Hombre”. Como apunta Verloo (2007:29) en el campo de la sexualidad y la reproducción, existen normas, valores e instituciones que regulan la sexualidad, la reproducción, la familia y la vida privada, donde se perciben los hombres y las mujeres como dos tipos de personas que son sexualmente dependientes una de otra, y donde las identidades heterosexuales se presumen y se socializan. La organización de la vida privada en relación a los hijos/as se alimenta de conceptos tradicionales sobre masculinidad y feminidad, situando a hombres y a mujeres en posiciones desiguales en la vida privada.

La mayoría de las leyes que regulan directa o indirectamente aspectos de la vida de las mujeres relacionados con su función reproductora, constituyen ejemplos de cómo el derecho convierte en problemas, aspectos consustanciales de la biología femenina<sup>117</sup>. Como señala Facio: *“Así, el embarazo, el parto, la menstruación, el climaterio, etc. No son los causantes de “problemas jurídicos” como generalmente se nos ha dicho. Son realidades que san cuenta de las diferencias actuales entre mujeres y hombres. El derecho, sin embargo, los ha convertido en “problemas” al calificarlos de situaciones especiales o fuera de lo común, ¡a pesar de que son vividos por más de la mitad del género humano!”* (Facio, 1999:27).

¿Podría entonces remediarse este tratamiento androcéntrico del derecho a un fenómeno tan femenino como la maternidad, creándose simplemente un “derecho a la maternidad” o un “derecho de madres”?

---

<sup>117</sup> En el capítulo tercero sobre el tratamiento jurídico de la maternidad y la paternidad, se verá por ejemplo, como en el caso del ordenamiento jurídico español el embarazo, parto y descanso por maternidad han recibido tradicionalmente un tratamiento legal como accidentes, u obstáculos en la vida de las trabajadoras.

Parece que no, la revisión de nuestra estructura legal tiene que ir mucho más allá, en opinión de estas juristas feministas. Minow (1990), por ejemplo, llega a criticar el sistema de derecho basado en una titularidad de derechos de un sujeto concebido como normal (por supuesto varón), y todos los que se diferencian de este sujeto modelo, quedando en una posición de inferioridad, de desviación y de debilidad.

En cambio Minow propone una titularidad de derechos basado en un “social relation approach”, derechos basados en relaciones, de modalidad relacional. ¿Podría construirse de esta forma un hipotético “derecho a la maternidad”? Un derecho de las madres donde prime el afecto, las relaciones entre los sujetos, el contexto afectivo y emocional.

En este sentido afirma Bodelón (2009:113):

*“No se trata de legislar “para las mujeres”, sino de legislar para poner fin a los modelos que han excluido a las mujeres, de abrazar aquello que han pensado las diversas mujeres para poder vivir en un mundo mejor y más justo. No se trata únicamente de incluir a las mujeres en el marco existente de derechos, sino de transformar las relaciones sociales mujer-hombre y de redefinir el contenido de los derechos de mujeres y hombres, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos.”*

Como afirma Susan Okin (1989:126), todo el mundo admite que la maternidad supone un obstáculo para la promoción profesional de la mujer. La responsabilidad del cuidado de los hijos/as es probablemente el único rol femenino en exclusividad en nuestras sociedades. Por eso, en un mercado de trabajo construido sólo para hombres, donde dominan las exigencias de plena disponibilidad horaria y geográfica, la flexibilidad laboral mal interpretada, el trabajo durante los fines de semana y el número desproporcionado de horas de jornada laboral que no se corresponde con la productividad esperada, resulta imposible esta responsabilidad en exclusiva de las mujeres sobre el mundo de los cuidados.

Tal y como afirma Rubio (2006b:8) las mujeres no son asimilables al “pater familias”, porque esta figura se ha construido de espaldas a la importancia social de la maternidad e ignorando a las mujeres como sujetos sociales y políticos.

Cuando las mujeres quedan relegadas a su función maternal, unas veces argumentando que se dedican a ello obedeciendo leyes naturales, otras veces justificando que es fruto de su opción personal, sin admitir que su dedicación y responsabilidades en torno a la maternidad es una cuestión más aprendida desde pequeñas, se las está negando una categoría de ciudadanas y de iguales, y se las está colocando en una posición de subordinación a ese ciudadano titular de derechos y deberes, a ese pater familias sujeto del derecho.

*“No se nace libre, se hace libre el sujeto como un efecto colateral de la capacidad de pensar, elegir y actuar en las relaciones con otros sujetos y en el marco de estructuras democráticas”* (Rubio, 2006a: 32).

Por eso, Rubio critica la consideración tradicional de la maternidad como perteneciente a lo natural:

*“Cuando las mujeres son heterodesignadas como sujetos para la reproducción y el cuidado, se fundamenta esta heterodesignación en lo natural, pero lo natural no existe sino mediado y definido por la cultura: Lo natural representa todo aquello que la cultura no desea, bajo ningún concepto, transformar, por esto lo sustrae del debate social y del control racional de la Ley.”* (Rubio, 2006a: 54).

Esta autora es crítica con las posibilidades que tiene el derecho de modificar esta realidad social. Afirma que el derecho es un instrumento válido para producir cambios económicos, o cambios que afecten a la mayoría de la población, pero no para producir cambios sociales o cambios en las instituciones o estructuras de poder, porque al fin y al cabo, el derecho constituye una expresión de quienes detentan el poder. Para que se produzcan cambios sociales hace falta una “masa crítica” de población que ejerza suficiente presión como para cambiar estas estructuras y centros de poder.

*“¿Son las mujeres una masa crítica capaz de exigir y producir estos cambios?”* (Rubio, 2006b:14).

También en esta línea, Smart es crítica con la capacidad del derecho de modificar estructuras de nuestra sociedad que permiten la opresión de las mujeres, dado que el derecho es un instrumento más de poder. Esta autora recupera las nociones de poder foucaultianas, al subrayar la conexión entre conocimiento – poder y derecho:

*“Es una característica del modernismo que el conocimiento que se considera la verdad (...) ocupa una posición alta en la jerarquía del saber. La consideración de verdad es una demanda para ejercer el poder<sup>118</sup>” (Smart, 1995: 72)*

Aunque Foucault no incluía el derecho como ese conocimiento científico que otorgaba poder, sí que es verdad que el poder tiene sus métodos, su lenguaje, y también reclama y afirma lo que es verdad, y por lo tanto, detenta poder<sup>119</sup>.

Smart (1995) también subraya como un obstáculo a la utilización del derecho la presunta racionalidad del método legal: el texto legal se presume siempre elaborado racionalmente y por tanto, objetivo, como todo conocimiento científico caracterizado por la objetividad y la racionalidad.

La crítica feminista del derecho como instrumento de opresión patriarcal va más allá de considerar el derecho como un producto de los hombres (como categoría biológicamente definida) para dominar a las mujeres (como categoría también biológicamente definida). El derecho participa y constantemente construye el género (Olsen, 1995; Pitch, 2003, Smart, 1989, 1995).

El pensamiento feminista postestructuralista, como el de Judith Butler, ha supuesto un problema para el activismo político tradicional del movimiento feminista. Las reivindicaciones políticas feministas tradicionales se basaban en ser la traslación política de las demandas de un grupo social, “las mujeres”, grupo excluido del sistema político, del poder, y de la estructura del Estado (tal y como se entiende el Estado en el mundo occidental). Pero las críticas a la utilización de esta categoría universalizadora de “mujeres”, por parte del feminismo negro, lesbiano, o de países del tercer mundo, así como la dislocación de la propia categoría de “mujeres” por parte de las postmodernas, hace muy difícil articular unas demandas políticas en la estructura estatal y política en la que vivimos.

---

<sup>118</sup> Traducción libre de la propia autora: *“It is a feature of modernism that knowledge which can claim to be true (...) occupies a place high up in the hierarchy of knowledges. The claim to truth is therefore a claim to deploy power”.*

<sup>119</sup> A lo largo de esta investigación, y como se verá en el análisis del derecho positivo sobre protección de la maternidad, la legislación estudiada se basa en la certeza de la existencia del instinto maternal que se convierte en verdad. Y, por lo tanto, constituye una fuente de poder, y de opresión y dominación en palabras de Young de las mujeres.

Judith Butler (1990) rechaza la noción individual liberal, que nace del contrato social ilustrado. Pero no quiere decir que se abandone la lucha política, que puede tener lugar por diferentes formas que no incluyan la actuación individual liberal. Las nuevas formas de hacer política introducidas por el postmodernismo, pasan sobre todo por criticar el heterosexismo dominante y las categorías binarias sexo-género masculino y femenino.

Pero tal y como apuntan numerosas autoras (Benhabib, 1992 Smart, 1995) estas nuevas formas políticas poco pueden hacer por reivindicaciones de mujeres sobre la violación, el acoso sexual que tiene que ver mucho con su pertenencia a una categoría de mujeres, heterosexuales. O sobre formas de reflexión sobre las relaciones entre maternidad y derecho, que presuponen la utilización de categorías de análisis como “madres” y “mujeres”.

Smart (1995) considera que, en cuestiones de reforma legal o cambio en la mentalidad de los operadores jurídicos, los instrumentos políticos de las postmodernas o las feministas culturales no ofrecen mucha ayuda. Esta autora piensa que los cuestionamientos clásicos del feminismo a categorías del género, como la maternidad, o la sexualidad femenina, pueden contribuir a cambios en los sistemas legales o judiciales.

Smart, aun reconociendo la importancia de la jurisprudencia feminista, que ha criticado la presunta neutralidad, objetividad y universalidad del derecho, duda que las propuestas de construcción de nuevas teorías del derecho que integren principios feministas vayan a modificar la situación estructural de opresión de las mujeres. Ella considera que es más importante cuestionar el poder del derecho y no buscar un nuevo derecho o un derecho feminista<sup>120</sup>.

Smart añade una razón más a su crítica sobre las posibilidades de la jurisprudencia feminista en conseguir que la ley sea un instrumento de cambio para las mujeres: la

---

<sup>120</sup> Smart propone no legalizar más aspectos de la vida diaria, no dar más espacios al derecho en nuestras vidas. Pero inevitablemente el derecho ya está presente en muchos ámbitos de nuestras vidas y por lo tanto no se puede abandonar. Ella propone que el derecho sea un lugar de lucha feminista que conteste y cuestione los conceptos de género que se utilizan y, no tanto, que el feminismo abogó por reformas legales o meras intervenciones del derecho persiguiendo objetivos políticos feministas.

utilización del derecho para las mujeres, presupone la utilización de una categoría homogénea, esencialista y universal de las mujeres, que no resiste las críticas que desde el feminismo negro o lesbiano se ha hecho sobre la diversidad de las mujeres, y de feminismos, imposible de incluir en una sola categoría jurídica<sup>121</sup>.

La aplicación del postmodernismo en política no quiere decir que se deba abandonar la política, sino que no podemos prometer alcanzar ciertos objetivos a través de la política. Y que existen diferentes formas de hacer política, y una de ellas puede ser centrarse en definiciones y conceptos, más que en nuevas propuestas de acción.

No obstante, son mayoritarias entre las juristas feministas las que defienden la utilidad y relevancia de la jurisprudencia feminista, y la capacidad del derecho de producir cambios en la vida de mujeres y hombres, siempre y cuando el derecho cambie (Fineman, 1995; Fineman and Karpin, 1995). Por ejemplo consideran que la teoría feminista se ha ocupado más de las mujeres como “esposas” y no tanto como madres:

*“Yo considero la maternidad como una experiencia social única pero legalmente invisible. El potencial de la experiencia de la maternidad ha sido lo que históricamente ha diferenciado la existencia femenina de la existencia pública en nuestra sociedad. La maternidad ha sido la base de la discriminación. Esto no ha cambiado con la desatención del feminismo hacia el estatus de madre o con la pretensión (o creencia que madre no es diferente a padre<sup>122</sup>” (Fineman, 1995:27-28).*

Fineman señala los límites de la jurisprudencia feminista, que aunque critica con el derecho, se ve constreñida a utilizar conceptos y categorías jurídicas construidas desde el androcentrismo como “justicia” e “igualdad”.

Fineman (1995) no está de acuerdo con el encuadramiento de cada autora feminista en una categoría del feminismo (liberal, radical, cultural) y pone como ejemplo que la utilización de esta clasificación deja fuera del debate feminista ciertos temas como la familia o la maternidad: una feminista cultural o postmoderna que hable de familia será

---

<sup>121</sup> Como es por ejemplo la crítica de Davis desde el feminismo negro y lesbiano (1983, 2008).

<sup>122</sup> Traducción de la propia autora de: *“I consider motherhood to be a unique but legally invisible social experience. The potencial for the experience of motherhood is what has historically differentiated female from male public existence in our society. Motherhood has been the basis for discrimination. This has not changed with legal feminism’s inattention to that status or with pretendes (or beliefs) mother is not different than father”.*



acusada de entender como biológico e inherente a la condición de la mujer la maternidad, en contra de la mayoría de las mujeres que son madres y viven en familia.

Está en desacuerdo con la postura del feminismo cultural que rechaza la utilización de categorías como mujeres o madres. Pero la autora recuerda que a pesar de la diversidad incontestable de las mujeres, que hace difícil pensar que la categoría “mujeres” o “madres” o “trabajadoras” incluye a todas y refleja la experiencia de todas, no por ello deja de tener importancia el valor simbólico y la fuerza que tienen esas categorías en el imaginario, y que el derecho participa y contribuye a reforzar: “la buena madre”, que se entrega ilimitada y desinteresadamente al cuidado de los suyos. “La trabajadora egoísta y ambiciosa” que antepone sus intereses personales a su hijos/as.

Fineman propone utilizar en cambio el concepto de “gendered life” para superar el dilema igualdad-diferencia, y las críticas del feminismo postmoderno en la teoría jurídica feminista.

*“La vida con género se basa en la premisa de que las mujeres, como grupo social y legal, comparten un potencial de experiencias, categorías, de imposiciones ideológicas y políticas en las que su género es determinante”<sup>123</sup> (Fineman, 1995:44)*

Para Fineman, la construcción jurídica de “madres” debe preocupar a todas las mujeres, sean o no madres, quieran o no serlo, porque serán tratadas como madres por el derecho:

*“Las mujeres serán tratadas como madres, o como madres potenciales porque las mujeres como categoría cultural y legal lleva inevitablemente aparejada en su definición nociones de maternidad”<sup>124</sup> (Fineman 1995:51).*

---

<sup>123</sup> Traducción de la propia autora de “*Gendered life is based on the premise that as a socially and legally defined Group, women share the potential for experiencing a variety of situations, statuses, and ideological and political impositions in which their gender is culturally relevant*”.

<sup>124</sup> Traducción de la propia autora de “*Women will be treated as Mothers or potential Mothers because Women as a cultural and legal category inevitably encompasses and incorporates socially constructed notions of motherhood in its definition*”.

Fineman (1995:67) llama la “castración o negación de la madre” (“the neutering of mother”), el proceso por el cual la categoría “madre” en el derecho se ha fusionado con “padre” y ha dado lugar al concepto genérico “progenitores” (“parents”).

Jill Marshall (2006) es otra de las autoras que reivindica también la pertinencia de la jurisprudencia feminista, y además, la necesidad de que las juristas feministas sigan criticando, pero también reconstruyendo, y construyendo, el concepto de sujetos para conseguir que el derecho sea un instrumento que ayude a mejorar la vida de las mujeres<sup>125</sup>.

Se criticó el esencialismo femenino de carácter biológico que algún tipo de pensamiento feminista llegó a tener (Rich, 1976) o algún tipo de esencialismo de carácter filosófico (Beauvoir, 1949). Hubo claramente un pensamiento anti-esencialista que reclamaba en cambio una construcción de la identidad femenina a través de la auto-conciencia y de la experiencia de las mujeres, como forma de alcanzar la verdad de la identidad femenina (Mackinnon 1989, Benhabib 1992).

Pero las últimas aportaciones del pensamiento feminista postmoderno, provocan ciertos problemas a la jurisprudencia feminista. Las postmodernas rechazan la existencia de un sujeto unitario, porque creen que el sujeto no es más que una construcción social más, y que por lo tanto, es un continuo fluir que según el discurso y las circunstancias históricas será diferente.

Marshall (2006) se hace eco de las críticas que también ya ha recibido el método deconstructivo. La deconstrucción tiene sentido como método en la medida que presenta un modelo alternativo a lo reconstruido, y eso implica la acepción de cierta normatividad que indica que es lo justo, que es lo que está bien, y porque lo reconstruido es erróneo o descartable.

La actividad de las juristas que han utilizado la deconstrucción las ha llevado muchas veces a proponer como alternativa un determinado conjunto de derechos, como reforma legal. Muchas veces estas propuestas de conjuntos de derechos se basaban en una concepción liberal de los sujetos según las definiciones de Ronald Dworkin

---

<sup>125</sup> Esta autora hace un repaso de las críticas feministas al derecho, y también de las consecuencias que el pensamiento feminista ha tenido en el derecho, como instrumento de cambio y también de creación de género.

(1984) donde las personas han de reconocerse como agentes de sus propias decisiones y fuente de sus propios valores.

A pesar de las críticas que puedan admitirse al utilizar conceptos como derechos o como liberalismo, la jurisprudencia feminista necesita utilizar los discursos normativos de la libertad y los derechos para poder producir cambios en la vida de las mujeres en el presente. Es verdad que el lenguaje de los derechos es peligroso porque fija las identidades y puede cerrar posibilidades futuras, pero si se quiere provocar cambios significativos en el presente, se ha de hablar en el lenguaje que impera ahora.

También Marshall tiene en cuenta los problemas que el pensamiento postmoderno de Judith Butler produce en el derecho. Butler (2004) reivindica que no hay identidad de género sino que el género se crea mediante su expresión. Butler reivindica que una vez desaparecido el sujeto, la estrategia para cambiar las relaciones de dominación sea el continuo cuestionamiento de las identidades de género, (el "gender trouble").

Pero la jurisprudencia feminista necesita un sujeto. Marshall hace un repaso del valioso análisis feminista sobre la ausencia de las mujeres en la construcción del sujeto moderno (Jaggar, 1983, Pateman, 1995 entre otras) y reivindica que las juristas feministas necesiten un sujeto, y necesiten utilizar conceptos como libertad, justicia, derechos..., aunque los deconstruyan, los necesitan normativamente para proponer una alternativa, que incluya a las mujeres.

Por otro lado, las juristas feministas dedican también muchos de sus análisis a las leyes que admiten, prohíben y en suma regulan las técnicas de reproducción asistida. Como ya se ha señalado, las técnicas de reproducción asistida han modificado el sentido tradicional de la maternidad y la paternidad, y han obligado a cambiar muchos de los presupuestos jurídicos sobre los que se basaba la legislación sobre maternidad y paternidad (Birke, Himmelweit, Vines, 1990; Fineman and Karpin, 1995; Tong, 1997).

En este sentido, Marsico (2003: 137 y ss.) apunta como las legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida utilizan términos jurídicos como "derecho al hijo", "libertad de reproducción". Y al mismo tiempo estas legislaciones:

- Limitan la maternidad a una cuestión puramente biológica, cuando en opinión de esta autora la maternidad es el resultado del cuidado de un hijo/a y de la elección, y no solo un producto genético.

- Esta “libertad de reproducción” está basada en una concepción liberal del sujeto racional autónomo, cuando en cambio las mujeres sujetas a estas decisiones, están más que nunca enmarcadas en una autonomía relacional, y fuertemente imbuidas del destino mujer-madre arraigado en nuestra sociedad.

La postura de estas juristas sobre el papel del derecho ante las técnicas de reproducción asistida, y el tratamiento que reciben las mujeres como sujetos activos de estas legislaciones no es unánime.

Un ejemplo de ello es la opinión sobre la maternidad por sustitución. En el contexto del feminismo anglosajón<sup>126</sup>, Carmel Shalev (1989) ha redefinido el concepto de autonomía procreativa de la mujer, incluyendo el poder ceder sus órganos o funciones reproductivas de manera gratuita o a cambio de precio. Shalev considera que la autonomía de la mujer reside en la posibilidad de contratar o celebrar contratos sobre cuestiones de la reproducción.

Pateman (1995), en cambio, critica la posibilidad de la subrogación como un ejemplo más de contrato sexual donde la mujer queda subordinada al hombre, contrato sexual sobre el que se sustenta “nuestro” supuesto contrato social.

Shalev considera que el contrato es la mejor figura jurídica, porque conlleva la racionalidad de las partes implicadas, cuyo posible conflicto se resuelve en el marco que ellos se han dado, y no es necesaria la intervención de un Estado con su normativa rígida que tenga que actuar en nombre de un interés general por encima de la posibilidad de las partes de autorregularse. Se acerca esta postura a la ética de la responsabilidad descrita por Gilligan (1982)<sup>127</sup>, una teoría de la responsabilidad típica femenina por encima de la teoría de los derechos tradicionalmente masculina.

Haciéndose eco de la postura de Shalev, Pitch (2003:42) describe:

---

<sup>126</sup> Pitch, (2003) sintetiza el debate entre Carmel Shalev y Carole Pateman sobre las posibilidades de que la mujer contratara sobre su potencial reproductor.

<sup>127</sup> La importancia en el pensamiento feminista en general, y en la teoría política en particular de la obra de Gilligan ya se ha mencionado en el análisis histórico del pensamiento feminista y se nuevo se retomará en el capítulo dedicado al rol del estado en el tratamiento de la maternidad y la paternidad.

*“El individuo se concibe, en el contractualismo, como totalmente separado, completo en sí mismo de manera tal que ninguna de sus capacidades y atributos se debe a la relación con los otros”.*

La diferencia entre Shalev y Pateman es la respuesta a la liberalización y/o subyugación de la mujer a través de la figura jurídica del contrato. Shalev reclama que la mujer puede sólo ser libre y autónoma si es capaz de contratar sobre aspectos reproductivos y Pateman considera que sujeto y cuerpo van unidos, por lo que, para ella puede corresponderse con el concepto de sujeto liberal que contrata sólo bajo presupuestos neutrales, racionales y desprovistos de cuerpo y sexo.

Como sintetiza Pitch (2003: 46) *“Donde para Shalev la subjetividad es sin cuerpo, manifestándose precisamente en la capacidad abstracta de elección racional, para Pateman ésta tiene que ver, al contrario, con todo aquello que hace de mí lo que soy, y en primer lugar mi cuerpo y por tanto mi sexo”.*

En opinión de Pitch (2003:69), la legislación sobre técnicas de reproducción asistida debería permitir la autonomía y responsabilidad femenina de las decisiones procreativas. Y ello en función de que:

*“No existe simetría entre espermatozoides, óvulos y úteros”.*

En caso de conflicto entre madre genética y madre gestante Pitch opina que sea el juez quien decida de acuerdo al interés supremo del menor, que no siempre es el derecho de vivir con su madre y con su padre.

En cambio, ante la posibilidad de una maternidad por sustitución o maternidad subrogada, los ordenamientos jurídicos optan por prohibirla. En los pocos casos que se admiten o cuando se ha producido ilegalmente, la ley en caso de conflicto privilegia la maternidad gestante.

En la polémica de la maternidad por sustitución, Pitch subraya que la solución jurídica de atribuir siempre la maternidad a quien da a luz implica que:

*“Se afirma jurídicamente (y simbólicamente) un primado (y un principio) femenino en la procreación, que en la realidad siempre ha existido, y que en cambio ha sido negado, a favor de un primado jurídico y simbólico masculino” (Pitch, 2003:70).*

El debate sobre la maternidad por sustitución es uno más, en todas las cuestiones que los avances científicos en materia de reproducción humana suscitan a las juristas feministas<sup>128</sup>. Hemos resaltado éste para ilustrar el interés también de las juristas feministas en estos temas y porque quizás es el que más grado de discusión de técnica jurídica ha podido suscitar recientemente, además de porque entra de lleno en el tratamiento legal de la maternidad en nuestros ordenamientos jurídicos y la configuración jurídica del sujeto madre (Fineman and Karpin, 1995; Widdows, Alkorta Idiakez and Emaldi Cirión, 2006).

---

<sup>128</sup> Ya se ha abordado el interés de las pensadoras feministas por estos temas desde la década de los 80, por ejemplo: Corea (1985); Taboada (1986); Einreich and English (1988, 2008); Birke, Himmelweit, Vines (1990); Tubert (1991).

## **1.2. APORTACIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS AL CONCEPTO DE PATERNIDAD**

Para entender el concepto actual de paternidad, es necesario hacer un recorrido histórico para rescatar cómo el pensamiento occidental ha entendido la paternidad y también el patriarcado.

Como afirma Knibiehler, (1997:117) *“La paternidad es una institución socio-cultural que se transforma incesantemente bajo la presión de múltiples factores”*.

Aunque tanto la paternidad como la maternidad son construcciones sociales, variables según las culturas y el tiempo, es verdad que en el caso de la paternidad, está más determinada aun por factores culturales que verdaderamente lo que se entiende en cada momento que son las necesidades y demandas de los niños/as.

*“En muchas culturas, los padres tienen control legal sobre aspectos importantes de la vida de los niños/as y autoridad moral para juzgar sus decisiones, aunque ellos no han disfrutado los regalos ni han soportado las cargas del trabajo maternal (...) Los padres constituyen más un rol determinado por las demandas culturales que no un tipo de trabajo exigido por las necesidades de los niños/as”* (Ruddick, 1989:42)<sup>129</sup>.

También es fundamental relacionar el concepto de paternidad con el patriarcado. Tomamos para ello la definición que realiza Knibiehler, (1997:117) *“El patriarcado, la dominación de los padres sobre las madres, los hijos, se ha transformado sin desaparecer”*.

Desde el comienzo de este análisis se ha tenido muy presente que hay unanimidad en afirmar el carácter natural de la maternidad frente a la naturaleza social y/o construida de la paternidad.

---

<sup>129</sup> Traducción de la propia autora: *“In many cultures, Fathers have legal control over important aspects of their children’s lives and moral authority to judge their choices, though they have neither developed the gifts nor borne the burdens of maternal work (...) Fathers is more a role determined by cultural demands than a kind of work determined by children’s needs”*

*“Se ha afirmado que la paternidad no es un hecho de la naturaleza sino una invención humana. Mientras que la maternidad es evidente en razón del embarazo y el parto, la paternidad no lo es”* (Knibiehler, 1997:117).

El origen del patriarcado se sitúa por parte de los antropólogos en la prohibición del incesto en el origen de toda civilización. Los hombres de un grupo social se habían prohibido acercarse a las mujeres de su familia (sus hijas y sus hermanas) para poder intercambiarlas vírgenes con hombres de otros grupos humanos. La prohibición del incesto dio lugar a la dominación del padre sobre los hijos e hijas.

En Occidente esta forma de dominación dio lugar a la familia patriarcal dominada por el padre, que generalmente es patrilineal (los niños llevan el nombre del linaje paterno) y patrilocal (los niños nacen en el hogar paterno). Pero también hay otras culturas donde la familia es matrilineal y matrifocal, pero no por ello se convierte en matriarcal.

En la historia del pensamiento occidental, ha predominado siempre la idea de que el hombre era el origen de la vida, y la mujer tenía siempre un papel biológico en la reproducción de mero receptáculo<sup>130</sup>.

*“La creencia de que las mujeres sólo aportan el útero nutritivo, mientras que los hombres proporcionan la simiente que se desarrolla hasta convertirse en un embrión, ha permitido que los hombres tuvieran, históricamente, un cierto sentido de continuidad biológica, aun cuando eso fuera bastante menos demostrable que en el caso de las mujeres”* (Birke, Himmelweit, Vines, 1990: 69).

Y esto ha perdurado en la cultura y sociedad occidental hasta nuestros días, aunque los descubrimientos científicos mostraran una realidad bien diferente, en la que tanto mujeres y hombres tenían un papel activo y fundamental en la reproducción humana, incluso las mujeres un papel mucho más determinante, como el avance de las técnicas de reproducción asistida nos muestran hoy en día, donde el papel de los hombres puede ser sustituido o reemplazado por un donante de semen, pero el papel de la mujer (tanto como proveedora de óvulo como receptora del óvulo fecundado que permita la gestación de una nueva vida humana) aún no se ha podido sustituir.

---

<sup>130</sup> La tradición filosófica (desde Aristóteles) y religiosa (como explican el cristianismo y el Islam) fortalecen la idea de que *“mientras la madre recibe y nutre, el padre crea y transmite”*. (Tubert, 1997: 36-38).



*“La paternidad no significa meramente la consciencia de que el hombre tiene un papel en la generación de un niño, la paternidad significa que el papel masculino se interpreta como la función generativa y creadora”.* (Tubert, 1997: 37)

Aunque Von Baer descubrió el óvulo en 1826, sus características y funciones eran discutidas todavía a lo largo del siglo XIX. Y aunque los descubrimientos sobre la genética aportado por Mendel en el siglo XX demostraban que la mujer aportaba la mitad de la dotación genética, sin embargo, la creencia popular que consideraba al hombre “la semilla” de la reproducción siguió muy dominante hasta mediados del siglo XX.<sup>131</sup>

Esto se ha interpretado como una demostración de que ante avances de conocimiento médico y científico, muchas veces se necesita mucho más tiempo para que se produzca el correspondiente cambio en el plano simbólico.

La influencia de esta construcción de la paternidad como origen de la vida tiene un fuerte impacto en cómo el derecho desde sus orígenes ha regulado y configurado la paternidad, y tolerado y justificado el patriarcado. Aunque los orígenes de la paternidad como objeto del derecho están en la época romana<sup>132</sup>, dado el objetivo de la presente investigación, y el interés en estudiar el tratamiento de la paternidad dentro del marco del Estado Social de Derecho, se limitará de nuevo la revisión histórica del pensamiento sobre la paternidad desde la Ilustración, momento en el que nace el Estado Moderno.

Tras la Ilustración también se produce el nacimiento de la familia moderna, que se caracteriza por un retroceso, lento y progresivo, de la presencia y de la potencia del padre y por una afirmación de la madre. Por un lado decae la figura de un pater

---

<sup>131</sup> Prueba de ello es que las definiciones de padre aceptadas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española todavía incluyen como una de las acepciones del término padre “origen, principio”.

<sup>132</sup> La paternidad romana es similar a la adopción actual, porque el hombre no se convertía en padre automáticamente cuando su mujer daba a luz, sino que era un acto voluntario, podía no reconocerlo o podía negarse a criarlo. Se colocaba el recién nacido a sus pies, y podía levantarlo y por lo tanto aceptarlo, o tan solo declarar que fuera alimentado, o incluso también decidir que fuera expuesto el bebé en un sitio destinado a tal efecto para que falleciera. La exposición de bebés era un hecho habitual, como una forma de contracepción de los bebés débiles o las niñas supernumerarias.

familias que se identifica con el poder estatal, pero por otro lado aparece una nueva figura de madre que se ajusta a los estereotipos e imágenes de una maternidad subordinada, entregada a los cuidados, de amor desinteresado, etc.

La familia se vio modelada por el pensamiento político de autores como **Locke, Puffendorf, Rosseau**<sup>133</sup>, pensadores que sentaron las bases del racionalismo en el siglo XVIII, poniendo en entredicho el poder absoluto de la época anterior<sup>134</sup>. Y en consecuencia, se empieza a cuestionar el poder absoluto del padre, que sólo se justifica en la medida que responde a las necesidades del hijo/a.

*“El estado puede, e incluso debe, reglamentar los derechos del padre y transformarlos en deberes educativos”* (Knibiehler, 1997:135).

A pesar de ello persiste la figura de las nodrizas, fenómeno muy criticado por los pensadores ilustrados<sup>135</sup>, pero que todavía se mantiene en una realidad bastante extendida en Europa, dependiendo también de las clases sociales. Su nacimiento está en épocas anteriores y supone un ejemplo del poder ilimitado del pater familias sobre todos los miembros de la familia. El empleo de nodrizas continuó siendo común durante muchos siglos en las sociedades occidentales.

Normalmente se ha criticado que esta práctica se debía al egoísmo de las mujeres de la alta sociedad que no querían estropearse el pecho y estar sujetas a las exigencias de la maternidad. Pero las razones deben ser diferentes, porque la autoridad del pater familias era absoluto y si él hubiera querido que los bebés hubieran sido amamantados por sus madres biológicas, así habría sido. Las razones de esta práctica podían ser entonces de otra índole: el deseo de tener muchos hijos/as con intervalos más breves, ya que la lactancia materna operaba como un freno a los objetivos de natalidad;

---

<sup>133</sup> Ya se ha mencionado la obra y la importancia de Locke y Rousseau en la creación del Estado moderno y la exclusión de las mujeres del contrato social sobre el que se asienta, relegando una vez más a las mujeres al espacio de la naturaleza, limitadas a su función maternal y cuidadora. Samuel Freiherr von Pufendorf es otro de los pensadores de la época, que contribuyó a la teoría del isunaturalismo, es decir, la fundamentación racional y natural del derecho, más allá del origen divino que hasta entonces se había defendido que tenían las leyes humanas.

<sup>134</sup> En estas sociedades preindustriales el denominador común es la predominancia de la figura del padre: *“el destino de un niño depende de quién es su padre; su rango social es el mismo que el de su padre”* (Knibiehler, 1997:129).

<sup>135</sup> Ver al respecto toda la crítica que Rousseau hace de estas prácticas y que se ha reflejado con detalle en el apartado sobre la evolución histórica del pensamiento filosófico sobre la maternidad.

además se temía que la lactancia reforzara en exceso los vínculos madre e hijo/a, y se consideraba esto negativo, especialmente en el caso del hijo; y finalmente porque los médicos aprobaban esta práctica que comparaban con el transplante de brotes después de una siembra, para sí obtener una buena cosecha.

También esta familia moderna, y el nuevo papel atribuido al padre en ella está influida por factores económicos: la Revolución Industrial produce el descenso de los salarios, y la incorporación de mujeres y niños al trabajo asalariado. La explotación del trabajo infantil hace surgir las primeras reacciones legales y estatales que lo limitan, con lo que en definitiva están también limitando el poder y autoridad paterna.

*“El poder del padre deja en-sí de ser intocable para quedar sometido a criterios de seguridad pública y colocado bajo el control de la colectividad”* (Knibiehler, 1997:131).

Mientras el padre sale a trabajar al exterior, el centro de gravedad de la familia cada vez más gira hacia la figura materna. La madre se queda en el hogar dedicada al cuidado, incluso de los hijos varones. Además ya no tiene tantos hijos/as, por lo tanto puede dedicar más atención a cada uno de los miembros de su prole.

Aunque el pensamiento ilustrado viene de la mano de cierto laicismo al ensalzar el poder de la razón (muchas veces cuestionando la autoridad divina que hasta entonces había prevalecido), no por ello deja de ser importante la influencia del cristianismo en la figura del padre<sup>136</sup>.

A partir del s. XIX el Estado se interesa cada vez más por la infancia y va vigilando el ejercicio de las funciones parentales, y sustituyendo al padre a través de instituciones como el maestro, el juez de menores, la asistente social, el educador o el psiquiatra.

La **Primera Guerra Mundial** dejó muchísimos huérfanos ya que numerosos hombres murieron en este conflicto bélico, y se demostró que las madres eran capaces de educar y sacar adelante a sus hijos/as ellas solas.

---

<sup>136</sup> La influencia del cristianismo había modificado también las amplias prerrogativas del padre sobre los hijos/as. El hijo pasó a ser un regalo de Dios, una obra divina, sobre la que los hombres no tenían poder. Una consecuencia era que el derecho sancionara las actuaciones de los padres contra la vida de los hijos/as y la aparición de los orfanatos (Badinter, 1980; Narotzky, 1997).

Knibiehler (1997:133) sintetiza esta evolución cuando afirma *“Otro elemento decisivo es la intrusión de los poderes públicos en la vida privada (...) Es cierto que la madre y el hijo están cada vez menos en manos del padre, pero han pasado a estar bajo el control de los trabajadores sociales, médicos, psicoterapeutas, jueces. Y las leyes que determinan su suerte siguen siendo elaboradas y promulgadas por los hombres.”*

También se subraya la evolución del derecho ante este cambio social, derecho que pasa de consagrar y respaldar el poder absoluto del padre de familia, a un derecho que tiene como principal fin proteger y tutelar los intereses de los menores, cuestionando incluso a veces el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores.

*“El antiguo derecho de la familia ha sido sustituido, actualmente, por el derecho del niño; se trata, por cierto, de una axiomática preciosa pero que postula la posible incompetencia de los padres;”* (Knibiehler, 1997:134).

El análisis histórico-jurídico hasta aquí realizado corresponde con los modelos de paternidad y el tratamiento jurídico de la paternidad más frecuentes en el mundo occidental, porque el análisis antropológico e histórico de la paternidad nos muestra que la figura del padre con un origen biológico en un acto sexual, que constituye un elemento fundamental de la identidad personal, sólo puede entenderse en el contexto específico de la burguesía occidental del siglo XIX (Narotzky, 1997:212-214)<sup>137</sup>.

Frente a este análisis histórico de la figura paterna, desde el poder absoluto del pater familias del derecho romano, a la figura menguante de la familia del siglo XX así como las diferencias de paternidad según culturas, hay otros autores/as que mantienen visiones más críticas y heterogéneas sobre cuál es el concepto socio-jurídico actual de la paternidad dominante en la sociedad occidental.

Pitch (2003), por ejemplo, subraya cuáles han sido los efectos del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el tratamiento legal de la figura paterna

---

<sup>137</sup> Las investigaciones antropológicas de otras culturas (Mead, 1984) han demostrado que los atributos clásicos de paternidad (proveer de cuidado, facilitar el acceso a recursos económicos, políticos, simbólicos, la transmisión de conocimientos y de bienes) se configuran en un haz de responsabilidades recíprocas que no siempre se concentran en el genitor varón como en nuestra cultura occidental reciente. En otras culturas a veces se diferencia el padre del genitor, el padre puede ser aquel que co-reside con el grupo materno sin ser el genitor, puede ser una mujer, o el hermano de la madre, o el amo del esclavo/a genitor, etc.

En los debates sobre las técnicas de reproducción asistida se reclama la voz de los padres, en un nuevo contexto de paridad de sexos<sup>138</sup>. Ya no existe la figura del paterfamilias con autoridad sobre la familia. Pero ahora, en aras de la igualdad, ya no hay padre y madre, sino cónyuges o progenitores. Y el padre, antes figura jurídica y social, ahora se biologiza, y se atribuye de características maternas. En cambio la madre pierde significado simbólico, psíquico y afectivo de lo materno<sup>139</sup>.

Y otras autoras como Fineman, incluso creen que la maternidad se invisibiliza y se refuerza la paternidad

*“La maternidad es negada y la paternidad asciende”*<sup>140</sup> (Fineman, 1995: 201).

Las autoridades (médicos y otros expertos en reproducción, niños/as y familias) establecen que la paternidad es beneficiosa y fomentan su mayor reconocimiento por parte del derecho, sin reclamar cambio alguno en la actividad y ejercicio de las responsabilidades paternas dentro de la familia.

Un ejemplo de este cambio son las presiones sociales por la custodia compartida. Se considera que en casos de separaciones y divorcios se debe intentar mantener la figura materna y paterna por igual en la vida de los menores. Se parte de la idea, de que es beneficioso y deseable para ese menor, seguir siendo cuidado y educado por ambos progenitores, y por lo tanto se demanda al derecho, que se dictamine con mayor asiduidad, e incluso, se generalice, la custodia compartida en los casos en los que el matrimonio, y la convivencia de los padres se rompa.

Parte de los defensores de la custodia compartida (Aguilar Cuenca, 2006; Bolaños, 2003, 2005) denuncian los excesos legales pasados, que automáticamente otorgaban la guardia y custodia de los hijos/as a las madres, discriminando a los padres, e

---

<sup>138</sup> Ver por ejemplo, Lacadena (2006).

<sup>139</sup> La misma autora subraya el hecho de que existe una amplia literatura que reflexiona sobre la construcción de “lo femenino”, pero muy poca que aborda cómo se construye “lo masculino”. Por ello las imágenes sobre lo masculino que se extraen de las leyes y jurisprudencia identifican dos imágenes sobre “lo masculino”:

- a) *“El Padre, símbolo de autoridad, responsabilidad, garantía de acceso al mundo social”*.
- b) *“Y el violento, el irresponsable, causa de inseguridad y miedo”*. (Pitch, 2003:251).

<sup>140</sup> Traducción de la propia autora de *“Mother is neutered and fatherhood ascends”*.

impidiendo que siguiera ejerciendo de padres en la vida de estos hijos/as en condiciones de igualdad que las madres.

Pero esta demanda social es más complicada de lo que parece, y tiene que ver con una forma de entender la paternidad más reforzada, donde se reconoce la importancia de los padres en los cuidados y en la educación de los hijos/as una vez la pareja se ha roto, pero no antes. No existe una demanda social organizada, ni discusión legal equiparable a la hora de reclamar un mayor permiso de paternidad, o un mayor número de padres con reducción de jornada o en excedencia por cuidado de hijos/as.

Fineman (1995) reflexiona sobre este aspecto y subraya que los criterios legales para determinar los derechos de los padres en estos casos de conflicto (por ejemplo cuando se reclama la custodia compartida) suelen ser los vínculos biológicos o a través del matrimonio. Pero rara vez se trata de los vínculos del cuidado<sup>141</sup>. En estas discusiones se presume que los padres cumplen con sus obligaciones paternas en la medida que cumplen sus obligaciones económicas.

Recientemente se intentan relacionar los cambios sociales que se producen en el seno de las familias (entrada de las mujeres en el mercado de trabajo formal, cambios en las relaciones de género), con nuevas formas de ejercicio de la función paterna, dentro de una nueva masculinidad alejada de los estereotipos de padre ausente y falta de dedicación emocional a sus hijos/as (Collier y Sheldon, 2008; Alberdi y Escario, 2007, Flaquer, 1999).

Algunas de estas reflexiones entran de lleno en los debates sobre la custodia compartida como una demanda de algunos grupos de padres, ante lo que ellos consideran un verdadero obstáculo a la verdadera igualdad entre hombres y mujeres, o un feminismo mal entendido. También existen algunos sectores de opinión que reclaman la custodia compartida (ver por ejemplo Solé y Ysàs, 2009) precisamente como un instrumento de verdadera corresponsabilidad en la asunción de las tareas de cuidado entre hombres y mujeres<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Fineman utiliza el término en inglés “*nurturing or caretaking connections*”.

<sup>142</sup> En esta investigación no se profundiza sobre este tema, ya que sobre todo se aborda desde el ámbito del derecho privado, y no está directamente relacionado con las leyes sobre maternidad y paternidad en los ámbitos de protección social y de técnicas de reproducción asistida, que son el objeto del presente estudio. Pero se volverá sobre ello de nuevo en el capítulo cuarto de análisis

---

sociológico, porque a lo largo del trabajo de campo, muchos de los padres y hombres entrevistados espontáneamente vincularon paternidad y custodia compartida.





## CAPÍTULO 2 EL PAPEL DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

Antes de examinar la legislación social española sobre maternidad y paternidad, conviene reflexionar sobre el papel del Estado en las cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad de las personas, rol del Estado dentro del marco de un Estado Social de Derecho. Ello se debe a que el contenido y alcance de esta regulación se enmarca en un contexto político y jurídico más amplio, de un Estado Social de Derecho en el que se debe garantizar la igualdad de todos/as los ciudadanos/as.

En general el Estado ha sido un tema difícil para el feminismo, porque por un lado es identificado fácilmente como un instrumento y fuente de dominación patriarcal, pero por otro lado, es el Estado, al que las feministas muchas veces acuden reclamando demandas de ciudadanía y derechos sociales para las mujeres, como es el caso, por ejemplo, de la maternidad, el cuidado y la conciliación de la vida familiar y laboral (M<sup>a</sup> Xosé Agra, 2006:80)<sup>143</sup>

La mayoría de las feministas reclaman la responsabilidad pública de la reproducción (por ejemplo demandando mayor número de guarderías, reclamando subsidios de maternidad, exigiendo una atención sanitaria para todas las madres e hijos/as, etc.) y a la vez, algunas feministas rechazan la injerencia estatal sobre las decisiones reproductivas, que reclaman sean sólo de las mujeres, como por ejemplo las decisiones sobre la finalización voluntaria del embarazo y sobre los posibles métodos anticonceptivos existentes (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:36)

---

<sup>143</sup> Algunas pensadoras políticas han reflexionado sobre cómo incorporar el cuidado en un sistema político (Tronto, 1993:162-169):

- Cambiando el concepto de vida humana sobre el que se sustenta e incluyendo el cuidado en lo que entendemos por naturaleza humana.
- Incluyendo “lo privado” en el concepto de vida humana. Un ejemplo de este ejercicio sería que la responsabilidad del cuidado de los niños/as pequeños cuando los padres trabajan difícilmente se percibiera como una responsabilidad social sobre la que debería actuar la política.
- Incluyendo elementos de la ética del cuidado en las prácticas políticas, por ejemplo, implicaría atender las necesidades de todos/as, y sería moralmente intolerable no reconocer las necesidades de un grupo de población (por ejemplo madres y padres).

Los conservadores reclaman igualmente la ausencia de injerencia estatal en ese ámbito privado (ámbito de la reproducción) pero para proteger una institución clave de la sociedad como la familia que ven en peligro. Aunque a la vez defienden injerencias estatales en la libertad de sus miembros individuales (por ejemplo la prohibición del aborto).

Las diferentes corrientes del pensamiento feminista han tenido posturas diversas sobre el papel del Estado. El feminismo liberal tradicionalmente se ha centrado en la igualdad formal del ámbito público. Esta igualdad formal no hace más que reforzar el estándar normativo masculino, y no cuestiona la dicotomía público-privado, cuidado-trabajo, mujer-hombre (Guerrina, 2005:22-23). La búsqueda tan solo de la igualdad formal invisibiliza el papel de cuidadoras de las mujeres, que libra al Estado de su responsabilidad de dar respuesta a las necesidades individuales de cuidado.

Las feministas radicales, en cambio, ponen como ejemplo la legislación sobre maternidad que equipara a enfermedad como ejemplo de esa igualdad formal que asimila la mujer al hombre, y que sigue conceptualizando la esfera pública, el mercado de trabajo, desde la óptica de un modelo normal masculino.

Finalmente, las feministas postestructuralistas (Guerrina, 2005:32) critican a las feministas radicales o de la diferencia, que abogan por la construcción de una identidad de mujer a partir de la su propia experiencia y conciencia, recuperando y valorando positivamente valores típicamente femeninos (cuidado, papel de madre, etc.). Ello supone según las posestructuralistas la conceptualización de una categoría “universal” de mujer, que no se corresponde con la heterogeneidad de las mujeres, y con la interacción de género, etnia, raza, clase social, etc.

Argumentan además que ello puede reforzar el viejo determinismo biológico de lo que es natural de una mujer. Las post-estructuralistas defienden para ello, que no existe un concepto único y esencialista de mujer, sino que lo que socialmente se cita como mujer es una construcción social de las jerarquías de género. Esto dinamiza los conceptos de madre/mujer/familia que utilizan las políticas públicas de familia y conciliación.

Pero para poder interpretar cuál es el papel del Estado actual en las cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad, es necesario revisar la evolución de las

funciones<sup>144</sup> sobre la reproducción humana otorgadas al Estado, desde su nacimiento como Estado Liberal de Derecho, hasta llegar al actual Estado Social de Derecho. También es imprescindible examinar bajo qué fundamentos políticos el Estado interviene cuando legisla sobre maternidad y paternidad, si lo hace protegiendo algún tipo de derecho de los/las ciudadanos/as, o bien está actuando para preservar un determinado interés general digno de tutela jurídico-política, o si está actuando para proteger determinados bienes jurídicos que la sociedad considera dignos de protección estatal.

Las cuestiones relativas a la reproducción, entre ellas las que tienen que ver con el ejercicio de la maternidad y la paternidad, es una cuestión que el Estado considera que pertenece al ámbito familiar, al ámbito por tanto privado de las personas. Por lo tanto, a lo sumo, serán objeto de regulación por parte del derecho de familia<sup>145</sup>.

## **2.1. Estado Liberal de Derecho**

El nacimiento del Estado moderno, caracterizado en primer lugar como Estado de Derecho, se sitúa en las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII frente a los Estados de las monarquías absolutas. Antes de la Revolución Francesa ya existía Estado, y también era clara la utilización que el Estado hacía del Derecho, pero como explica Díaz (1988:17) no todo Estado es Estado de Derecho, aunque por supuesto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, y que todos los Estados poseen un ordenamiento jurídico<sup>146</sup>. Lo que caracteriza al Estado de Derecho es el sometimiento del Estado al imperio de la ley, entendida esta como expresión de la voluntad popular, y en el que la existencia estatal se justifica en la medida en que se protegen los derechos de los ciudadanos mediante la división de los poderes legislativo, judicial y

---

<sup>144</sup> Por funciones se entiende aquí, cuales son las finalidades buscadas por la intervención estatal en un campo determinado de la vida humana, cuál es el objetivo último perseguido en la actuación estatal.

<sup>145</sup> *“La reproducción se considera una preocupación privada de los individuos y sus familias, como una cuestión de sentimiento que de pensamiento, en la que el estado no tiene ningún derecho a interferir”* (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:35).

<sup>146</sup> El Estado moderno se corresponde con la definición clásica del poder que tiene el derecho de elaborar y aplicar las leyes para todos los habitantes de un determinado territorio. El Estado sirve así para asegurar un orden legal capaz de garantizar una coexistencia pacífica y una cooperación entre los individuos, tal y como explicaban los clásicos pensadores del pacto social que da lugar a ese Estado Moderno (Hobbes, Locke y Rousseau).

ejecutivo (Lucas Verdú, 1975; Diaz, 1988; De Lucas, 1997; Atienza, 2001; Laporta, 2007).

Aunque la protección de los derechos humanos de los ciudadanos es una de las piezas claves de la constitución del Estado de Derecho, la concepción restringida que el pensamiento liberal tiene de estos derechos humanos supone al mismo tiempo una crítica del propio Estado Liberal de Derecho. Los derechos humanos se identifican con los derechos de la burguesía en un sistema económico capitalista, de ahí el predominio de los derechos de la propiedad privada y de la seguridad jurídica (Diaz, 1988).

Junto al Estado Liberal de Derecho emerge también la noción actual de ciudadanía<sup>147</sup>, entendida como el vínculo que surge entre los individuos y la organización estatal que encarna el pacto social al que los ciudadanos libres se adscriben. Se trata de un concepto de ciudadanía eminentemente político, donde priman los derechos de participación democrática que ese ciudadano tiene por el hecho de serlo (Rawls, 1993; Perez Luño, 2002).

Conviene resalta por tantor la coincidencia del nacimiento del concepto moderno de ciudadanía, de los derechos humanos y del Estado de Derecho (Peces-Barba, 2004; Perez Luño, 2002). Estas tres realidades se influyen mutuamente:

*“El Estado de derecho es la forma política en la que los poderes actúan divididos y sometidos al imperio de una legalidad que garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los derechos fundamentales constituyen el fundamento de legitimidad del Estado de derecho y el contenido de la ciudadanía. La ciudadanía, a su vez, es el cauce de participación política en el Estado de derecho, a través del ejercicio de los derechos fundamentales”* (Perez Luño, 2002:21).

Pero no puede olvidarse de esta noción de ciudadanía liberal la exclusión de las mujeres, los menores, los no-propietarios, los siervos, etc. y la limitación del concepto de ciudadanía al ejercicio estricto de los derechos políticos, tanto el sufragio activo como el sufragio pasivo, que permiten a los ciudadanos ser elegidos y elegir a quienes

---

<sup>147</sup> El origen histórico de la ciudadanía es por supuesto muy anterior, y se remonta a la Grecia clásica, donde la ciudadanía se correspondía con *“la definición aristotélica del hombre como “animal político”* (Perez Luño 2002:17). También la noción romana de ciudadanía consistía en el ejercicio de la libertad de los individuos en el espacio social público.

los representen en los procesos democráticos de toma de decisión dentro de un Estado de Derecho<sup>148</sup>.

Los teóricos liberales definen a estos ciudadanos que han pactado libremente como seres autónomo, seres que no necesitan de nadie, ni están ligados a nadie, hombres que habrían surgido como “hongos” hasta llegar a su madurez plena (Pateman, 1995; Amorós, 1992).

Pateman (1995) critica el modelo del contrato social poniendo de manifiesto que este presupone un contrato sexual, que adscribe a las mujeres en el espacio privado, y que permite entonces que ciudadanos varones “libres” pacten en el espacio público un modelo de Estado con el cual gobernase.

Igualmente uno de los presupuestos sobre los que se asienta el Estado Liberal de Derecho es la libertad. Y esta libertad se entiende en un doble sentido, la libertad como presupuesto inicial de los individuos que eligen fruto de esta libertad pactar el contrato social. Y la libertad entendida como uno de los objetivos que el Estado ha de garantizar para todos sus ciudadanos. Pero esa igualdad liberal que se predica universalista, se trata en verdad de un falso universalismo, ya que ese “todos somos iguales” es una reacción a la sociedad estamental del Antiguo Régimen (Ferrajoli, 1999; Barrère Unzueta, 2002).

*“La igualdad política liberal, la igualdad sobre la que se sustenta la concepción jurídico-política moderna es, pues, una igualdad entre individuos, varones, blancos y propietarios, y a estas características quedarán anudadas tanto la idea de la legitimidad del Derecho y del Estado (basados en las ficciones como las del contrato social) como la configuración de las estructuras sociales, económicos, jurídicas y políticas”* (Barrère Unzueta, 2002:20).

Una de las principales características del Estado Liberal de Derecho es que la teoría política y moral basada en una igualdad formal propicia una separación entre lo público y lo privado que permite la pervivencia de una subordinación de las mujeres en el **espacio privado** aunque en el **espacio público** se respete el principios de igualdad

---

<sup>148</sup> La ampliación de esta ciudadanía liberal a las mujeres en el Estado Social de Derecho como se verá más adelante, siguiendo esta concepción política de ciudadanía, significaba sobre todo (y tan sólo) el acceso al sufragio activo y pasivo. Aun así los porcentajes de mujeres en los parlamentos de los países europeos tras varias décadas de existencia de Estados de Derecho representan una muestra de esta ciudadanía incompleta de la que disfrutaban las mujeres.

formal, el principio de todos los ciudadanos iguales ante la ley (Okin, 1989; Turéganos, 2001).

La esfera doméstica nace con la Revolución Industrial, cuando la familia deja de ser la unidad productiva donde se desarrollaba la principal actividad económica. Ahora el hombre sale fuera de casa para desempeñar una actividad fabril, que recibe el nombre de trabajo. En la esfera doméstica por supuesto se siguen realizando tareas productivas, pero no se denominan trabajo, sino labores, porque no reciben salarios, y quedan así invisibilizados. Se produce esta división entre “casa” y “profesión” o “trabajo” (Murillo, 1996:55).

Es entonces cuando aparece la diferencia entre el espacio público, aquel donde las personas interactúan como ciudadanos de pleno derecho y se ocupan de los asuntos que tienen que ver con su pacto de convivencia (espacio público es el mercado de trabajo y los órganos de representación política). Y el espacio privado, aquel donde las personas satisfacen sus necesidades personales y afectivas, y en el que actúan como miembros de una familia.

El mundo privado es el mundo de las relaciones personales, el mundo de las necesidades y de los afectos y se encuentra en el seno de la familia. Las cuestiones relativas a la reproducción humana se pertenecen a este mundo privado y en consecuencia, las relaciones madres e hijos/as se esperan que sean sólo decisiones dirigidas por un amor desinteresado de las madres por los hijos/as, un amor desinteresado atribuible a la propia naturaleza humana.

También estos criterios del mundo privado se aplican a las decisiones sobre tener o no tener hijos/as *“los hijos deberían ser concebidos y alumbrados en el amor” y la alusión a cualquier decisión racional es calificada de “egoísta” y “antinatural”* (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:34)

Las decisiones de las personas sobre la maternidad y la paternidad se consideran aspectos del espacio privado de las personas, a pesar de que especialmente en el caso de las mujeres, su maternidad condiciona su participación y estatus en el espacio público.

Cuando las decisiones sobre la reproducción humana han sido objeto de tutela por parte del derecho, por ejemplo, a través de la formulación de los derechos sexuales y

reproductivos, su definición en el mundo occidental está basada en el principio de que *“las personas individuales deberían ser libres para tomar sus propias decisiones sobre cuestiones que afecten exclusivamente a sus vidas privadas”* (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:18).

Esta adscripción de las decisiones sobre la reproducción humana a la esfera privada libre de injerencia estatal, reforzada como justifica Alfonso Ruiz Miguel (1990:68) en el derecho a la intimidad de las personas, exige que el Estado no interfiera en el control de la natalidad de las personas, *“la decisión de concebir y tener hijos ha de resultar de la íntima y libre disposición para los individuos”*.

Murillo (1996: XX-XXV) subraya que el término privado<sup>149</sup> tiene un significado diferente para la mujer y el hombre, y por ello prefiere hablar de espacio privado, espacio doméstico y espacio público. El espacio doméstico es la dedicación a los demás, al cuidado y el espacio privado es el dedicado a uno mismo, a la construcción de la individualidad. De ahí que no exija necesariamente estar casada y con hijos/as sino asumir sólo los mandatos del género femenino *“para hacerse cargo, por encima del propio interés, de lo que puedan necesitar o desear los demás”*.

La esfera privada de los hombres alude a su espacio de libertad, en cambio la esfera privada de las mujeres tiene más que ver con su espacio de subordinación. (Mackinnon, 1989:301)<sup>150</sup>.

*“El cultivo de sí mismo, propio de la esfera privada, es absolutamente incompatible en el espacio doméstico. Lo doméstico sufre una doble exclusión: del espacio público y del espacio privado; no obstante, procura las condiciones necesarias para recrear la privacidad de los otros.”* (Murillo, 1996:38)

---

<sup>149</sup> Murillo (1996:XVI) aclara que el término “privado” puede tener dos interpretaciones: retirarse voluntariamente del espacio público, para disfrutar de un tiempo propio o retirarse al espacio doméstico para dedicarse a los asuntos de otros.

<sup>150</sup> También el hombre ha visto su espacio privado invadido por las lógicas de un mercado de trabajo que invade y vampiriza su tiempo de ocio; y más allá de la jornada de trabajo, flexible, elástica e inacabable, se crean los espacios informales de trabajo en forma de cenas de trabajo, copas, viajes. Pero esa renuncia de su tiempo y espacio privado depende sólo de él y de sus necesidades (no de las necesidades de los demás como es el caso de las mujeres) y además le reporta beneficios profesionales y de promoción personal.

Han sido numerosas las críticas feministas a las consecuencias que esta dicotomía público – privado produce en las mujeres bajo el paraguas de una aparente igualdad formal protegida por los ordenamientos jurídicos<sup>151</sup>.

Una de estas críticas es el predominio de la racionalidad en el espacio público y en cambio, el confinamiento de los sentimientos, los afectos y las necesidades particulares a la esfera privada. En el mundo público, prevalece la idea de un sujeto “homo economicus” que toma decisiones puramente racionales siguiendo su propio interés.

Julie Nelson (1995) describe ese “homo economicus” como *“un ser egoísta que nunca fue niño, que nunca se hace viejo, que nunca está enfermo, a quien nunca nadie cuidó y que tampoco cuida nunca a nadie”*<sup>152</sup>.

Esto se admite como lícito y justo porque el uso de esta razón pública está investido de imparcialidad y generalidad:

*“En él, la pluralidad de personas, con necesidades, intereses y deseos contrapuestos, se reduce a un sujeto único titular de derechos universales”* (Turégano, 2001:9).

Otra de las críticas que se ha hecho a esta diferenciación propia del Estado de Derecho entre la esfera pública y la privada, es que la esfera pública queda gobernada por una serie de reglas imparciales y universales, que en verdad no son tan universales y generales como se predica, sino que han sido definidas de acuerdo a los intereses y valores de los hombres. Por ello son estos quienes juegan con ventaja en este mundo público, mientras que, bajo la aparente igualdad formal, las mujeres tienen menos posibilidades<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> A título ilustrativo y sin ningún ánimo exhaustivo podemos citar a Okin (1989); MacKinnon (1989); Pateman (1995); Turégano (2001); Bodelón (2006); Rubio (2006a).

<sup>152</sup> Citado en Amorós, Bosch, Carrasco, Fernández, Moreno (2003): *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona: Icaria, pag.21

<sup>153</sup> Es por ejemplo las reglas que dominan la participación en el mundo de la política o del empleo, donde se requiere una gran disponibilidad horaria y geográfica incompatible con la existencia de cargas familiares. El rol tradicional de cuidadoras que las mujeres tienen en nuestras sociedades, las atribuye por naturaleza esas cargas familiares, y las hace menos aptas o menos competitivas para participar en igualdad de condiciones en estos mundos de participación política o de mercado de trabajo.



## 2.2. Estados totalitarios

Para entender la evolución del Estado Liberal al Estado Social de Derecho en el contexto español, es necesario hacer referencia a las peculiares características del Estado dictatorial, vigente en España durante casi cuarenta años. En otros países europeos<sup>154</sup> también tuvieron la experiencia de un Estado totalitario entre el Estado Liberal y el Estado Social de Derecho, pero no durante tanto tiempo como el caso español, que está vigente de manera paralela al Estado Social de Derecho de muchos de los países europeos. Es importante para más adelante entender la evolución de la legislación española sobre maternidad y paternidad, y la función que el Estado tenía sobre la reproducción de las personas dentro de un régimen político más cercano al Estado fascista que a los Estados Sociales de Derecho que se implantaban durante la segunda mitad del siglo XX en los países europeos en general.

Aunque estos Estados fascistas se autocalificaban como una evolución y reacción frente a los excesos del Estado Liberal, en verdad no cambiaban los presupuestos que precisamente se criticaba y bajo los que se asentaba el Estado Liberal, porque se continuaba con un capitalismo económico al que tan sólo se le añadía un totalitarismo político (Díaz, 1988).

Nos interesa detenernos para el objeto de la presente investigación en algunas de las características de este Estado totalitario, como son sus intentos de superación del individualismo liberal, a partir de las teorías organicistas de la sociedad, "*donde el hombre individual desaparece absorbido por el gran Todo que es el Estado o la Nación*" (Díaz, 1988:47) y el nacionalismo que produce la exaltación de la raza y de la comunidad nacional<sup>155</sup>. También es interesante que sea una forma de organización política que comparta los postulados de la filosofía irracional, y que por tanto, exalte

---

<sup>154</sup> Es por ejemplo el caso de la Italia de Mussolini (1922-1945), o la Alemania nazi (1933-1945).

<sup>155</sup> Cuando más adelante se analice la evolución histórica de la legislación española sobre maternidad y paternidad, se verá que las leyes sobre maternidad en la época franquista estaban inspiradas en la función maternal de las mujeres al servicio de la patria y por encima de sus decisiones individuales (las mujeres desaparecían así como individuos dotados de poder decisión y de autonomía reproductiva). Además la maternidad se presentaba, sobre todo al principio del régimen franquista, como un deber patriótico de las mujeres para la contribución a la raza española y el progreso de la nación.

los aspectos emocionales, instintivos, románticos del comportamiento humano (Díaz, 1988)<sup>156</sup>.

### **2.3. Estado Social de Derecho**

El paso del Estado Liberal del Derecho al Estado Social de Derecho es una realidad que comienza en Europa con la Constitución de Weimar (1919) y está fuertemente influenciada por la Gran Depresión económica (1929) que supone la primera gran crisis del sistema económico capitalista en el mundo occidental. El Estado Social nace como reacción a los excesos del liberalismo económico del Estado Liberal y de su concepción restringida de ciudadanía de la clase burguesa (Lucas Verdú, 1975; Díaz, 1988, De Lucas, 1997).

El intervencionismo estatal en cuestiones económicas, es una primera excepción del modelo de Estado liberal que, en su versión más pura, se entiende que sólo debe intervenir para garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y debe dejar actuar libremente a la economía de mercado (García Calvo, 1998). La utilización regulativa del derecho, para limitar o evitar los excesos de un sistema económico capitalista, supone una primera excepción de ese Estado Liberal no intervencionista, tras las primeras crisis económicas capitalistas de principios de siglo<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Una vez más durante el periodo franquista, la ideología sobre la mujer imperante en la época, hacía constantes invocaciones los sentimientos innatos en la mujer española de entrega, de sacrificio, de amor maternal, de instinto maternal con una clara vocación patriótica. Estas llamadas a los instintos y emociones naturales a las mujeres españolas, en clara conexión con su función maternal, no hacían más que reforzar el carácter natural, casi animal, del instinto maternal, acercando a las mujeres al estado de la naturaleza, y alejándolas de la posibilidad de concebirlas como sujetos racionales capaces de tomar decisiones autónomas sobre sí mismas, y aún menos, sobre su capacidad reproductiva.

<sup>157</sup> Después de esas prácticas regulativas del derecho se ha ido ampliando a otros campos diferentes del económico:

- Como resultado del desarrollo del Estado Social de Derecho, y la asunción de responsabilidad estatal sobre demandas sociales para garantizar unos mínimos de bienestar a los ciudadanos.
- O asumiendo funciones promocionales de determinados valores o intereses sociales.

El calificativo de social hace mención a su relación con la promoción de los derechos humanos sociales y económicos<sup>158</sup>, que superan la definición liberal de derechos humanos civiles y políticos, y a la función de tutela social que se otorga al Estado, más allá de la mera tutela de derechos humanos del Estado liberal<sup>159</sup>.

La característica, por lo tanto, esencial del Estado Social de Derecho es compatibilizar por un lado el sistema económico capitalista con la consecución de un nivel de bienestar general, de ahí la constitución del Estado de Bienestar como una de las dimensiones de ese Estado Social de Derecho (Díaz, 1988)<sup>160</sup>. Uno de los objetivos del análisis del rol del estado en las legislaciones sobre maternidad y paternidad en el marco actual del Estado social de Derecho en esta investigación, es precisamente ver si en la definición de ese bienestar general (bienestar general que podría equipararse al tradicional "bien común") están incluidas las necesidades y demandas de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho, o si cuando se establecen los niveles mínimos y deseables de bienestar a garantizar por parte del Estado se está tomando en consideración un modelo genérico y universal de ciudadano varón<sup>161</sup>.

El reconocimiento de los derechos sociales incluidos en los incipientes estados sociales de derecho de principios del siglo XX excluía una vez más los derechos sociales a las mujeres, al igual que los primeros estados liberales de derecho excluían

---

<sup>158</sup> Los derechos humanos sociales y económicos son los que encuentran su inspiración en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (1966), y están muy influidos por las críticas del pensamiento marxista y socialista. Fruto de esta influencia se reclamaba la existencia de unos derechos humanos tan importantes o más, que el elenco clásico de derechos humanos liberales y burgueses de la Revolución Francesa. Estos derechos humanos liberales y burgueses son los que habían tenido mayor huella en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

<sup>159</sup> Frente al principio de no injerencia del Estado y abstencionismo estatal característico del Estado Liberal de Derecho.

<sup>160</sup> En la presente tesis, entendemos que el Estado de Bienestar es una dimensión más del Estado Social de Derecho, al igual que Díaz (1988). Pero esta definición del Estado de Bienestar dentro del modelo de Estado Social de Derecho puede diferir en otros autores.

<sup>161</sup> Para responder este objetivo se analizará si por ejemplo las necesidades sobre cuidado infantil se consideran una responsabilidad colectiva y asumible estatalmente, imprescindible para garantizar un nivel mínimo de bienestar a la ciudadanía.

a las mujeres de los decálogos de derechos civiles y políticos<sup>162</sup> y vinculaban el acceso a esos derechos sociales a la incorporación a un mercado de trabajo organizado a la medida del trabajador varón.

El concepto de ciudadanía propio del Estado Social de Derecho intenta también superar la crítica a la exclusión de grandes grupos de la sociedad de la titularidad ciudadana liberal. Esta ampliada ciudadanía no sólo es sobre los potenciales titulares (ahora sí incluyendo a mujeres, obreros, menores, etc.) sino también se intenta ampliar su propia definición: ya no sólo se hace mención al ejercicio de los derechos civiles y políticos (esencialmente el sufragio activo y pasivo) sino también ahora comprende una dimensión social, y se incluye el disfrute de derechos y garantías sociales, económicas y culturales (Marshall, 1998)<sup>163</sup>.

La crítica feminista a la exclusión de las mujeres de la definición de ciudadanía del Estado Liberal no ha tenido igual repercusión en la configuración del Estado Social de Derecho<sup>164</sup>. Sí es cierto que en la ampliación de la ciudadanía política, y el paso del sufragio censitario al sufragio universal, las mujeres accedieron al derecho al voto, aunque como se ha visto, en algunos países hubo ciertos retrasos y resistencias a admitirlo aún estando consolidado el sistema democrático.

En la teoría política ese ciudadano genérico varón se presenta como desprovisto de género (“de-gendered” como explica Carver, 1998). La abstracción que se realiza para construir la figura del ciudadano en el espacio público lo convierte en un sujeto desprovisto de sexualidad, de reproducción. En consecuencia todo aquello que tiene que ver con la reproducción, con el trabajo doméstico, con los cuidados queda oculto en el espacio privado, como asunto de las mujeres (Walby, 1990; Carver, 1998), así como cualquier responsabilidad que ese ciudadano público pudiera tener sobre estas cuestiones (Bacchi, 1990).

---

<sup>162</sup> Prueba de ello es la tardanza en aprobar el voto femenino en países occidentales donde se contaba con una consolidada experiencia de Estados de derechos democráticos: el sufragio femenino no se aprobó hasta 1971 en Suiza, en 1948 en Bélgica y en 1944 en Francia.

<sup>163</sup> La ciudadanía del Estado Social de Derecho trata así de ser más justa. El hecho de que no se hayan alcanzado algunos de sus objetivos como el pleno empleo, el acceso a la educación o la cobertura universal de la sanidad o los servicios sociales, no deja de desmerecer el avance que supuso para los estados occidentales desde el modelo de Estado Liberal (Perez Luño, 2002:34-35).

<sup>164</sup> No es comparable la huella del pensamiento marxista a la de pensadores/as como Mary Wollstonecraft, John Stuart Mill o Harriet Taylor en la teoría política contemporánea.

Dentro de esta crítica es significativo que autoras como Bodelón (2010:23) reclamen que el Estado y sus leyes deberían construirse alrededor de un nuevo concepto de ciudadanía que rompiera con la estructura dual de público-privado, que incluyera la diversidad y pluralidad de los/las ciudadanos/as, y que incluyera el paso de la ciudadanía a la “ciudadanía”.

*“El concepto de “ciudadanía” se vincula con una ciudadanía en clave de género, que va más allá de incluir las mujeres en el marco de derechos existentes o añadir algunos derechos sexuados. Se trata de transformar las relaciones sociales entre mujeres y hombres y de redefinir el contenido de los derechos, posibilitando la participación real de las mujeres y haciendo presentes sus necesidades y deseos”.*

En la ampliación de los derechos humanos reconocidos por el Estado Liberal al Estado Social de Derecho, si que es verdad que las mujeres pasaron a formar parte de los individuos potencialmente titulares de estos derechos. Pero la crítica y las aportaciones feministas a la propia construcción de los derechos humanos y su sistema de organización y protección, no ha tenido tampoco incidencia en la configuración de los derechos legalmente protegidos en el Estado Social de Derecho. De ahí las dificultades de reconocer la existencia de derechos como los derechos sexuales y reproductivos, los derechos a una vida libre de violencia, o unos hipotéticos derechos al ciudadano<sup>165</sup>.

Aunque en estos Estados sociales de derecho las mujeres pueden acceder al núcleo de derechos civiles y políticos que el modelo anterior liberal les negaba, para ello se les exige asimilarse a los hombres (Sainsbury, 1996; Bodelón, 2007, 2010).

Se habla de derechos humanos de las mujeres y parece una obviedad (Butler, 2004: 63). Pero las mujeres han sido históricamente excluidas de lo humano, por lo tanto esta reclamación no es superflua. La consideración de lo que es humano tiene una variabilidad histórica y cultural, pero esto no justificaría que los derechos humanos tuvieran solo un contenido variable y relativo. Esta variabilidad necesita ser revisada

---

<sup>165</sup> Recordar en este sentido, las aportaciones de la jurisprudencia feminista y de autoras como Facio, (2001); Mackinnon (1989); Holtmaat (2010); Minow (1990); Fineman (1995); Olsen (1995) tal y como se ha visto en el capítulo primero.

permanentemente desde una reflexión crítica de qué se considera humano, y a quién/es se está incluyendo o excluyendo<sup>166</sup>.

En el caso de los derechos humanos, las normas no sólo limitan y controlan lo que somos (quiénes son seres humanos y cuáles son los seres humanos “normales” y modelo de abstracción), sino que construyen lo que somos (qué es ser humano), elevando a categoría de generalidad, lo que se elige como más numeroso. (Judith Butler, 2004: 80)

Aún así, varias autoras feministas han rechazado que las reclamaciones feministas utilicen como instrumento la demanda de derechos para las mujeres o de nuevos derechos<sup>167</sup>. Las razones del rechazo son diversas:

- Para algunas como Elisabeth Kingdom (1991) consideran que el derecho proviene de una concepción liberal e individualista del derecho, y que no permite la inclusión de demandas o necesidades colectivas.
- Para otras autoras, como Catherine Mackinnon (1987) o Carole Gilligan (1982), el derecho es una expresión únicamente masculina, construida a partir de la experiencia y demandas del modelo varón, y que por lo tanto, no puede reflejar las demandas y necesidades de las mujeres.

De ahí que sea relevante analizar cuál es **la teoría de la justicia** que debe perseguir, tutelar y respaldar un determinado Estado. La mayoría de las organizaciones estatales occidentales modernas se legitiman en un ideal de justicia basado en el paradigma distributivo.

---

<sup>166</sup> Las dificultades para reconocer que los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos, o incluso el desacuerdo en la propia definición de los derechos sexuales y reproductivos es prueba de ello. De hecho, las reservas que numerosos países han hecho a los intentos de incluir y definir los derechos sexuales y reproductivos en textos internacionales ha dificultado su reconocimiento universal como derechos humanos. Por ejemplo más de cuarenta países formularon reservas a la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995, precisamente en cuestiones relativas a los derechos reproductivos y la familia.

<sup>167</sup> Como se ha visto en el capítulo primero, la jurisprudencia feminista precisamente se ha ocupado en criticar el derecho como uno de los instrumentos al servicio de la sociedad patriarcal, pero mientras algunas autoras creen que el derecho no puede cambiar esta situación, otras en cambio, creen en el potencial transformador del derecho.

El paradigma distributivo define justicia social como el reparto adecuado de bienes y obligaciones sociales (entendidos de manera material y también no material como derechos, oportunidades y poder) entre los miembros de una sociedad.

Se ha llegado a una identificación tal del paradigma redistributivo y el ideal de justicia social de una sociedad que se piensa que son sinónimos: redistribución es igual a justicia social. Así es como se define el Estado Social de Derecho.

Uno de los principales autores que ha postulado una teoría de la justicia liberal, centrada en el paradigma distributivo es Rawls<sup>168</sup> (1979) y que goza de gran notoriedad. Rawls propone unos principios de justicia resultantes de un convenio entre individuos razonables, que se encuentran en una posición ideal originaria que garantiza su imparcialidad y objetividad. Esta situación originaria se caracteriza porque ese grupo de individuos razonables se halla bajo un “velo de ignorancia” que les impide saber sus posibles condicionamientos sociales, educativos, económicos, etc.

De la misma forma que el Estado Liberal de Derecho propugnaba la aplicación de las teorías de la justicia en el mundo público, y lo excluía del ámbito privado, para Rawls es necesario que en el foro público se debatan las cuestiones conforme al ideal de razón pública siempre y cuando impliquen consecuencias para los fundamentos constitucionales<sup>169</sup> y para las cuestiones de justicia básica<sup>170</sup>. Este ideal de razón pública exige presentar los debates cumpliendo unos requisitos de generalidad y abstracción que excluyen muchas cuestiones en los que éstos no parecen pertinentes (como por ejemplo situaciones de desigualdad en el reparto de responsabilidades sobre el cuidado en el seno de las familias).

Se ha criticado ampliamente el olvido que Rawls hace de la familia en su aplicación de la teoría de la justicia, dando por sentado que sólo eran aplicables sus principios en la esfera pública, y que la familia pertenecía a la esfera privada de las personas, en la

---

<sup>168</sup> Entre sus obras principales destacar (1979): *Teoría de la justicia*; (1993): *Political Liberalism* y (1999): *The Law of Peoples*. En esta última obra intenta revisar su teoría de la justicia original incorporando algunas críticas que su formulación primera había tenido, entre ellas, la exclusión de la familia en sus consideraciones de la justicia, o la ausencia de la perspectiva de género en su análisis de la situación original previa al contrato social.

<sup>169</sup> Fundamentos constitucionales se entienden como la estructura general del Estado, su procedimiento político y el elenco de derechos y libertades básicos que los ciudadanos han de respetar a través de sus decisiones legislativas.

<sup>170</sup> Por cuestiones de justicia básica se entiende aquí las cuestiones de justicia distributiva.

que por lo tanto el Estado no debía entrar (Okin, 1989, Young, 1990; Benhabib, 1992; Pateman, 1995).

Ha habido numerosas autoras que desde diferentes puntos de vista han criticado la teoría de la justicia liberal y la identificación de justicia social con el paradigma distributivo. Susan Okin (1986) por ejemplo, criticó la exclusión de la familia de la teoría de la justicia liberal sin abandonar los presupuestos básicos sobre los que se sustentaba: creía que era necesario tan sólo corregir algunos olvidos de esta teoría con respecto a la familia, pero seguía asumiendo que el modelo social y económico es justo, y que el sistema de igualdad de oportunidades es suficiente para alcanzar la igualdad social.

En este olvido de la familia para los fines de la teoría de la justicia se está excluyendo entonces la desigual posición de las mujeres y de los hombres en la vida familiar. Desigualdad que se ha justificado tradicionalmente por razones antropológicas, considerando el trabajo doméstico y de cuidado como tareas puramente naturales y por debajo del objetivo más importante de la humanidad de trascender la propia actividad natural, o mediante razones biológicas, identificando a las mujeres con la función procreativa y asignándolas una naturaleza emocional, animal que las incapacita para tomar decisiones públicas investidas de la racionalidad general y universalista necesaria (Turéganos, 2001:18).

Este confinamiento de la familia a la esfera privada y su exclusión de las exigencias de una teoría de la justicia liberal, justifican también la no interferencia del Estado en la esfera de la vida privada de las personas. Pero aquí se está confundiendo íntimo con privado, y la no interferencia estatal en lo íntimo está justificado (como precisamente protección de un derecho fundamental a la intimidad), pero no es así en el caso de lo privado:

*“Las acciones privadas que han de constituir el límite de la acción estatal son las acciones que no causan daños a terceros. Confundirlas con las acciones que se llevan a cabo en la intimidad conlleva el riesgo de que el Estado tolere graves actuaciones en el seno de la familia, tales como la violencia doméstica o la desigual distribución de cargas y responsabilidades”* (Turéganos, 2001:20)<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> En el capítulo cuarto sobre el análisis sociológico de la maternidad y la paternidad, se verá cómo algunas personas entrevistadas también confunden privado con íntimo, a la hora de rechazar una injerencia estatal en las decisiones relativas a la maternidad y la paternidad.



Las críticas feministas a la teoría política liberal exigían la intervención estatal en la esfera privada, y consideraban imprescindible una democratización de las relaciones familiares, entre ellas, el reparto igualitario de las tareas y responsabilidades familiares. Además apuntaban cómo la no interferencia del Estado en cuestiones relativas a la esfera privada es relativa, y como son numerosas las injerencias estatales en asuntos tradicionalmente privados, como las legislaciones sobre métodos anticonceptivos, el aborto, el matrimonio y el divorcio (Olsen, 1985; MacKinnon, 1989; Pateman, 1995).

Rawls en su última obra<sup>172</sup> recupera el rol de la familia en su teoría de la justicia, familia que tiene el deber primario de la producción y reproducción ordenada de la sociedad, pero al mismo tiempo considera que no es un deber de la filosofía política ocuparse de ello. Para Rawls el cuidado de las personas es una mera cuestión práctica que debe resolverse una vez establecidas las instituciones políticas de base de esa sociedad de acuerdo a las ideas de justicia que defiende. Las cuestiones sobre el cuidado serán objeto de una actividad legislativa posterior de esas instituciones políticas (La Barbera, 2007:9).

A pesar de la exclusión de la familia en su construcción de la teoría de la justicia, y del hecho que la familia es un ejemplo de desigualdad de género y puede convertirse en una estructura de opresión de determinados colectivos, como las mujeres, Rawls sigue viendo la familia como un espacio no-político, aunque reconozca a la familia la función de asegurar el desarrollo moral, y de inculcar los valores de equidad y justicia a los nuevos individuos.

Young (1990:21) se hace eco de las críticas feministas a las teorías de la justicia basadas en el paradigma distributivo que ponen su énfasis en que son teorías que suponen una sociedad de individuos, cuyas vidas familiares se presuponen igualitarias y no entran a analizar la distribución sexual del trabajo y la posición subordinada de la mujer (Okin 1986, Pateman, 1988).

*“Rawls deja claro que el sexo es una de las contingencias irrelevantes que no se toma en cuenta en la posición original. El autor afirma que las personas no se consideran en cuanto individuos, sino en cuanto cabezas de familia”* (Bodelón, 2006:202).

---

<sup>172</sup> (1999): *The Law of peoples. The idea of public reason revisited.*

Seyla Benhabib (1992) y Nancy Fraser (1996) critican la teoría de la justicia de Rawls, pero utilizando las aportaciones de la teoría crítica (Bodelón, 2006: 206). Benhabib por ejemplo, critica que las teorías morales dominantes en el mundo occidental, desde Hobbes hasta Rawls, se basaban en un universalismo, que en verdad era el reflejo de la experiencia de un grupo específicos de sujetos (varones, blancos y propietarios).

Sin embargo Benhabib, Fraser, y Young coinciden en su crítica a las teorías de la justicia clásicas liberales en el hecho de que utilicen un concepto de individuo y de familia que se corresponde con un modelo patriarcal, en el que las mujeres quedan excluidas o invisibilizadas (Bodelón, 2006:206).

Young cree que esta teoría de la justicia no tiene en cuenta los grupos oprimidos, y considera que las mujeres representan uno de esos grupos oprimidos. Esta autora propone una definición del colectivo de mujeres que permite seguir hablando de mujeres y sin tener que hablar de unas características homogéneas de las mujeres<sup>173</sup>.

Para Young la opresión es explotación, las mujeres trabajan para los hombres, la realización personal y laboral de los hombres se sustenta en el trabajo gratuito realizado en beneficio de los hombres. Las mujeres entregan a los hombres el trabajo de cuidados y trabajos sexuales, y esto constituye un proceso de transferencia sostenido del resultado de estos trabajos<sup>174</sup>. Pero también para Young la opresión es marginación, las personas marginadas son aquellas a las que el sistema de trabajo no quiere o puede ayudar y emplear. Las consecuencias materiales de un sistema social injusto pueden ser paliadas por un mecanismo redistributivo, pero con ello no se aborda de raíz las causas de su injusticia<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Young toma la identidad de género como una serie, utilizando el término “serie” de Sastre, por ejemplo, las personas esperando en una parada de autobús. Son personas diferentes con un punto de vista común, y ese punto de vista común funciona como un vínculo: la ruta del autobús.

<sup>174</sup> La redistribución, “los parches” no atajan la causa de la explotación. Ejemplos actuales de estos “parches” podrían interpretarse las actuales medidas de conciliación y flexibilización para las mujeres trabajadoras y madres.

<sup>175</sup> Ejemplo de estos intentos políticos de redistribución pueden ser los popularmente denominados “cheques bebé” que abordan las consecuencias del sistema pero no las raíces y pueden llegar a ser estigmatizantes (porque llegan a identificar la maternidad como un equivalente a un obstáculo laboral).

Nuestros modelos de Estado de bienestar tienden a reducir las desigualdades por clase social pero no las desigualdades producidas por la división sexual del trabajo. Todo lo contrario, son modelos de Estado de bienestar fundamentados en una familia, sin entrar ni siquiera a cuestionar las posibles situaciones de desigualdad y subordinación dentro de ellas (Picth, 2003:136)<sup>176</sup>.

El hecho de que no se exija un papel más activo del Estado en cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad, o que cuando se haga, sea a través de demandas débiles y poco creativas, tiene que ver con qué teoría de la justicia está detrás del modelo de Estado. Dependiendo de qué ideal de justicia está detrás de nuestro modelo de Estado, entendemos como legítimo una mayor o menor actuación estatal, y una mayor o menor intervención de sus leyes en cuestiones que “a priori”, parecen pertenecer a la esfera privada de las personas.

### **2.3.1. Rol del Estado y Estado de Bienestar**

En el caso del Estado Social de derecho, para entender cómo la maternidad supone un factor de desventaja social y económica para las mujeres es necesario ponerlo en relación con el modelo y estructura del Estado de Bienestar.

Gosta Esping-Andersen (1990:20) estableció una importante clasificación de modelos de Estado de Bienestar, y destacó tres grandes ejemplos:

- El modelo liberal, basado en una seguridad social articulada en torno al mercado, y donde son escasas las transferencias monetarias. Es un modelo donde el Estado intenta en la medida de lo posible no interferir en el devenir natural del mercado, y sus actuaciones son dirigidas a sectores de población muy pobres (ejemplo Reino Unido o Estados Unidos).
- El modelo conservador, donde los servicios y beneficios están facilitados por el Estado y donde no se interviene en la división de clases sociales existentes (ejemplo Francia, Austria, Alemania, Italia y Bélgica).
- El modelo socialdemocrático, donde el sistema se basa en un acceso universal y en un principio de igualdad para todos. El Estado asume una función redistribuidora de riqueza (ejemplo, los países escandinavos).

---

<sup>176</sup> Como se verá en el capítulo cuarto de análisis sociológico de la maternidad y la paternidad.

Pero precisamente las críticas que recibió esta clasificación originaria de los distintos modelos de Estado de Bienestar, deriva de la no consideración del papel de la mujer, y el rol que desempeña dentro de la familia y del Estado de Bienestar. En versiones posteriores de esta clasificación, el propio Gosta Esping-Andersen ha integrado estas críticas (1999). Así desdobra el modelo conservador en dos grupos, y aparece un modelo de Estado de Bienestar típico de los países del Sur de Europa (Italia, España y Portugal) en el que la familia tiene una importancia capital, y cuyas consecuencias son, entre otras muchas, un menor nivel de servicios y un menor empleo femenino.

Las autoras que han analizado el Estado de Bienestar español desde una perspectiva de género, por ejemplo González, Jurado y Naldini (2000) destacan cómo este modelo de Bienestar del Sur construye un orden específico de género a través del cual se construyen las relaciones entre mujeres y hombres, es decir, las asunciones culturales y legales sobre las reglas, los derechos y las obligaciones atribuidas a hombres y mujeres por separado.

El Estado de Bienestar español descansa sobre el modelo del varón sustentador del hogar (*male bread-winner model*), que adjudica al hombre la función de “varón sustentador” y a la mujer la función de cuidadora y reproductora. Y esto a pesar de la aparición de nuevas dinámicas sociales y económicas, que ponen en cuestionamiento algunos de los pilares en los que se apoya este modelo (cambios en las formas tradicionales de organización del trabajo, nuevas formas familiares diferentes a la familia nuclear clásica, masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, descenso de la natalidad, etc.)

Es este modelo de Estado de Bienestar desde el que debe interpretarse y analizarse la protección social dispensada a la maternidad y a la paternidad, y su tratamiento jurídico-político. Y también desde este modelo, debe entenderse hasta dónde el Estado se responsabiliza de las demandas de los ciudadanos y ciudadanas sobre las consecuencias “públicas” y “colectivas” de la maternidad y la paternidad.

Una de las autoras que mejor analiza las deficiencias de estas clasificaciones clásicas es Mary Daly (2000) quien afirma que la clasificación de los modelos de Estados de bienestar de Esping-Andersen se realizan utilizando la relación Estado y mercado, excluyendo la familia. Prueba de ello es cómo utiliza el concepto de desmercantilización (“de-commodification”), que tradicionalmente se entiende por el

proceso que permite a los ciudadanos de disfrutar unos derechos desvinculándose del mercado<sup>177</sup>.

Pero Daly critica que el concepto de desmercantilización se basa en la experiencia de los hombres, que se pasan la mayor parte de sus vidas dentro del mercado de trabajo formal, y cuando están fuera, el Estado les paga subsidios. Pero las mujeres muchas veces están toda su vida o gran parte de ella fuera del mercado de trabajo formal. Además cuando reciben subsidios estatales son de diferente naturaleza que los hombres (por ejemplo son en mayor medida receptoras de subsidios no contributivos, o ayudas sociales menores en cantidad y de pago puntual).

Precisamente como ya se ha señalado, una de las críticas al modelo original de clasificación de Estados de Bienestar de Esping-Anderson era que no reflejaba suficientemente el papel desarrollado por las familias en la provisión de cuidados y protección social en el Estado de Bienestar, y como revisión de esta carencia, el propio Esping-Anderson incluye posteriormente (1999) el modelo de Estado de Bienestar del sur de Europa, que con muchas diferencias, tiene el denominador común de presentar una singular relación familia-Estado de Bienestar. Esta singular relación está caracterizada por una presencia del familismo y el familiarismo, siendo conceptos diferentes pero aquí interrelacionados y simultáneos: el familismo alude un tipo característico de estructura y comportamiento familiar que los individuos adquieren durante su proceso de socialización y que se transmite generacionalmente, y da como resultado un papel relevante de la familia como dispensador de cuidados. El familiarismo, es la atribución explícita o implícita a las familias de las responsabilidades del cuidado y del bienestar por parte de la sociedad y del Estado (Parella, 2000; Añón y Miravet, 2005b)

Como apunta Bodelón (2006:215): *“la familia es uno de los mecanismos que más cuidado y bienestar proveen a los ciudadanos, incluso en los estados clasificados como socialdemócratas”*. Teniendo en cuenta las deficiencias que se han apuntado a la clasificación clásica de modelos de Estados de bienestar, se han formulado clasificaciones alternativas como la que realiza Lewis (1992) a partir de las políticas sociales que mantienen. Casi todos los Estados de bienestar tienden a tratar a las mujeres en medida que son madres, y no como ciudadanos. Lewis de esta forma establece la siguiente clasificación:

---

<sup>177</sup> Se interpreta un mayor nivel de bienestar en los regímenes de bienestar que tengan una mayor desmercantilización.

- Países donde el sostén económico de la familia es fuertemente masculino (Reino Unido o Irlanda). En estos países existe una fuerte diferencia entre ámbito público y ámbito privado, y las políticas sociales que benefician a las mujeres lo hacen por su condición de mujeres casadas y sujetos dependientes.
- Países donde el mantenimiento económico familiar es moderadamente masculino (Francia). En estos países las políticas sociales apoyan la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, pero también existe una importante política pública de apoyo a la familia.
- Países donde el modelo de supervivencia económica de las familias es débilmente masculino (Suecia y Dinamarca). En este caso las políticas sociales fomentan el modelo de doble ingreso familiar y se trata de considerar a las madres como trabajadoras, y compensarlas económicamente por el trabajo maternal no pagado.

Aunque las sociedades mediterráneas, como el caso del Estado de Bienestar español, ya no están formadas por familias extensas, y los modelos familiares están sufriendo fuertes procesos de transformación, todavía la organización de los cuidados y la protección social descansa en una familia nuclear convencional, y se confina en la red de solidaridad familiar que conecta familiares directos y sobre todo diferentes generaciones de la misma familia<sup>178</sup>.

*“Las familias actuales, aunque estén cambiando su sistema de relaciones y obligaciones y cualquiera que sean sus formas y dinámicas, se mantienen como primer marco de relación social donde tiene lugar la reproducción, el acogimiento y el cuidado de la vida humana” (Brullet y Roca, 2008:23).*

---

<sup>178</sup> Sirve como ejemplo, el importante papel que desempeñan los abuelos, especialmente las abuelas, en la provisión de los cuidados de niños/as pequeños hasta los tres años, donde en España se garantiza la escolarización pública y universal. La Ley de Educación de 1990 (LOGSE) comenzó la etapa de expansión de la escolarización de niños/as de 3 años, como responsabilidad del Ministerio de Educación y Ciencia. Esta ley no obligaba a su escolarización, pero asegura una plaza pública si la familia lo demanda. Cuando entra en vigor el porcentaje de niños/as no llega al 29% en España, mientras que en la actualidad es prácticamente el 100% (Brullet y Roca, 2008:28).

Esta estructura social familista, presupone que la provisión de cuidados será asegurada en la esfera privada de las familias, y estas presunciones familistas refuerzan la división sexual del trabajo y la subordinación de las mujeres en el seno familiar. Además las pocas políticas sociales sobre la familia o los cuidados, no hacen más que reforzar esta posición abusando de las solidaridades familiares y consiguiendo efectos no deseados en la igualdad de los miembros de la unidad familiar.

*“A través de los procesos de familiarización, la política y el derecho operan como instrumentos que, por acción u omisión, inciden en la estructura social y reproducen, perpetúan y aun construyen determinadas desigualdades sociales, muy en particular las desigualdades de género”* (Añón y Miravet, 2005b:106).

El profundo familiarismo del modelo de Estado de bienestar español se explica en parte por la influencia histórica de la doctrina católica en nuestro país, por el arraigo del principio de abstencionismo estatal, o por haber heredado unas estructuras de protección social fuertemente apoyadas en la división sexual del trabajo de una familia nuclear tradicional.

El grado de familiarismo de un Estado, es decir, la medida en la que se espera en la organización social que la familia sea la responsable de la protección social y del bienestar de los individuos, puede medirse, y por tanto, objetivarse, a través de indicadores (Añón y Miravet, 2005b) como el gasto público que se invierte en estos tipos de protección social<sup>179</sup>. También a través de indicadores fiscales<sup>180</sup> o indicadores laborales<sup>181</sup>.

Pero actualmente el modelo de Estado de Bienestar está en crisis, y esta crisis se debe más a razones políticas y económicas de corte neoliberal, que al posible impacto que la crítica feminista haya podido tener en la teoría política moderna.

---

<sup>179</sup> Como por ejemplo el porcentaje de gasto público en maternidad y paternidad, el porcentaje de Producto Interior Bruto (PIB) en gasto sanitario; prestaciones por hijo/a; porcentaje de menores de 3 años en servicios públicos de cuidado infantil; porcentaje de mayores de 65 años con ayuda domiciliaria externa)

<sup>180</sup> Por ejemplo a través de los tipos de desgravaciones existentes.

<sup>181</sup> Por ejemplo a través del número de bajas de maternidad y paternidad, medidas de conciliación aplicadas, etc.

Para Fraser (1997: 42-43) una de las principales causas de la crisis del Estado de bienestar es que desaparecieron o cambiaron las circunstancias sociales y económicas y culturales que sostenían un modelo económico y laboral basado en el salario familiar (“family wage”). Esto ha llevado a la necesidad de reformular el Estado de bienestar postindustrial.

En cambio, la visión conservadora neoliberal<sup>182</sup> insiste en reformar el Estado de bienestar postindustrial reforzando la organización socio-económica del varón cabeza de familia y sustentador económico y la mujer ama de casa y cuidadora. También esta visión neoliberal aboga porque los grupos de la población que se benefician de las ayudas sociales (por ejemplo las madres solteras)<sup>183</sup> trabajen frente a esta crisis. Las feministas (entre ellas Fraser) han propuesto dos modelos de reestructuración del Estado de Bienestar:

- El modelo universal de “ganapán”<sup>184</sup>: el acceso igualitario al trabajo como llave de acceso a los beneficios del Estado de bienestar.
- El modelo de paridad en el cuidado<sup>185</sup>: se intenta alcanzar la igualdad teniendo igualdad en el cuidado, y el Estado proporciona cuidados o ayuda en los cuidados.

Fraser (1997: 44 y ss.) subraya que el concepto de igualdad de género que se persiga en el nuevo modelo de Estado de bienestar postindustrial es importante<sup>186</sup>. La evolución del pensamiento feminista inicialmente entendía la igualdad como un objetivo político de equiparación al hombre, la meta de ser iguales a los hombres, en

---

<sup>182</sup> Por ejemplo dominante en Estados Unidos durante el mandato de Bush jr. (2001-2009).

<sup>183</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, se ha analizado la culpabilización de las madres solas beneficiarias de prestaciones sociales, de la situación de pobreza y exclusión social propia y de su descendencia. Se han denunciado las posiciones políticas que abogan por la supresión de las prestaciones del Estado de bienestar que ayuda a estas mujeres, bajo los argumentos de evitar los efectos secundarios perniciosos que provocan y porque contribuyen a perpetuar así las situaciones de exclusión social. Ver como ejemplo de estos análisis, Fineman and Karpin, 1995.

<sup>184</sup> Traducción de la propia autora de “*The universal breadwinner model*”.

<sup>185</sup> Traducción de la propia autora de “*The caregiver parity model*”.

<sup>186</sup> Basta recuperar el repaso histórico de la igualdad del capítulo primero y subrayar el papel esperado del Estado en la evolución desde la igualdad formal a la igualdad sustancial.



derechos y deberes, y en reconocimiento legal y social, una definición de igualdad propia del feminismo liberal. Más adelante se ha entendido también la igualdad, como una igualdad en la diferencia, las mujeres como mitad de la humanidad, en sí misma ya diversas, iguales pero no asimiladas.

Cuando las reivindicaciones feministas se trasladan al ámbito de la política y de cuál debería ser la actuación estatal al respecto, qué se entiende pues por igualdad como meta política es sumamente importante. Fruto de esta evolución del movimiento feminista como movimiento social que reivindicaba que la política recogiera sus demandas, un sector del pensamiento feminista exigía que la actuación estatal, y por tanto el derecho, tuviera como objetivo asegurar la igualdad de hombres y mujeres, una igualdad de oportunidades. En cambio el feminismo de la diferencia reclamaba un reconocimiento estatal, y por tanto una actuación jurídica diferente, que protegiera en igualdad a hombres y mujeres, reconociendo su diferencia y especialidad<sup>187</sup>. Pero la definición de la igualdad de género ha llegado a un punto muerto con el debate feminista igualdad versus diferencia.

Esta autora<sup>188</sup> considera que es necesario utilizar un concepto más complejo de igualdad de género, y propone que debería estar formado por los siguientes principios:

- El principio antipobreza
- El principio antiexplotación
- El principio de igualdad de ingresos
- El principio de igualdad en el ocio y tiempo libre
- El principio de igualdad de respeto
- El principio de antimarginación
- El principio de anti-androcentrismo

---

<sup>187</sup> La opción por una definición u otra de igualdad de género tiene consecuencias políticas y jurídicas claras: la apuesta política por una igualdad de género según el feminismo de la igualdad se traduce generalmente en políticas públicas de igualdad de oportunidades y acciones positivas para corregir desigualdades históricas. En cambio el compromiso político por una igualdad de género según el feminismo de la diferencia se traduce en políticas de transversalidad de género, o de interseccionalidad. Muchas autoras han analizado las implicaciones de este debate en el ámbito de la política, el derecho y las demandas al Estado: Folguera, 1988; Voguel, 1998; Bodelón, 1999; Nash, 2004; Amorós y de Miguel, 2005; Bustelo y Lombardo, 2007 entre otras.

<sup>188</sup> En este sentido, también autoras como Mackinnon (1989), Young (1990) o Holtmaat (2010) hablan de opresión y subordinación de las mujeres, y no de discriminación o desigualdad simplemente.

El derecho no ha actuado sobre este diagnóstico previo de subordinación de las mujeres como un obstáculo para hablar de verdadera igualdad, sino que tan sólo, y con muchas dificultades ha actuado para paliar situaciones de discriminación directa e indirecta (Barrère, 2001; Rubio, 2003; Mestre, 2002).

*“El concepto de discriminación utilizado en los textos legales y jurisprudenciales tiene a interpretar la discriminación como un conflicto entre individuos concretos y convierte el problema en cuestión intersubjetiva, sin valorar que la discriminación es un proceso que concierne a clases de sujetos, que se ejerce sobre una persona por su pertenencia o adscripción y que es justamente en esa pertenencia donde reside el origen de la discriminación social”* (Añón y Miravet, 2005b:109).

Esta traducción jurídica de la subordinación a la discriminación, y la actuación legal limitada a conflictos individuales, ha permitido continuar con un sistema jurídico y político herederos del contrato social basados en los principios de libertad e igualdad, sin que en ningún momento haya sido necesario modificar la situación de subordinación de mujeres y menores en el espacio privado (Rubio, 2003).

Para Fraser (1997: 60) El sistema del “universal breadwinner” intenta convertir a las mujeres en algo similar a como son los hombres hoy en día; el sistema de “caregiver parity” intenta minimizar los costes de la diferencia femenina. Pero ambos modelos no satisfacen plenamente el concepto de igualdad de género complejo que Fraser está proponiendo.

Esta autora considera la posibilidad de introducir un tercer sistema en el que se intente convertir a los hombres en algo más parecido a lo que son las mujeres hoy en día, que son quienes realizan la mayor parte de los trabajos de cuidado<sup>189</sup>.

En conclusión, puede afirmarse, que también las propuestas para salvar la crisis del Estado de Bienestar o sus evoluciones posteriores son un elemento clave en la configuración del concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad. La colectivización o asunción pública de las consecuencias de la reproducción humana,

---

<sup>189</sup> Se corresponde esto con los tímidos intentos de corresponsabilidad perseguidos en algunas políticas públicas y leyes, como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o leyes autonómicas.

depende del tipo de Estado de Bienestar que se demanda y el modelo de ciudadanía a él asociada.

### **2.3.2. El derecho regulativo en el Estado Social de Derecho**

El derecho regulativo (Teubner, 1986; Calvo García, 1998) nace como una nueva función del derecho que interviene para compensar los excesos económicos del sistema capitalista regulado únicamente por las libres leyes de la oferta y la demanda, crisis que comienza tras la gran depresión económica de 1929. Como se ha visto hasta ahora, el derecho se convierte en un instrumento pues al servicio de los objetivos distributivos del Estado Social de derecho. Pero en la evolución de este Estado, y sobre todo en el desarrollo del Estado de Bienestar como una de las dimensiones posibles del Estado Social de derecho, esta utilización del derecho va más allá de una mera intervención económica. A lo largo del siglo XX su finalidad de regulación económica da paso a procesos de regulación social, y aparece por tanto todo un derecho regulativo que va aparejado al nacimiento y desarrollo de ese Estado de bienestar.

*“Es una forma determinada de intervención estatal encaminada a garantizar unos mínimos asistenciales y redistributivos y a la realización de ciertos valores y objetivos sociales básicos”* (Calvo García, 1998:102).

Las demandas sociales provocan que el Estado cada vez más asuma funciones asistenciales para garantizar unos mínimos de bienestar de sus ciudadanos/as, y para ello, necesita desviar e invertir determinados recursos económicos para compensar las desigualdades que el sistema económico y social producía.

También cada vez es más frecuente la utilización del derecho para la promoción de valores e intereses sociales, las llamadas funciones promocionales del derecho (Bobbio, 1980, Calvo García, 1998), donde se busca fomentar, proteger y reforzar ciertos valores e intereses sociales mediante el establecimiento de obligaciones para los poderes públicos. El derecho deja así de tener como fin únicamente incidir en los comportamientos de los individuos de la sociedad, de acuerdo a una lógica formalista más tradicional, y lo que intenta es incidir en las estructuras de la sociedad a través del funcionamiento de las propias instituciones públicas o semi-públicas.

Pero estas nuevas funciones otorgadas al derecho implican siempre grandes dosis teleológicas y politización, y el alejamiento a las características tradicionales de la neutralidad, la generalidad y la abstracción.

*“El derecho regulativo del estado intervencionista realiza sus fines protectores legalizando las relaciones sociales. La juridificación de los comportamientos de relevancia social o económica para la protección de la seguridad y el bienestar de los individuos y de los grupos busca anticiparse a los riesgos que pudieran generar esas conductas dejadas a la autorregulación o la regulación de instrumentos espontáneos o pseudoespontáneos como el mercado, la naturaleza, los lazos afectivos, la comunidad, etc.”* (Calvo García, 1998).

Ya desde hace unas décadas se critican con diversos argumentos estas nuevas finalidades del derecho regulativo. Desde posiciones neoliberales o claramente conservadoras por ejemplo, que defienden una intervención mínima del Estado, y que consideran el Estado un problema en sí mismo, el derecho regulativo aparece así como una muestra de los excesos estatales que quieren precisamente evitar y combatir. Entienden que esta injerencia estatal supone una posible vulneración a los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. También desde otros posicionamientos políticos, más cercanos a una socialdemocracia de estilo anglosajón, el derecho regulativo suscita las críticas sobre la hipeinflación normativa y el control social que este aumento de la producción legal puede producir<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Estos son los argumentos que a veces se esgrimen contra las leyes y políticas públicas sobre igualdad de género, familia, conciliación, corresponsabilidad o cuidados. Se critica que estas leyes y políticas públicas están interfiriendo en la esfera de la libertad de los individuos, de su libertad religiosa, de su intimidad personal y familiar (por ejemplo las críticas a la asignatura sobre educación de la ciudadanía que incluyendo cuestiones sobre igualdad de género atentaban con el derecho de los progenitores a educar a sus hijos/as en la opción religiosa que quisieran). También se cree a veces que estas políticas constituyen cortapisas demasiado rígidas a la libre actuación de la oferta y la demanda de un libre comercio, y que ponen en jaque el crecimiento económico y el progreso empresarial (por ejemplo las críticas recibidas por los intentos de las leyes de igualdad de imponer determinadas actuaciones al sector empresarial y económico para respetar la igualdad de género en el mercado laboral).

### 2.3.3. Las políticas sociales en el Estado Social de Derecho

Las políticas sociales son formas de intervención pública en la vida social para resolver determinados problemas o demandas sociales (García Indra y Susín Betrán, 1998).

El origen de las políticas sociales también está en el nacimiento del Estado moderno, y el tránsito de la beneficencia social de origen religioso, a una asistencia social laica. Estas políticas sociales durante el siglo XIX tuvieron una fuerte influencia de las ideas liberales utilitaristas e individualistas, y aparecieron asociadas a conceptos como el orden social, el interés general. Para el marxismo las políticas sociales no son más que formas de producción social ampliadas, y para las posiciones socialdemócratas más presentes en nuestros modelos de Estados de bienestar actuales, las políticas sociales buscan garantizar unos determinados niveles de bienestar y de derechos sociales que los ciudadanos/as tienen por el mero hecho de serlo.

En esta investigación se ha partido de que no son equivalentes el Estado Social y el Estado de Bienestar, porque aunque el Estado Social siempre incluye las funciones de redistribución y asistencia, no por ello aspira a lograr un Estado de Bienestar, en el que se asegure un mínimo de bienestar social e individual a toda la ciudadanía (Calvo García, 1994, García Indra y Susín Betrán, 1998)<sup>191</sup>.

Dentro del Estado Social de Derecho, y al servicio del Estado de Bienestar, las políticas sociales provocan que en parte se desdibuje las fronteras entre lo político y lo jurídico<sup>192</sup>, ya que unas veces utilizan la forma de políticas públicas, y otras veces de normas jurídicas.

*“El derecho de las políticas sociales es un derecho cuya eficacia (en términos de cumplimiento de la legalidad) se mide fundamentalmente como efectividad (en cuanto*

---

<sup>191</sup> De hecho puede que desde hace un tiempo y todavía ahora se hable de crisis del Estado de Bienestar, pero en cambio no se duda de la pertinencia del Estado social de derecho, Estado que regula cada vez más diferentes aspectos de la vida de las personas.

<sup>192</sup> El derecho regulativo es un ejemplo de este solapamiento de lo jurídico y político en el Estado Social de Derecho.

*al logor de los objetivos que se propone esa política social).*” (García Indra y Susín Betrán, 1998: 150).

Las políticas sociales son de especial interés para las mujeres, dado la pervivencia y aceptación no muy cuestionada de la división sexual del trabajo, donde las mujeres realizan la mayor parte del trabajo no remunerado de los cuidados (Lewis, 1998). Pero las actuaciones estatales al respecto son interpretadas como ayudas a las mujeres para desempeñar lo que al fin y al cabo se presupone su obligación (Daly, 2000; Lewis, 1998; Delphy, 2003).

Las políticas sociales tienen como una de sus dimensiones de actuación, regular el cuidado social o los cuidados. Pero incluso es difícil llegar a una definición que cuente con aceptación unánime de estos cuidados, pues según entendamos una cosa u otra, variará también la responsabilidad estatal sobre estos cuidados, y el ámbito de actuación de las políticas sociales que contienen objetivos de cuidado social. A los efectos de la presente investigación, tomaremos la definición de Lewis (1998:6) que define los cuidados como:

*“Las actividades necesarias para satisfacer las necesidades físicas y afectivas de los adultos dependientes y de los niños/as, y las estructuras sociales, normativas y de distribución de costes en los que este trabajo se reparte y se lleva a cabo”<sup>193</sup>.*

A pesar del adjetivo de “social” de este tipo de Estado, la propia interpretación de cuáles eran esas funciones sociales otorgadas al Estado también puede tener una lectura crítica desde una perspectiva de género. Hay cierta unanimidad en que era imprescindible que el Estado de Bienestar que el Estado Social de Derecho establecía garantizara un mínimo de bienestar a sus ciudadanos entre los que se incluyera un acceso universal a la sanidad pública y a la educación<sup>194</sup>. Pero entre los objetivos de

---

<sup>193</sup> Traducción de la propia autora: *“Social care as the activities involved in meeting the physical and emotional requirements of dependent adults and children, and the normative, cost and social frameworks within which this work is assigned and carried out”*.

<sup>194</sup> La Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 43, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los ciudadanos. Es un principio rector económico y social y no un derecho fundamental, pero se trata de un derecho de acceso universal en virtud de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que en su artículo 3 amplía el acceso a la sanidad pública española a los ciudadanos españoles, extranjeros empadronados y ciudadanos comunitarios. El derecho a la educación es un derecho fundamental recogido en el artículo 27 de la Constitución española, y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación garantiza en su artículo 4 la enseñanza básica a todas las personas. Aun así el

tutela estatal en el campo de los cuidados, no hay unanimidad hasta qué punto es una responsabilidad estatal garantizar un mínimo nivel de cuidados de la ciudadanía.

La mayoría de análisis de las políticas de cuidado estatales dentro de los regímenes de bienestar<sup>195</sup> obvian o asumen silenciosamente la división de los trabajos de cuidado entre el estado y las familias. El desempeño de las tareas de cuidado de forma gratuita y desinteresada en el ámbito familiar no se convierte en objeto de análisis político porque pertenece a la esfera privada de las personas<sup>196</sup> (Lewis, 1998). Las tareas de cuidado asumidas por el Estado, como servicios que facilita a sus ciudadanos/as en determinados momentos de su vida, están ideados asumiendo una composición social homogénea e invariable, de unidades familiares con una cabeza de familia proveedor que participa a tiempo completo en el mercado de trabajo, y una mujer esposa que desempeña todos aquellos cuidados que se necesitan y donde el Estado no entra<sup>197</sup>.

Dentro de las políticas sociales del Estado Social de derecho, merece especial atención las políticas familiares, sobre todo, por la importancia que como se ha visto tiene la familia en el Estado de bienestar mediterráneo, por ser la institución proveedora de cuidados, y por la posición de las mujeres y de sus responsabilidades maternas dentro de ella.

---

carácter fundamental del derecho social a la sanidad ha sido objeto de gran interés en el pensamiento iusfilosófico español, ver por ejemplo (De Lora, 2004; Martínez de Pisón, 2006).

<sup>195</sup> Más adelante, en capítulos posteriores de la presente investigación, se analizarán en detalle estas cuestiones, por ejemplo en el capítulo tercero sobre el tratamiento jurídico de la maternidad y la paternidad.

<sup>196</sup> Por ejemplo, las responsabilidades de los cuidados de los recién nacidos hasta alcanzar la edad de escolaridad es una responsabilidad de las familias, que afecta principalmente a las decisiones laborales y personas de las mujeres de esas familias. Las demandas de servicios de cuidado infantil públicos o de políticas de conciliación son así percibidas como “necesidades” y “problemas” de las mujeres que tienen la obligación de cuidar a sus hijos/as.

<sup>197</sup> Por ejemplo, las prestaciones por jubilación que permiten unos ingresos económicos a aquella persona que ya es mayor y no puede trabajar, pero que previamente ha participado casi toda su posible vida laboral en el mercado de trabajo formal para cotizar suficientemente y convertirse en potencial beneficiario de la pensión de jubilación.

### 2.3.4. Las políticas familiares

La familia se ha considerado tradicionalmente la institución social básica de convivencia humana determinada por lazos de afinidad (vínculos reconocidos socialmente como el matrimonio) y de consanguineidad (vínculos biológicos entre las personas, como de padres a hijos/as)<sup>198</sup>.

La sociedad española ha sufrido importantes cambios en los últimos años, muchos cambios de una manera intensa, porque se han dado en un periodo “corto” de tiempo, comparado con otros países. Es una sociedad más secularizada, más progresista en temas sociales (separaciones, divorcios, aborto, parejas de hecho, matrimonios homosexuales, relaciones sexuales, etc.) (Alberdi y Escario, 2007:17-20).

La familia sigue siendo una de las instituciones más importantes para los españoles/as, tal y como muestran las encuestas sociológicas estatales<sup>199</sup> y sus cambios en las últimas décadas son una muestra de las transformaciones de la sociedad española en general.

Aun así, hay algunos aspectos de la familia que están muy anclados en el pasado más inmediato, como es el valor que se le concede a la familia y los lazos de lealtad entre sus miembros.

Las familias españolas son ahora más largas y estrechas (Alberdi y Escario, 2007:23). Ha descendido el número de familias numerosas (de tres hijos/as o más), aumenta el número de personas mayores que viven solos/as de manera autónoma, y el modelo de familia biparental sigue siendo el más numeroso, pero incluye una diversidad de formas muy superior al matrimonio heterosexual con dos hijos/as pequeños. Las familias monoparentales, ya sea por opción del progenitor, por viudedad, separación o divorcio han aumentado espectacularmente. También las familias formadas por una

---

<sup>198</sup> Esta podría ser una definición de familia de acuerdo a las teorías funcionalistas de las ciencias sociales (por ejemplo Fromm; Horkheimer and Parsons, 1972). Más adelante se ha defendido una definición de familia democrática (por ejemplo Flaquer, 1998; 1999), aunque de forma paralela a las críticas feministas a las desigualdades de género de la familia moderna (ver por ejemplo Izquierdo, 1998).

<sup>199</sup> Fuente: Barómetro Enero 2008, Centro de Investigaciones Sociológicas, CIS.



pareja sin hijos/as, así como las familias reconstituidas, cónyuges con experiencias matrimoniales anteriores que aportan al nuevo matrimonio hijo/as de relaciones anteriores, además de los hijos biológicos que pudieran tener con el nuevo cónyuge<sup>200</sup>.

A pesar de todas estas transformaciones, las familias españolas tienen unos niveles muy altos de “interrelación, solidaridad e interdependencia” (Alberdi y Escario, 2007:30).

Los dos ejemplos más claros de esta intensidad de relaciones familiares son realidades como que el cuidado de los mayores es una responsabilidad todavía mayoritaria de las familias y el hecho que el mantenimiento económico de los jóvenes en periodos de formación y post formación es de los más altos de Europa.

Pero esta importancia social concedida a la familia, no tiene consecuencias iguales para sus integrantes. La familia que se considera la célula básica de nuestro Estado de Bienestar, es a su vez, el principal obstáculo para que las mujeres accedan a la ciudadanía. Todavía hoy se sigue hablando de un discurso democrático sólo construido en la esfera pública, y hasta el día de hoy, no entra en la esfera privada, en la familia.

De todos los cambios sufridos en los últimos años en la institución familiar, hay que destacar que la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo formal, ha cambiado también parte de la estructura familiar, que antes se estructuraba generalmente a través de la división sexual del trabajo, el hombre cabeza de familia y principal sustentador del hogar a través de su trabajo en el mercado de trabajo (el breadwinner o ganapan) y la mujer como principal responsable de los cuidados y del trabajo doméstico (Carrasco et al. 2003: 14).

La generalizada incorporación de la mujer al mercado de trabajo, no ha supuesto ningún cambio en la dedicación de los hombres al trabajo fuera del hogar y su nula, o escasa implicación en el trabajo doméstico y de cuidados. Las mujeres en cambio si

---

<sup>200</sup> Tal y como muestran Flaquer, Almeda y Navarro (2006:54-55), los hogares unipersonales representaban en el 2001 el 20 % de todos los hogares españoles, aunque del total de la población sólo el 7% de la población española vive en este tipo de hogares. Los hogares formados por pareja e hijos/as son el 43% de todos los hogares españoles, pero el 60 % de los españoles/as viven en este tipo de hogares. Finalmente los hogares monoparentales constituyen el 9,9 % del total de hogares en España, y el 9,5 % de los españoles/as viven en este modelo de hogar.

que han pasado a desempeñar la doble jornada, la remunerada fuera del hogar, y la que ya llevaban a cabo dentro del hogar como principales suministradoras de los cuidados y las tareas domésticas. Pero la configuración del mercado de trabajo, la estructura del Estado y sus principales leyes, siguen actuando bajo la estructura tradicional del hombre ganapán y la mujer cuidadora.

En España no existe una política familiar explícita, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos (Picontó, 1998). A pesar de la importancia que sigue teniendo la familia como institución social básica en la sociedad española, hablar de política familiar o política de apoyo a la familia sigue teniendo connotaciones políticas conservadoras y negativas, asociadas al periodo político franquista, donde se llegó a la equivalencia entre política familiar y la política natalista. Pero, en cambio, el sistema de protección social español tiene en cuenta la realidad familiar, y descansa muchas veces en la familia como principal proveedor o gestora de la protección social.

El dividendo patriarcal, entendido como los privilegios derivados de dirigir y tener una posición de superioridad de los varones, aunque recientemente se convierta en objeto de leyes y políticas públicas, todavía es demasiado atractivo como para que los hombres renuncien a él voluntaria y desinteresadamente (Giménez Merino, 2007)<sup>201</sup>.

Las políticas familiares, o las políticas sociales que afectan a las familias (casi todas las políticas sociales afectan a la familia) pueden tener un acento familiarizador o desfamiliarizador, porque no toda política familiarizadora favorecer precisamente a la familia. Por ejemplo, en los países del norte de Europa donde más se han aplicado las políticas sociales “desfamiliarizadoras”, son sin embargo, donde hay mayores tasas de actividad femenina y a la vez, mayores tasas de fecundidad, mientras que en los países del sur de Europa, de larga tradición familista, se observan sin embargo las tasas de fecundidad más bajas del mundo. Las políticas familiares deberían por tanto entenderse en un sentido amplio, como todas las políticas que promuevan la desmercantilización (la independencia del mercado de trabajo), no sólo de la unidad familiar, sino de cada uno de los miembros de esta unidad familiar (Añón y Miravet, 2005b:112-113)<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Esto en parte explica que a pesar de que el discurso oficial sobre igualdad de sexos sería políticamente inaceptable cuestionarlo, todavía existen numerosas dificultades para la implementación de verdaderas políticas de corresponsabilidad.

<sup>202</sup> Algunos autores defienden la renta básica como una política social, que tendría así las características de política familiar en sentido amplio, y a la vez política que contribuiría a una

### 2.3.5. Interés general en el Estado Social de Derecho

En las reflexiones políticas y jurídicas sobre las leyes y políticas sociales que impactan en la vida de las mujeres (leyes o políticas de igualdad de género, de promoción del empleo, de protección social, políticas familiares, etc.) es frecuente encontrarnos con alusiones al “bien público”, “el interés general”. No siempre existe consenso sobre el significado de estos términos que en ocasiones se convierten en conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de ser interpretados de maneras muy diferentes, y no siempre insensibles a un impacto de género. Jónasdóttir (1993) analiza en profundidad en su obra el concepto de interés para comprobar si realmente puede hablarse de intereses de las mujeres, que la política y el Estado debería atender para conseguir este objetivo. Es imprescindible recordar el origen histórico de los intereses, y situarlo en el nacimiento del estado moderno de la Revolución Francesa: el término interés proviene del latín y significa “estar entre o en medio” y vino a sustituir conceptos como el “bien común” y la “Salus populi”<sup>203</sup>.

El concepto de intereses tiene dos significados: el aspecto de la forma, la demanda de “estar entre”, es decir, la demanda de participar en las decisiones sobre asuntos públicos de la sociedad; y el aspecto de contenido o resultado que hace referencia a los valores que la política utiliza y los resultados que se obtienen de esa relación de necesidades, deseos y demandas de los distintos grupos (Jónasdóttir , 1993:221).

En la teoría política moderna, los poderes públicos encarnan “el interés general”, ese interés general universal y objetivo pero no necesariamente representativo de los ciudadanos/as. En cambio los ciudadanos/as representan intereses individuales y privados (Young, 1990:103).

---

mayor igualdad de los individuos en el espacio privado (Raventós, 1999; Añón y Miravet, 2005b). La renta básica permitiría una individualización de derechos, que garantizaría ese bienestar mínimo que los diferentes modelos de Estados de bienestar persiguen, y contribuiría a crear relaciones de mayor igualdad en la esfera privada. Los propios autores que defienden la renta básica, subrayan que no se trataría de la única medida a aplicar, y que aun así serían necesarias políticas sociales complementarias para realmente proceder a las transformaciones estructurales que eliminaran las relaciones de subordinación sociales.

<sup>203</sup> “Salus populi” como bienestar del pueblo o bienestar de todos/as.

Esta teoría política moderna afirma que el Estado y los asuntos públicos se instalan en ese punto de vista “imparcial” y “neutral” y “racional” y dejan fuera todo lo que tenga que ver con deseos, sufrimientos y otros aspectos vitales conectados con el cuerpo (por ejemplo la maternidad y la paternidad).

El Estado se presupone neutral, y sus oficiales “imparciales”, pero en verdad quienes acceden a las estructuras del Estado son los grupos dominantes y privilegiados (generalmente hombres blancos heterosexuales) que elevan a la categoría de “universal” sus intereses particulares, y por estar dentro del Estado consideran actuar desde la imparcialidad. De ahí las dificultades de hablar del tan mitificado “bien común”.

Muchas han sido las autoras feministas que desde el derecho y la teoría políticas han criticado la utilización del estado como estructura al servicio de la supremacía de los intereses del hombre por encima de las mujeres, cuando presentan al Estado como la herramienta que institucionaliza los intereses de los hombres, dotándoles de universalidad, y sirviéndose del derecho para protegerlos (Mackinnon, 1989). Y más recientemente, la crítica no ha ido tan solo contra el Estado como un ente abstracto, uniforme y que actúa fuera de la sociedad, sino como una entidad muy heterogénea, que resulta de la suma de una serie de instituciones muy diversas, que más que tratar de manera diferente a hombres y mujeres en sus políticas, lo que hace es configurar diferentes identidades y relaciones de género entre hombres y mujeres (Smart, 1989; Pringle and Watson, 1992; Randall and Waylen, 1998).

La crítica feminista a la teoría de los intereses incluye tanto la crítica a la parte formal, porque las mujeres no participan en ese “estar entre”. No es suficiente su derecho al sufragio, porque eso no les garantiza “estar entre”. Y tampoco los intereses de contenido, el reflejo de cuáles son los intereses y necesidades de grupo más dominantes o interesantes de proteger y atender por parte del estado.

Detrás de estos conceptos lo que se esconde en realidad es lo que cada uno quiere entender por el interés de la sociedad que desea que permanezca y se imponga. Solo puede hablarse de bien público como aquel que garantiza el bien individual de los ciudadanos (Beauvoir, 2001:62)

Jónasdóttir no cree que las mujeres sean un grupo de interés más en la sociedad. Ella cuestiona el propio concepto de “individuos” sobre el que está asentado todo nuestro

sistema de organización social y política, y que ese individuo uno debe de ser cuestionado desde el punto de vista “sexo-género”.

Durante la Ilustración, ya se criticaba la exclusión de las mujeres de la definición de este interés general o bien común. Los principales argumentos para responder a estas críticas eran explicaciones basadas en la naturaleza, en las especiales funciones que la propia naturaleza otorgaba a las mujeres como madres y cuidadoras. Pero después fueron argumentos basados en la utilidad:

*“El lugar de las mujeres se definía por el bien que debían hacer en provecho de la propiedad privada, para el orden y la estabilidad del Estado y para el placer de los hombres”* (Jónasdóttir, 1993:259)

Tradicionalmente la diferencia ha sido un argumento extendido para explicar que la esencia y la existencia de las mujeres era estar en el mundo para ser usadas por la nueva sociedad – Estado en general y por los hombres en particular, muy por encima de argumentos de defensa de la inferioridad de la mujer, que quedaron superados por el pensamiento filosófico y político de la modernidad.

En cuanto al contenido de estos intereses, en ocasiones se ha criticado que el papel del Estado proveedor de servicios para las mujeres<sup>204</sup>, no es más que la traslación de la subordinación de las mujeres a los hombres en una sociedad patriarcal a una subordinación y dependencia de las mujeres con respecto al Estado. Aun así, esta supuesta dependencia de las mujeres con respecto al Estado siempre es mejor que la dependencia original de las mujeres respecto a los hombres (Dahlerup, 1986; Randall and Waylen, 1998; Puigpelat, 2005)<sup>205</sup>. Esta hipotética dependencia de las mujeres hacia el Estado no debería ser por el hecho de ser mujeres, sino en calidad de ciudadanas de pleno derecho que exigen que el Estado garantice una serie de necesidades básicas de la supervivencia humana, y que asuma como responsabilidad pública, colectiva y estatal, su satisfacción. La dependencia que en cambio tradicionalmente

---

<sup>204</sup> Por ejemplo, si se entiende como proveedor de servicios para las mujeres los servicios públicos de cuidado infantil, aunque en esta identificación se está presuponiendo que los cuidados son un asunto femenino y una responsabilidad inherente a la condición de la mujer, por lo tanto, es un problema o una demanda de las mujeres y no una necesidad de la sociedad en su conjunto.

<sup>205</sup> Las mujeres son partidarias en general de un mayor peso del sector público estatal, pero en cambio tienen muy poco poder en las instituciones y organizaciones de toma de decisión.

las mujeres han tenido de los hombres era desde una posición de subordinación y desigualdad, y se trataba y se trata de una dependencia que tiene su origen en la supuesta inferioridad femenina.

*“Las mujeres, en un grado mucho mayor que los hombres, dependen del estado, como empleadas y como clientas y consumidoras de sus servicios, lo que también quiere decir que la vulnerabilidad social de hombres y mujeres es diferente”* (Jónasdóttir,1993:254).

## **2.4. El Estado Constitucional Democrático**

El Estado Constitucional aparece como una evolución del Estado Social de Derecho. Así como el Estado Social de Derecho surge contra los excesos del Estado Liberal de Derecho, el Estado Constitucional no deja de ser en cambio un Estado Social de Derecho. Lo que ocurre es que el Estado Social de Derecho no puede dar respuesta a las nuevas demandas sociales ante los rápidos cambios sociales, económicos y políticos de las sociedades del siglo XX (García de Enterría, 1980; De Lucas, 1997; Alexy, 2000). De ahí la necesidad de asegurar mecanismos de refuerzo de la protección de los derechos humanos, ante el naciente pluralismo jurídico y las imperfecciones del sistema democrático real que no ofrecen una garantía absoluta de los derechos humanos como fundamento de la existencia estatal.

Los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico determinado, y es necesaria su positivización para que puedan ser cumplidos, y no sólo tengan una validez moral sino también jurídica, para que puedan ser concretados desde su redacción generalista a cada caso particular a través de un procedimiento legalmente determinado, y para asegurar la equidad en su protección y aseguramiento<sup>206</sup> (Alexy, 2000:31-35).

La positivización de los derechos humanos en las Constituciones de los Estados de derecho, aseguran su supremacía en la actuación estatal, y vincula la actividad del legislador:

---

<sup>206</sup> Puesto que los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos negativos, de no interferencia del Estado, sino también derechos de protección del Estado, que debe garantizar a los individuos, y para garantizar esa protección a la totalidad de los individuos necesita unas dosis de organización estatal reguladas a través del derecho.

Los derechos fundamentales se caracterizan como expectativas o facultades que tienen todos los individuos de una sociedad, que se consideran consustanciales a la democracia y que están por encima de posibles limitaciones impuestas por mayorías legislativas o decisiones gubernamentales (Ferrajoli, 1995; 2001). En el Estado Constitucional los derechos fundamentales presentan una doble función como garantías institucionales, es decir, como normas de actuación, de límite y también de finalidad de las actuaciones de los poderes públicos, y como derechos subjetivos de las personas (Añón, 2002).

Este Estado es democrático porque el proceso de formación de la voluntad estatal es uno de los derechos humanos, que se concretan en derechos fundamentales políticos como el derecho al sufragio general, y donde las leyes son el resultado de esa voluntad de los miembros de una comunidad jurídica que no pueden vulnerar ningún derecho fundamental. Pero en la realidad, la actividad democrática está sometida a presiones y a factores que pueden corromper ese ideal de discusión democrática, y pueden elaborarse leyes que sean el resultado de la voluntad de la mayoría y a la vez lesionen determinados derechos fundamentales. De ahí la necesidad o la oportunidad de contar con tribunales constitucionales que constituyan un control adicional que asegure la protección de los derechos fundamentales positivizados en la Constitución, y que dichos tribunales constituyan una segunda instancia de reflexión política (Alexy, 2000).

Los derechos sociales no siempre forman parte del elenco de derechos fundamentales positivizados en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho. Su propia naturaleza como derecho fundamental es controvertida, ya que los textos constitucionales los han positivizado como normas programáticas o criterios informadores de los legisladores y poderes públicos, y se entiende que más que obligaciones jurídicas estrictas derivadas del derecho positivo, se trata de compromisos políticos de futuro (Perez Luño, 2006:153; Pisarello, 2007).

Como recuerda Martínez de Pisón (2001:185) la dualización de los derechos humanos, en los derechos civiles y políticos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los derechos sociales incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tenido importantes

consecuencias en los derechos fundamentales recogidos por la mayoría de las constituciones europeas<sup>207</sup>.

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, entre ellas la española, recogen como fundamentales los derechos civiles y políticos: “los derechos fundamentales y libertades públicas “ y los derechos económicos, sociales y culturales como “principios rectores de la política social y económica”, donde no hay el mismo nivel de exigibilidad al Estado para garantizar su efectividad, se trata tan solo de principios programáticos y no derechos, puesto que no están protegidos a través del recurso de amparo. Entre estos principios rectores están cuestiones tan importantes como la protección de la familia (artículo 39 CE), la seguridad social (artículo 41 CE) y el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE).

Esta dualidad de derechos devalúa los derechos sociales a “mera retórica jurídica”. Y su efectivo cumplimiento depende de la “voluntad puntual de los gobernantes”, o de la “disponibilidad de recursos”, término en el que se ampara la discrecionalidad de los poderes públicos.

Las objeciones clásicas que ponen en tela de juicio el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, o su equiparación en importancia con los derechos de primera generación, o derechos civiles y políticos son resumidas por de Lora (2006:157-158): en primer lugar debido a su mayor coste, estos deberes de actuación para su garantía exigen una inversión de recursos económicos<sup>208</sup>; en segundo lugar se aduce que los derechos sociales son imperfectos, porque no siempre podemos actuar para garantizarlos, mientras que en el caso de los derechos civiles y políticos, basta la abstención para su garantía: *“cuando actuamos en contra de los intereses o el bienestar de alguien, le dañamos; cuando dejamos de actuar a*

---

<sup>207</sup> Alexy (2000:28) clasifica los derechos humanos como los derechos de tradición liberal de defensa, o derechos negativos (como el derecho a la vida o a la libertad); los derechos de protección, que obligan al Estado de proteger al individuo frente a ataques de terceros; los derechos políticos, que permiten a los individuos de una comunidad política formar parte de los procesos de formación de la voluntad general; los derechos sociales que garantizan unos mínimos de bienestar y subsistencia a todos los individuos, y por último, los derechos procesales que garantizan el cumplimiento todos los derechos humanos anteriores.

<sup>208</sup> El mismo autor expone (De Lora, 2006:160) cómo también los derechos civiles y políticos también cuestan dinero, ya que la infraestructura necesaria para garantizar su cumplimiento (un sistema judicial, el aparato estatal por ejemplo) puede ser igual o más costoso que los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales.



*favor de los intereses o el bienestar de alguien, no le dañamos, sino simplemente no le beneficiamos” (De Lora, 2006:165)<sup>209</sup>; en último lugar, que la garantía de estos derechos sociales implica que los Estados intervengan al fin y al cabo en las vidas de las personas, y que tengan para ello que tomar decisiones también imperfectas y discutibles sobre el destino de los recursos limitados a la hora de enfatizar unos derechos u otros, a unos grupos de población o a otros.*

De los derechos humanos sí que se sigue defendiendo su universalidad, pero no de los derechos fundamentales *“que se hallan delimitados por esas circunstancias “de lugar y de época” que contextualizan su reconocimiento positivo por los ordenamientos jurídicos” (Perez Luño, 2002:54).*

Los derechos fundamentales son la consagración de unos derechos humanos que se consideran una expresión de los ideales de justicia de estas democracias modernas y unos mínimos éticos a los que los diferentes derechos estatales deben atenerse (Fariñas, 1998). Aunque como afirma Alexy (2000:29): *“el ámbito de los derechos humanos no coincide con el de la justicia. Lo que viola los derechos humanos es necesariamente injusto, mas no todo lo que es injusto viola siempre al mismo tiempo derechos humanos”.*

Pero aunque los derechos humanos nacieron con el Estado Moderno y se caracterizan por su universalidad, individualidad, inalienabilidad y carácter absoluto, actualmente este carácter estático y universal ha sido cuestionado ante el pluralismo ideológico y jurídico de los Estados Modernos (De Lucas, 1997). Ha sido igualmente criticado como una manifestación de la hegemonía occidental, y se ha producido un proceso de especificación, que supone un incremento de los bienes tutelados tras estos derechos humanos, así como un incremento y diversificación de los sujetos titulares de estos derechos humanos (Bobbio, 1991; Peces-Barba, 1995). Los derechos de las mujeres, como un “colectivo” que reclama la protección estatal y jurídica a ser diferentes es uno de estos ejemplos de transformación y evolución de los derechos humanos.

---

<sup>209</sup> También aquí es necesario aclarar que los derechos sociales necesitan un sistema institucional de provisión en el que todos los ciudadanos/as deben de colaborar en la medida de sus posibilidades económica, y que por tanto, puede hablarse que quien realmente está vulnerando estos derechos sociales son quienes están dejando de contribuir a estos sistemas de provisión para garantizar estos derechos sociales (De Lora, 2006:171).

También son relevantes las matizaciones a la universalidad y al carácter absoluto que clásicamente se predicaban de los derechos humanos. En este sentido Ferrajoli (2001) declara que los derechos no pueden ser más que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época<sup>210</sup>.

El carácter histórico y evolutivo de los derechos humanos es ampliamente defendido (Peces-Barba 1995, 2004; Bobbio, 1991; Añón, 1998b, 2002, 2002c, 2005; Contreras Pelaez, 1994; Fariñas Dulce, 2006). Es más, en esta evolución se destaca el papel actual de los diferentes movimientos sociales (entre ellos el feminismo) como agentes distintos a los clásicos partidos políticos o sindicatos, que reclaman la elaboración y protección de nuevos derechos humanos.

*“Los derechos humanos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a concretos conflictos y luchas sociales o a diferentes carencias o necesidades humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales, socialmente condicionadas y, a veces incluso, “falsamente” indicidas por el poder”* (Fariñas Dulce, 2006:6).

El origen moderno de los derechos humanos, en los siglos XVII y XVIII, determina que los derechos humanos se conciben como derechos del individuo frente a otros, especialmente frente al Estado, aunque también frente a terceros. Son por tanto, unos derechos esencialmente individuales (Rodríguez-Toubes, 2000). Pero esta característica de individualidad no está reñida con su necesaria armonía con el bien común colectivo, es decir, la defensa de los derechos humanos no debería ir en contra del bien común de una sociedad<sup>211</sup>. Por ello ese interés general colectivo puede constituir a veces, uno de los pocos límites a los derechos individuales, junto con el

---

<sup>210</sup> Para explicar esto, Ferrajoli se basa en la disociación que con el nacimiento del Estado moderno se produce entre persona y ciudadano. Para este autor, a partir de este momento se puede hablar de derechos de la personalidad que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo (los derechos humanos en sentido clásico) y los derechos de ciudadanía que corresponden a los ciudadanos en una determinada organización estatal (los derechos fundamentales que en ese Estado se reconozcan y protejan a través del aparato legal estatal).

<sup>211</sup> Los comunitaristas incluso (MacIntyre, 1994; Kymlicka, 1996 por ejemplo) llegan a rechazar la propia existencia de los derechos humanos individuales como derechos naturales porque pueden poner en peligro la consecución de los bienes colectivos de las comunidades que están por encima de la garantía de esos derechos individuales egoístas.

respeto de los derechos individuales de los demás<sup>212</sup>. El problema está en delimitar cuál es el nivel de bien común que ningún derecho individual puede poner en peligro, y a la vez cuál es el contenido mínimo de los derechos humanos individuales compatibles con ese bien común colectivo.

Aunque parece más acertado entender la relación entre derechos humanos individuales y bien común colectivo como una relación de complementareidad interdependiente, en el sentido que protegiendo los derechos humanos individuales se está también protegiendo y consiguiendo el bien común, y que precisamente el bien común constituye la propia defensa de los derechos individuales (Rodríguez-Toubes, 2000:476-477).

En el caso de los derechos sociales, éstos se traducen en normas a través de las cuales el Estado cumple con su función de redistribuir y compensar las desigualdades sociales, y también se traducen en facultades de los individuos (y de los individuos en cuanto miembros de grupos) de participar en los beneficios de la vida social, a través de diversas prestaciones por parte del aparato estatal.

Hay una serie de autores (Perez Luño, 2006; Martínez de Pisón, 2006; Añón, 2002; Pisarello, 2007) que defienden el carácter fundamental de los derechos sociales positivizados en la Constitución española (CE)<sup>213</sup>, a pesar de que se hacen eco de que la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido más estricta, al entender como fundamentales sólo los comprendidos entre los artículos 14 y 29 de la CE, sujetos a la reserva de Ley Orgánica, sujetos a la tutela judicial inmediata y al recurso de amparo<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Rodríguez Toubes (2000:469) señala como ejemplos algunos textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 29 señala precisamente como posible límite al ejercicio de los derechos humanos reconocidos en su propio articulado “*asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*”.

<sup>213</sup> Entienden que esta positivización de los derechos sociales en la Constitución española se encuentra en los principios constitucionales programáticos del preámbulo; en los principios rectores de la política social y económica de los artículos 9.2 y 39 al 52 CE.

<sup>214</sup> Artículo 53. Constitución española

*“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.*”

Uno de los argumentos que utilizan para defender su postura es que estos derechos sociales han sido incluidos en el Título I de la CE “De los derechos y deberes fundamentales”, porque consideran que esta interpretación material (y no formal como es la dominante) de los derechos fundamentales es la que debe hacerse a la luz del artículo 10.2 de la CE<sup>215</sup> que obliga a interpretar los derechos fundamentales “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”<sup>216</sup>.

La fundamentación de estos derechos sociales como derechos fundamentales se defiende a través del argumento de las necesidades básicas<sup>217</sup> (Contreras, 1994; Añón, 2002, 2002c; 2005; Martínez de Pisón, 2006). Los derechos sociales se consideran derechos fundamentales porque igual que los derechos civiles y políticos, dan respuesta a necesidades básicas de los ciudadanos. Necesidades, que si no se ven satisfechas, también impiden que estos ciudadanos puedan ser autónomos, ciudadanos activos y llevar una existencia con un mínimo de dignidad humana<sup>218</sup>.

*“En la medida en que el núcleo referencial del contenido de los derechos fundamentales se conecte con el sistema de necesidades humanas básicas,*

---

*2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”*

<sup>215</sup> Artículo 10.2. Constitución española:

*“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*

<sup>216</sup> España ratificó en 1977 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

<sup>217</sup> No tengo constancia que ninguno de estos autores/as haya defendido el derecho al cuidado como un derecho social. Los mayores esfuerzos de fundamentación de un derecho social como derecho fundamental se han realizado por ejemplo alrededor del derecho a la salud, prestación universal del Estado de Bienestar español que goza de un amplio consenso social.

<sup>218</sup> Estas necesidades se caracterizan por ser básicas, es decir, que se corresponden con exigencias imprescindibles para llevar una vida humana digna; son objetivas, porque no responden a deseos o preferencias, sino que su privación es externa al individuo y constatable; son generalizables, porque son comunes a toda la población; y son históricas, porque surgen en un momento histórico determinado, en un espacio concreto y pueden variar con el tiempo.

*disminuye la resistencia a admitir como tales las reivindicaciones de signo económico, social y cultural que configuran la esfera de las exigencias humanas, todavía insatisfechas. Debe tenerse en cuenta que la apelación a este sistema de necesidades radicales no se basa en la imagen de una condición abstracta del hombre producto de un modo ilusorio de la humanidad, sino que parte de las circunstancias concretas de la experiencia humana en contextos sociales, histórica y territorialmente determinados”* (Perez Luño, 2006:176-177).

Las necesidades básicas lo son en la medida en que su privación deja al individuo sin algo imprescindible para ser un ser libre que puede tomar sus decisiones sin ningún factor condicionante (Martinez de Pisón, 2006:136).

El problema está en determinar qué necesidades básicas se traducen en derechos sociales, porque no todas las necesidades generan automáticamente una obligación al Estado de prestación<sup>219</sup>. Se defiende que aquellas necesidades que cuentan con un amplio consenso social sobre su importancia para la sociedad, se convierten en necesidades básicas susceptibles de ser derechos sociales (Martinez de Pisón, 2006:139). Este consenso social se conseguiría a través de diálogo y comunicación social, como la ética dialógica, comunicativa o intersubjetiva que autores como Habermans (1989, 1996) han descrito como ideales de debate y formación de la voluntad social en un Estado.

Aunque esta forma de decidir sobre cómo jerarquizar las necesidades sociales, es decir, cuáles son las que podrán obtener una respuesta por parte de la actuación estatal (sobre las que se elaborarán leyes y/o políticas públicas) también puede ser injusta, porque el ideal de deliberación de Habermans o la formación de la voluntad política de Rawls, pueden excluir a determinados segmentos de la sociedad. Esta exclusión puede darse en situaciones de “dictadura de las necesidades” (Heller, 1996) cuando un grupo o grupos de personas determina cuáles deben ser las necesidades satisfechas para cada segmento de la población, sin que ese segmento siquiera tenga conciencia de que esas son las necesidades que deben ser atendidas por el Estado<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> A pesar de que todas las necesidades son reales, pero debido a la escasez de recursos y de posibilidades de actuación del Estado, es necesario limitar cuáles son las necesidades que sí que pueden ser cubiertas por el Estado (Heller, 1996; Añón, 1998b).

<sup>220</sup> No hay garantías que nos aseguren que las mujeres participan en el debate ideal de deliberación habersiana o en la formación de la voluntad política en igualdad de condiciones. El

Muchas de las políticas sociales que pretenden responder a necesidades sociales, como por ejemplo las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, o las políticas de promoción del empleo femenino, políticas de soporte a la familia, o políticas de protección de la maternidad, anuncian que han sido elaboradas para dar respuesta a las necesidades de las mujeres. Pero ni son sólo las mujeres quienes tienen esas necesidades, ni las mujeres tienen consciencia de que son sus necesidades<sup>221</sup>, ni seguramente debería formularse como necesidades o carencias. Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral intentan solucionar una descoordinación e incoherencia entre los tiempos de trabajo y los tiempos de vida personal en los que se organizan nuestras sociedades. Asumiendo que los cuidados son responsabilidad exclusiva de las mujeres, terminan culpabilizando o convirtiendo ésta descoordinación en un problema de las mujeres, y no en un problema y una desincronización de tiempos y formas de organización de toda la sociedad. De igual manera, muchas de las políticas familiares, de promoción del empleo femenino o de protección de la maternidad, dan por sentado, por natural y por indiscutible la responsabilidad en exclusiva de las mujeres sobre todo lo que tenga que ver con la satisfacción de los cuidados de las personas en la sociedad, y convierten una vez más las necesidades de todos los seres humanos que viven en una sociedad, en un problema, un déficit, un obstáculo, a veces ni siquiera llega a la categoría de necesidad, únicamente de las mujeres.

¿Podría ser una legislación sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad? Cuidados entendido como una necesidad individual pero social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad.

---

déficit de participación de las mujeres en la esfera pública, y en particular, en los espacios políticos ha sido demostrado por numerosos autores/as (ver Rubio, 2006a, Mackinnon, 1989; Sevilla, 2004).

<sup>221</sup> El trabajo de campo de la presente investigación, que analizará en el capítulo cuarto sobre el análisis sociológico de la maternidad y la paternidad corrobora bastante esta realidad. Las mujeres entrevistadas en todo caso muestran la doble jornada que sufren por ser responsables del trabajo de cuidado casi en solitario, los obstáculos que en su realización profesional y personal esto supone, pero no exigen mas políticas de conciliación de vida familiar y laboral, sino que consideran que debería ser un objetivo de justicia social un reparto más equilibrado de dichas responsabilidades o piden otras formas de organización social y laboral que no convirtieran en incompatibles la vida familiar y laboral.

El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más del Estado de Bienestar, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación<sup>222</sup>.

Pero esto es difícil que suceda en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado de Bienestar porque en primer lugar, los cuidados no se identifican como necesidades básicas. En segundo lugar, no parece haber un consenso social sobre si los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana. Y en último lugar, y en parte por las razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida de un individuo, está lejos de construirse como un derecho social.

Las políticas sociales y el derecho<sup>223</sup> deberían dar respuesta a las necesidades sociales, pero para ello, sería entonces necesario, antes de iniciar la actividad legislativa, identificar y cuantificar la necesidad social<sup>224</sup>. En cambio esta investigación previa es infrecuente, y aun más en el marco de las actuales crisis del Estado de Bienestar. Todo lo contrario, se realizan investigaciones sociológicas sobre las prestaciones y servicios sociales que ya existen, para analizar su productividad, su eficacia, su pertinencia y las posibilidades de mejora o de desaparición (Añón y Ruiz Sanz, 1998).

Como señala Durán (1993) es necesario distinguir que cuando se estudian las necesidades, la ciudadanía considera necesidades, aquellas que son satisfechas por el Estado, y en cambio no considera necesidades lo que queda satisfecho a través de

---

<sup>222</sup> Las actuales prestaciones públicas de cuidado infantil, el porcentaje de niños/as menores de tres años en centros públicos, así como la deficitaria e incompleta aplicación de la ley de Dependencia muestran un panorama bastante alejado del reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho social incluido en el Estado de Bienestar español.

<sup>223</sup> El derecho es un instrumento en sí mismo y también una herramienta necesaria para poner en práctica determinadas políticas públicas. Las políticas públicas son todas las actuaciones de los poderes públicos en el marco de sus competencias estatales para cumplir determinados fines de redistribución, de asignación de recursos, de control social o de promoción de determinados tipos de relaciones sociales (Añón y Ruiz Sanz, 1998:168-169).

<sup>224</sup> Esta investigación previa es lo que Añón y Ruiz Sanz (1998:172) denominan sociología legislativa, a través fundamentalmente de la construcción de modelos para saber los posibles resultados o efectos de las normas que se pretenden elaborar y a través de los sondeos de opinión.

“instrumentos de satisfacción” como sucede cuando esas necesidades han sido resueltas individualmente o dentro del ámbito de la familia<sup>225</sup>.

El reconocimiento de algunos derechos sociales y la implementación de políticas sociales para hacer efectivos estos derechos sociales ha puesto ciertos bienes básicos al alcance de la mayoría de la población, garantizando así sus necesidades básicas y desmercantilizándolas. Esta desmercantilización se produce *“cuando se presta un servicio o se garantiza un bien, por parte de una institución pública u otras instituciones “asociativas”, para la satisfacción de necesidades humanas en términos de derechos, esto es, cuando una persona puede susbtitir sin una dependencia absoluta en relación con el mercado, por tanto, cuando los seres humanos tienen condiciones de existencia o subsistencia en niveles óptimos, fuera de los cauces del mercado”* (Añón, 2002c).

La garantía de estas necesidades básicas es un contenido básico y mínimo para poder hablar de autorrealización de los individuos, y sólo así puede hablarse de verdadera capacidad de elección (Añón, 2002; 2002c; Contreras, 1994). Además de ser un presupuesto para hablar de verdadera autonomía individual y de libertad (Nino,1984; Sen, 2000; Añón, 2002c), también los derechos sociales son un vehículo para la igualdad material (Prieto Sanchis, 1998; Young, 1990; Añón, 2002c)<sup>226</sup>.

Pero otro de los problemas que aparecen, es que cuando estos derechos sociales han sido reconocidos en nuestros estados modernos, ha sido a través de una ciudadanía laboral. Los derechos sociales y económicos de los miembros de una sociedad sólo existen en la medida que estas personas participan en el mercado de trabajo formal (Añón, 2002c). A pesar de que esta ciudadanía laboral debería estar en crisis, debido a los límites de conectar determinados derechos de ciudadanía a un mercado de trabajo imperfecto<sup>227</sup>, sigue siendo la forma dominante en nuestros Estados de Bienestar.

---

<sup>225</sup> Las necesidades de cuidados de niños/as y mayores dependientes se entienden satisfechas dentro del seno familiar (y mayoritariamente por las mujeres de esa familia), de ahí que la familia se considere un “instrumento de satisfacción”.

<sup>226</sup> No todos los autores mencionados hablan de manera explícita de los cuidados entre estas necesidades y puede que no todos estarían de acuerdo en incluirlos.

<sup>227</sup> Añón (2002c) señala algunos de los rasgos de esta ciudadanía laboral que deberían hacerla entrar en crisis, como la imposibilidad de universalizar el trabajo remunerado, las nuevas situaciones de precariedad y vulnerabilidad laboral que ponen en jaque el acceso a estos



Es necesario recordar aquí como muchas de las críticas de juristas y teóricas políticas feministas sobre el concepto de ciudadanía del Estado Social de Derecho, recaen precisamente en esta ciudadanía laboral excluyente<sup>228</sup>.

En conclusión, aunque se admitiera en teoría que los cuidados deben ser parte de ese mínimo de bienestar que los estados de bienestar deben garantizar, no parece haber un gran consenso social al respecto como para exigir que sea un derecho social. Además, aunque fuera una verdadera demanda social, su articulación a través de una ciudadanía laboral como sucede en muchas de las prestaciones sobre maternidad y paternidad, volvería a adolecer de verdadera universalidad como derecho humano.

## ***2.5. El derecho a la reproducción: ¿existen el derecho a la maternidad y el derecho a la paternidad?***

### **2.5.1. Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho español**

Es necesario recordar la distinción en el ordenamiento jurídico español entre derechos humanos, como aquellos derechos reconocidos en textos internacionales universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles<sup>229</sup>, pero que carecen de un sistema de garantías, y los derechos fundamentales, que son aquellos derechos humanos recogidos en la Constitución, que son relativos y contingentes, pero gozan de la protección del Estado, y que como su propio nombre indican cumplen la función de

---

derechos sociales, la insuficiencia de los sistemas contributivos para dar cobertura a las necesidades que los derechos sociales responden; la exclusión de grupos de población de ese modelo de mercado laboral formal a tiempo completo, como las mujeres o los inmigrantes.

<sup>228</sup> Ver en este sentido las propuestas de “ciudadanía” formuladas por Bodelón (2010) o Tronto (1993).

<sup>229</sup> Aunque éstas son las características clásicas de los derechos humanos según la concepción moderna, por supuesto se ha puesto en duda su universalidad, porque en ocasiones se han considerado una formulación de derechos humanos eurocéntrica; también se ha criticado su carácter absoluto, y a veces se ha llegado a justificar la limitación o supresión de los derechos humanos cuando el bien colectivo que se conseguiría era superior al beneficio individual de su protección; y es necesario matizar su carácter inalienable, porque en ocasiones es parte del propio ejercicio del derecho a la libertad, el poder renunciar a otros derechos humanos, el límite está en si esta renuncia es definitiva o simplemente temporal, y por lo tanto, debería poder ser admisible (para estudiar en profundidad estas críticas a las características clásicas de los derechos humanos con ejemplos históricos, ver por ejemplo De Lora, 2006: 94-127).

fundamentar el orden jurídico de los Estados de Derecho (Peces-Barba, 2004; Martínez de Pisón, 2001; Pérez Luño, 2002).

Para entender la posición de las mujeres como titulares de estos derechos humanos, que positivizados, se convierten en los derechos fundamentales de cada Estado, es importante volver a los orígenes históricos de la formulación ilustrada de los derechos humanos en el Estado Moderno<sup>230</sup>, que excluían a las mujeres, como titulares (Bobbio, 1991; De Lora, 2006b; García Inda y Lombardo, 2002)<sup>231</sup>. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) para definir los derechos humanos de la persona continuó utilizando el término genérico de “hombre”, y aunque incluye a la mujer no lo refleja, porque no toma en cuenta las diferencias humanas ni la especificidad de las mujeres. De ahí que instrumentos legales internacionales posteriores vieran la necesidad de subrayar lo que parece una evidencia pero no lo es: los derechos de las mujeres son derechos humanos, como se afirmó en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993), en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en el Cairo (1994), o la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín (1995).

Además estos derechos fundamentales tienen una función primordial<sup>232</sup> en el modelo de Estado constitucional en el que vivimos. El Estado es el garante de los derechos y el vehículo de su realización (Alexy, 2000).

---

<sup>230</sup> Las primeras Declaraciones de Derechos Humanos de la modernidad, como la Declaración de Derechos de Virginia (1776) en la Independencia de Estados Unidos, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en la Revolución Francesa, no consideraban como titulares de estos derechos a las mujeres. Las primeras autoras feministas de la modernidad precisamente atacan esta exclusión de las mujeres de las declaraciones de derechos humanos, como es el caso de Olympe de Gouges, con su Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791), o Mary Wollstonecraft con su Vindicación de los Derechos de la Mujer (1792).

<sup>231</sup> Es importante resaltar que debido a esta exclusión inicial de las mujeres en las formulaciones modernas de derechos humanos, a pesar de que los primeros textos internacionales que recogían los principales derechos humanos no excluyeran explícitamente a las mujeres, fue necesario posteriormente, un proceso de especificación de los derechos humanos, donde en textos internacionales se recogían los derechos humanos que determinados segmentos de la sociedad tenían en atención a su especificidad o diferencia, como es el caso, de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 1979.

<sup>232</sup> Como se ha visto previamente en el Estado Constitucional, los derechos sociales no son derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, a pesar de que una parte de la doctrina defiende lo contrario.

El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres es un derecho fundamental (artículo 14 CE)<sup>233</sup>, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha admitido y clarificado en numerosas ocasiones<sup>234</sup>. La Constitución española concede especiales protecciones a los derechos fundamentales, especialmente la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 81 de la CE<sup>235</sup>, que exige una mayoría absoluta del parlamento para legislar sobre estos derechos fundamentales. Leyes Orgánicas que según el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 CE<sup>236</sup>, están inmediatamente por debajo de la Constitución y por encima de las leyes ordinarias, enfatizando así la importancia y supremacía de los derechos fundamentales en la jerarquía normativa. Pero la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), que se entiende desarrolla y regula este derecho fundamental a la igualdad, establece en su disposición final segunda<sup>237</sup> que tan solo dos de sus disposiciones tienen rango orgánico, que son las que modifican otras dos materias también reservadas a ley orgánica como son el régimen electoral y el poder judicial.

Es común y admitido doctrinal y jurisprudencialmente la regulación mediante ley orgánica de materias que no pertenecen a esta reserva de ley orgánica, y no modifica

---

<sup>233</sup> Artículo 14. Constitución española

*“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

<sup>234</sup> Ver por ejemplo entre las sentencias más recientes, la STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, STC 23/2007, de 5 de noviembre de 2007.

<sup>235</sup> Artículo 81. Constitución española

*“1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

*2. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”*

<sup>236</sup> Artículo 9.3. Constitución española:

*“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”*

<sup>237</sup> DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Naturaleza de la Ley.

*“Las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley tienen carácter orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta Ley no tienen tal carácter.”*

la naturaleza orgánica de la ley, sino que los artículos no orgánicos no tienen la misma rigidez para ser modificados como los que tienen naturaleza orgánica.

Lo que resulta más polémico, es la posibilidad de que tratándose de un derecho fundamental, como es el caso de la igualdad, el legislador unas veces utilice la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE y otras veces tan sólo utilice la reserva de ley ordinaria del artículo 53.1 CE. La línea divisoria la establece el Tribunal Constitucional (STC 101/1991) cuando establece que aplica la reserva de ley orgánica si el legislador está aborando “elementos consustanciales al derecho fundamental”, y que en cambio el legislador puede legislar mediante ley ordinaria “elementos no necesarios sin incidir sobre el ámbito y los límites” (Diez Picazo, 2003).

En este sentido, se diferencia la reserva de ley orgánica cuando se está propiamente desarrollando un derecho, a cuando se está simplemente regulando su ejercicio, que entonces basta la reserva de ley ordinaria del artículo 53.1. CE. Y esta interpretación está en coherencia con la interpretación restrictiva que el propio Tribunal Constitucional ha hecho de la reserva de Ley Orgánica (STC 161/1987, F.J.2) (Diez Picazo, 2003).

No es únicamente el caso de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, donde se produce esta situación de legislación sobre un derecho fundamental bajo el título de una ley orgánica, incluyendo disposiciones también ordinarias. Otras de las leyes orgánicas que afectan derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico tienen disposiciones finales con las mismas matizaciones sobre el alcance limitado del rango orgánico de su articulado<sup>238</sup>. Pero en el caso del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres, es especialmente llamativo el limitadísimo carácter orgánico de su articulado, que sólo atañe a tres disposiciones adicionales, y parece entenderse, que el carácter de estas tres disposiciones no tiene tanto su origen en que constituyan desarrollos del derecho fundamental a la igualdad, sino que su carácter orgánico proviene de que son disposiciones que modifican leyes orgánicas ya existentes<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Ver por ejemplo la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social o Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, Protección de la Seguridad Ciudadana.

<sup>239</sup> El Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006 (803/2006) sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, ya indicó la confusión que provocaba

En resumen, se trata de una ley orgánica que desarrolla un derecho fundamental como es el de la igualdad, pero de orgánica en verdad no tiene más que tres disposiciones, que son orgánicas no por su contenido, sino por el rango orgánico que tienen las leyes ya existentes que modifican. Y esto nos lleva a la conclusión que aun siendo la única ley que desarrolla este derecho fundamental, el legislador ha considerado que no se está abordando ningún elemento esencial de este derecho fundamental, que no se está abordando su desarrollo, y que tan sólo se están regulando elementos accesorios y no consustanciales al propio derecho, es decir, que tan sólo se está legislando para hacer aplicar este derecho fundamental. Las dificultades para la aplicación real y efectiva de este derecho fundamental que la propia exposición de motivos relata, así como la constatable situación de desigualdad de las mujeres en la esfera pública y privada de nuestra sociedad, y las controversias que sucinta la interpretación del derecho a la igualdad desde una igualdad formal a una igualdad material<sup>240</sup>, deberían ser argumentos más que suficientes para demostrar que en el despliegue de esta ley (por decir algo orgánica) no se está simplemente legislando para aplicar el derecho fundamental, o regulando elementos accesorios del derecho fundamental, sino que se están abordando elementos consustanciales al propio derecho fundamental<sup>241</sup>.

---

un proyecto de ley orgánica que se titulaba orgánica pero que en cambio de todo su articulado tan sólo reservaba la condición de orgánico a dos disposiciones adicionales.

<sup>240</sup> Ejemplo de estas controversias en su interpretación es la necesidad de que el propio Tribunal Constitucional interpretara la constitucionalidad de parte de su articulado, ver en este sentido la Sentencia de Tribunal Constitucional - Pleno nº 12/2008, de 29 de Enero 2008.

<sup>241</sup> Resulta especialmente dudoso que se llegue a considerar que no se están abordando elementos consustanciales del derecho fundamental a la igualdad, en el desarrollo de la LOIEMH, especialmente del artículo 1 al 13, donde se definen y delimitan cuestiones tan importantes del derecho fundamental a la igualdad como el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (artículo 1), la discriminación directa e indirecta (artículo 6); el acoso sexual y acoso por razón de sexo (artículo 7); la discriminación por embarazo o maternidad (artículo 8); indemnidad frente a represalias (artículo 9); consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias (artículo 10); la definición de acciones positivas y su compatibilidad con el principio de igualdad constitucional (artículo 11); y la tutela judicial efectiva y la prueba (artículos 12 y 13 respectivamente). Quizás un argumento que explique esta opción del legislador de un menor rango normativo a esta ley sea que obedece más a razones de oportunidad política, ya que era necesario y oportuno políticamente aprobar esta ley y ante el reparto de fuerzas políticas en el Congreso de los Diputados era también más factible la aprobación como ley ordinaria que no orgánica.

Obviamente el legislador en la redacción de la ley en verdad está poniendo en práctica un derecho fundamental, y más que legislar, lo que está haciendo es elaborar políticas públicas, en el sentido que Fariñas Dulce explica:

*“Las diferentes estrategias llevadas a cabo para la puesta en práctica de determinados “derechos”. Tales estrategias se manifiestan en la adopción de algunas “políticas públicas”, en las acciones concretas de las autoridades públicas, en medidas de gestión económica e, incluso en la movilización de la opinión pública o estrategias de convencimiento en apoyo de intereses concretos o de nuevas políticas sociales o, incluso, en apoyo o reivindicación de nuevos “derechos” no consolidados todavía legalmente”* (Fariñas Dulce, 2006:54).

Como se ha visto hasta ahora, la inclusión de los derechos sociales en el catálogo de los derechos fundamentales es polémica. Pero la calificación de derechos fundamentales no tiene consecuencias jurídicas importantes, y en el caso de la maternidad y la paternidad, las legislaciones que se analizarán, se enmarcan generalmente en los ámbitos de los derechos sociales, aunque las leyes más recientes, como la LOIEMH, aborda la maternidad como un obstáculo precisamente de ese derecho fundamental a la igualdad.

### **2.5.2. Derecho a la maternidad**

En los ordenamientos jurídicos no aparece generalmente una formulación jurídica que reconozca el derecho a ser padre o madre. Lo que normalmente entendemos como derechos maternos o el derecho a la maternidad, no reúne las características como tal, dentro del sistema legal de protección de derechos. Lo que existen generalmente son disposiciones jurídicas que protegen ciertos aspectos de la maternidad, en la medida en que se considera de interés general su regulación: las disposiciones que protegen la baja maternal de la mujer trabajadora, las regulaciones sobre reproducción asistida, etc.

Sólo en estas ocasiones, la maternidad pasa al ámbito público, se legitima la intervención del Estado y su aparato jurídico. En la excepción de estos contextos, la maternidad permanece en la esfera privada de las personas, en el ámbito de lo privado, y queda bajo la protección de la intimidad y de la vida familiar. Este sí, constituido como un derecho en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Por lo tanto, es imprescindible tener en cuenta si cuando se está abordando la maternidad o la paternidad se está haciendo desde el derecho a la igualdad, que como se ha visto es un derecho fundamental en la Constitución española, o desde otros derechos sociales (como el derecho a la protección de la salud o el derecho al trabajo) que en nuestra Constitución no tienen carácter fundamental, sino que constituyen principios rectores de la vida política y económica<sup>242</sup>.

Por otro lado, hay el debate sobre si hay derechos reproductivos o el derecho a la reproducción y aunque la Constitución española no recoge estas dos formulaciones de manera explícita, en el caso de los derechos sexuales y reproductivos en cambio, sí que existen formulaciones en el ámbito internacional que incluyen los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos<sup>243</sup>, como por ejemplo de la Conferencia del Cairo, ICPD Programme For Action, 1994, Ch. 7.2<sup>244</sup> y de Beijing Declaration, para. 14, 1995<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> A pesar de que hay autores como se ha visto que han defendido el carácter “fundamental” de estos derechos sociales, sobre todo el derecho a la sanidad.

<sup>244</sup> ICPD Programme For Action, 1994, Ch. 7.2

*“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.”*

<sup>245</sup> Declaración de Pekin, 1995, para. 14:

*“14. Los derechos de la mujer son derechos humanos;”*

En el caso del derecho a la reproducción también ha habido una discusión doctrinal para fundamentar su existencia derivada de otros derechos fundamentales<sup>246</sup>. Los derechos reproductivos, cuando existen, tienen una titularidad compartida, o el sujeto titular de estos derechos es más difuso. La mayoría de las veces la legislación que regula los derechos reproductivos parece estar más preocupada en limitar y acotar el ejercicio de los derechos, que en dar contenido a los derechos en sí y proteger su ejercicio<sup>247</sup>.

Los derechos reproductivos no son fáciles de definir porque no están incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y tampoco hay consenso a nivel europeo, sólo hay acuerdo sobre la importancia de la salud reproductiva<sup>248</sup>. También es discutible si los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos de las mujeres. Aunque obviamente resulta difícil hablar de derechos políticos o sociales de las mujeres si antes no se acepta la existencia de derechos reproductivos, es cierto que en muchas sociedades las mujeres no son quienes deciden sobre su reproducción y cuando en nuestras sociedades se debate sobre cuestiones relativas a la reproducción (el estatuto del embrión por ejemplo) las mujeres no aparecen como titulares de derechos específicos (Widdows, Alkorta and Emaldi, 2006:2-4).

La conexión entre derechos reproductivos y salud reproductiva se interpreta de manera diferente según los contextos sociales, culturales y económicos.

En occidente se entiende como derechos reproductivos el derecho a utilizar métodos anticonceptivos, el acceso al aborto, y la utilización de tecnología médica para tener un hijo/a (tratamiento de fertilidad, inseminación artificial y otros recursos reproductivos). Algunos de estos elementos de los derechos sexuales y reproductivos aluden el derecho a elegir qué tipo de descendencia tener gracias a los avances biomédicos,

---

<sup>246</sup> Discusión doctrinal que tiene su origen en la aparición de las primeras leyes sobre técnicas de reproducción asistida, y más adelante se analizará con detalle.

<sup>247</sup> La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sólo menciona los derechos sexuales y reproductivos en la Exposición de Motivos y derivados de otros derechos fundamentales pero no los regula directamente en su articulado.

<sup>248</sup> Las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo, 1993 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Pekín, 1995, que como se ha visto definen los derechos sexuales y reproductivos, son importantes, *“pero no generan normas de derecho internacional, sino que constituyen directrices comunes para la mejor interpretación y aplicación de derechos humanos previamente reconocidos en instrumentos vinculantes”* (Alkorta, 2006:16).



eliminando ciertas enfermedades, defectos de nacimiento y en general condiciones genéticas no deseadas<sup>249</sup>. En el tercer mundo en cambio, los derechos reproductivos se entienden como el derecho de las mujeres de “no reproducirse” (Hellsten, 2006:204).

En este sentido Marrades Puig (2002:27) apunta que casi todos los textos constitucionales recogen la protección a la maternidad (por ejemplo la Constitución española de 1978 o la Constitución italiana de 1947) pero ninguno un derecho a la maternidad o un derecho de las madres.

¿Porqué se habla de derechos reproductivos (y el derecho de ocupar de ellos) y no de derecho a la maternidad?. Marrades Puig (2002:84) ofrece algunos argumentos en la línea con lo anterior:

1. Porque la maternidad tradicionalmente se ha visto como una función de las mujeres y no un derecho. Por eso, el artículo 39 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a proteger social, económica y jurídicamente a la familia, a las madres y a los hijos/as<sup>250</sup>. Pero como ya hemos señalado, éste no es un derecho fundamental, es un principio rector de la política social y económica.

2. Los derechos reproductivos se entienden como una consecuencia del libre desarrollo de la personalidad que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española<sup>251</sup>. Pero al Derecho siempre le ha costado mucho construir un sujeto de

---

<sup>249</sup> Con el desarrollo del diagnóstico prenatal y el diagnóstico genético preimplantacional en la década de los 80 y 90 el debate pasó del derecho a la reproducción al derecho a un hijo/a sano. Las nuevas técnicas reproductivas pasaron rápidamente del campo de los remedios médicos a la esterilidad a ser un recurso preventivo para las parejas fértiles (Haker, 2006:170-171).

<sup>250</sup> Artículo 39, Constitución española:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.  
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.  
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.  
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

<sup>251</sup> Artículo 10.1. Constitución Española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

derechos que asuma características de la feminidad (porque tiene siempre de modelo un sujeto “neutro”, y por lo tanto varón).

Hay muy pocas autoras que se han atrevido a hablar en términos de maternidad. Por ejemplo Marrades Puig (2002:65) reivindica la construcción de un derecho a la maternidad:

*“El derecho de toda mujer de ser madre sin renunciar a ningún ámbito de realización personal, sin verse discriminada por ese motivo y en igualdad de condiciones con los hombres”.*

Son comprensibles las reticencias a formular un derecho a la maternidad o un derecho de las madres. En primer lugar porque desde el propio movimiento feminista, reclamar un derecho a la maternidad o un derecho de las madres podría hacer retomar una visión esencialista de la mujer cuya función única debe ser la maternidad. Desde el feminismo liberal o de la igualdad, uno de los objetivos era librar a las mujeres del obstáculo de la maternidad, y desmontar la creación de la identidad femenina alrededor tan solo de su capacidad de ser madre.

En segundo lugar es un hipotético derecho de titularidad únicamente femenino, y en cambio, de los derechos humanos se predica la universalidad y su adecuación al principio de igualdad. Por lo tanto, los defensores de la universalidad y generalidad de los derechos humanos, característicos de todo ser humano por el hecho de serlo, encontrarían muchas dificultades a la formulación de este derecho.

En tercer lugar, cuando se habla de derechos como se ha visto, es necesario justificar también necesidades, ¿acaso la maternidad es una necesidad básica de las mujeres?<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> La demanda de las técnicas de reproducción asistida por parte de las mujeres es presentado como una prueba fehaciente de la existencia del instinto maternal en las mujeres, que son capaces de cualquier cosa con tal de tener hijos/as propios. Pero también puede interpretarse con la fuerza que nuestra cultura opera con las mujeres hasta tal punto que *“la insistencia también puede verse como una demostración de la fuerza alcanzada en nuestra sociedad por la ideología maternal, aquella que insiste en que las mujeres necesitan tener hijos para sentirse autorrealizadas”* (Lozano Lis, 2004:37).

En los análisis de las leyes autonómicas de igualdad<sup>253</sup>, se han encontrado varias leyes que hablan del “derecho a la maternidad” (en la ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres; en la ley 12/2006, de 20 setembre per a la dona de la Comunidad Autónoma Balear). Quizás estas alusiones al derecho a la maternidad están más en la línea aquí apuntada, como garantía a un derecho ya existente, como pueden ser los derechos reproductivos y no tanto la creación de un derecho nuevo “ex lege”.

Parece claro entonces, que en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, es difícil defender la existencia de un derecho a la maternidad entendido como un derecho fundamental. Afirmación que abre el interrogante de cómo interpretar entonces las leyes autonómicas que como se ha visto enuncian textualmente el derecho a la maternidad<sup>254</sup>.

También es confuso el artículo 3.2 de la reciente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo cuando “reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”. Aún estando en una ley orgánica, se trata de la parte de la ley<sup>255</sup> con rango de ley ordinaria. Por lo tanto no se está desarrollando ningún derecho fundamental, sino legislando sobre elementos accesorios o mediante políticas públicas para hacer efectiva la implementación de derechos fundamentales. No es por tanto ningún derecho fundamental a la maternidad, ni podría considerarse un elemento consustancial del derecho fundamental a la igualdad, o otros derechos fundamentales conectados como el derecho a la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar o el libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>253</sup> Estas leyes se verán con detalle en el capítulo tercero sobre el tratamiento jurídico de la maternidad y la paternidad.

<sup>254</sup> Si una ley autonómica no puede vulnerar el principio de jerarquía normativa y crear nuevos derechos fundamentales que la Constitución española no incluye (y el listado de derechos fundamentales de la Carta Magna es un listado limitado y concreto), ¿qué está haciendo el legislador autonómico entonces?.

Caben dos opciones:

- O realmente tan solo está subrayando la función de tutela de la administración de un derecho ya existente, derecho en todo caso no fundamental, sino derecho social que funciona como principio rector de la política social y económica.
- O está aludiendo a un hipotético derecho a la reproducción, derecho que en cambio si que ha sido objeto de mayor debate doctrinal.

<sup>255</sup> Mayoritaria como se verá más adelante.

Es también subrayable que el debate sobre si existe o no un derecho a la maternidad apenas haya recibido atención por parte de juristas, filósofos y ni siquiera feministas. Y en cambio si que ha llegado a ser un asunto de discusión iusfilosófico la existencia o no de un derecho a la reproducción.

Cuando se habla de un derecho o no a la maternidad, implícitamente se está discutiendo la existencia de un derecho cuyos titulares sólo pueden ser mujeres. La construcción de cualquier derecho jurídicamente protegido cuya titularidad podría llegar a ser interpretado de un sexo atentaría al principio de igualdad y al concepto de ciudadanía presuntamente neutral de nuestro Estado de Derecho.

Pero en cambio, si el debate versa sobre la hipotética existencia de un derecho a la reproducción, y su cabida o no en el sistema de protección de derechos de nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad de este derecho ya no sería exclusiva de un solo sexo. Sería un derecho a la reproducción de hombres y mujeres por igual, equiparados “de iure” el papel que hombres y mujeres desempeñan en la reproducción, papel que la realidad muestra que está lejos de ser equivalente.

### **2.5.3. El derecho a la reproducción**

No es tampoco desdeñable situar el origen y contexto del debate doctrinal sobre el derecho a la reproducción. Se inicia sobre los nuevos avances científicos que permiten las técnicas de reproducción asistida. Es por tanto un derecho de reciente formulación, y que difícilmente los ordenamientos jurídicos lo mencionan de manera explícita<sup>256</sup>.

La legitimidad de las técnicas de reproducción asistida se ha intentado justificar argumentando la existencia de un derecho a la reproducción. Son varios los argumentos que se utilizan en este sentido:

a) Se defiende su existencia derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud, como derecho frente a la esterilidad. El artículo 43.1 de la CE dice explícitamente que *“se reconoce el derecho a la protección de la salud”*.

---

<sup>256</sup> Aunque como cita Alkorta (2006b:11) la vigente carta Fundamental Surafricana lo incluye explícitamente en su artículo 12 (2).

El artículo 43 está incluido en los principios rectores de la política social y económica, es decir, entre los principios que deberán informar la legislación positiva, la práctica judicial y las actuaciones de los poderes públicos. (artículo 53.3 CE).

Pero la fundamentación de un derecho a la reproducción derivado del derecho a la protección de la salud, implica aceptar que la esterilidad es una enfermedad, y no siempre es así<sup>257</sup>. También supone aceptar que las técnicas de reproducción asistida son la única respuesta médica para tratar esta esterilidad (cuestión que tampoco está demostrado). No siempre es una enfermedad, y las técnicas de reproducción asistida a veces se aplican sobre el cuerpo de la mujer, cuando quien es estéril es el hombre<sup>258</sup>.

b) Otro de los argumentos utilizados es que hay un derecho a la reproducción porque hay un deseo o necesidades. Es el único argumento para defender la existencia de un derecho a la reproducción que no se basa en un derecho previo y anterior. Pero obviamente no todo deseo tiene por que ser igual a derecho. También en ocasiones se justifica que este deseo es una necesidad básica. Y esta consideración de necesidad básica, se fundamenta en razones biológicas, instintivas y de tipo evolutivo<sup>259</sup>.

Pero aquí también son aplicables las mismas críticas a la sociobiología, como a la defensa de un instinto maternal. El deseo de tener hijos es un fenómeno cultural y no biológico, como lo demuestra la variabilidad en el número de hijos en las diferentes sociedades, circunstancias históricas o clases sociales<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> Hay autores como Lozano (2004:59) que defienden que la esterilidad no es una enfermedad, sino que se trata de la imposibilidad de satisfacer un deseo aunque recientemente la esterilidad ha recibido la calificación de enfermedad por parte de la Organización Mundial de la Salud (2009).

<sup>258</sup> Lozano (2004:36) subraya el hecho de que las técnicas de reproducción asistida tienen como sujeto “la pareja” a quienes diagnostican un problema médico, aunque las destinatarias últimas sean las mujeres. Y la utilización de la pareja como sujeto refuerza una vez más la reproducción limitada al espacio de una relación estable heterosexual y diluye la subjetividad femenina a la experiencia de la reproducción.

<sup>259</sup> Recordar aquí todo el análisis previo sobre la teoría de las necesidades radicales (Heller,1996; Añón, 1998b ).

<sup>260</sup> Toda la obra de Badinter (1980) trata de desmontar la creencia en un instinto maternal de tipo animal, demostrando el carácter histórico y por lo tanto cultural, del deseo maternal.

También es un producto cultural el deseo de tener hijos/as propios (porque si sólo fuera el deseo de tener hijos/as, está la adopción, y no se necesitarían las técnicas de reproducción asistida). Dentro del deseo de tener hijos/as propios, puede diferenciarse criar (rear), parir (bear) y engendrar (beget). Si fuera el parir sólo sería predicable de las mujeres y no de las parejas o los matrimonios como suele ser el caso de las técnicas de reproducción asistida. Si se trata de engendrar, se alude al deseo de perpetuar los genes. Pero si fuera así, tan sólo serán admisibles las técnicas de reproducción asistida que tuvieran los genes de los dos padres, y no ningún tipo de donación de gametos.

En todo caso, el argumento del deseo podría justificarse desde un punto de vista utilitarista. El deseo destinado a dar respuesta a las necesidades humanas más demandadas, y ya que el deseo humano es ilimitado, a establecer orden y jerarquías de los deseos a satisfacer utilizando criterios utilitaristas. Además ese deseo también se justifica como perteneciente a la esfera de la libertad individual que el Estado, a través del derecho debe preservar y proteger.

Durante el trabajo de campo realizado en la presente investigación las mujeres y sobre todo muchas madres defendieron la existencia de un instinto maternal, de una inclinación natural al cuidado para explicar su deseo de ser madres. Pero sólo algún hombre y/o padre mencionó el deseo de perpetuar los genes, ese sentimiento tan masculino, que el derecho siempre se ha ocupado de respaldar<sup>261</sup>.

c) Otro de los argumentos es la existencia de un derecho al libre desarrollo de la personalidad. Según este punto de vista el derecho a la reproducción se desprende del artículo 17.1 de la CE<sup>262</sup>, derecho a la libertad personal, derecho entendido como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción.

---

<sup>261</sup> Cuestión que se estudiará en detalle en el capítulo cuatro sobre análisis sociológico de la maternidad y la paternidad.

<sup>262</sup> Artículo 17. Constitución española:

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.”*

d) También se alude a la existencia de un derecho a la intimidad (artículo 18 CE<sup>263</sup>). En Estados Unidos, las decisiones reproductivas (por ejemplo el aborto) se consideran amparadas bajo el derecho a la intimidad, pero en nuestro ordenamiento jurídico no.

e) En ocasiones se justifica la existencia de un derecho a la reproducción por la existencia de un derecho a fundar una familia. Este derecho si que se encuentra en nuestra Constitución derivado del artículo 10.2. de la CE que incorpora el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)<sup>264</sup>

Una de las principales autoras que han defendido la existencia de un derecho a la reproducción derivado de nuestro actual ordenamiento jurídico es Yolanda Gómez Sánchez. Para esta autora existe derivado de diversos derechos fundamentales explícitamente contenidos en la Constitución española.

Para Gómez Sánchez (1994:34), el estatuto jurídico de la vida, el tratamiento legal del origen y el fin de la vida de nuestro ordenamiento jurídico, está necesariamente ligado a los siguientes derechos constitucionales definidos y respaldados:

- A los valores constitucionales de libertad, la igualdad, la justicia (artículo 1.1. CE<sup>265</sup>)
- A los fundamentos del orden político y la paz social: la dignidad personal, los derechos inherentes y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE)
- Al principio de igualdad (artículo 9.2<sup>266</sup> y 14 CE)

---

<sup>263</sup> Artículo 18. Constitución española

*“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.  
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.  
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.  
4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

<sup>264</sup> Artículo 12. Declaración Universal de los Derechos Humanos

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*

<sup>265</sup> Artículo 1. Constitución española:

*“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*

- Al derecho a la libertad (artículo 17.1 CE)
- Al derecho a la intimidad personal, familiar y al honor (artículo 18)
- Al derecho a formar una familia (artículo 32 CE<sup>267</sup>)
- A la protección de la familia (artículo 39.1 CE)
- A la protección de la madre (artículo 39.2 CE)
- A la igualdad y protección de los hijos (artículo 39.2 y 39.3 CE)
- A la investigación de la paternidad (artículo 39.2 CE)
- A la protección de la infancia (artículo 39.4 CE<sup>268</sup>)

Gómez Sánchez (1994:45) fundamenta en primer lugar la existencia de un derecho a la reproducción en nuestro ordenamiento jurídico derivado del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad entendido como *“derecho – autonomía que, en un principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal”*.

Para esta autora, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *“la libertad constitucionalizada en el artículo 17.1 CE no alcanza a cualquier decisión o actividad humana, aunque sí creo que protege las que derivan de la autodeterminación física del sujeto, de tal modo que al excluirlas del contenido esencial de este derecho lo varían de contenido y lo desnaturalizarían”* (Gómez Sánchez, 1994:48). De esta manera el derecho a la reproducción es un derecho a la autodeterminación física como parte de este derecho a la libertad.

---

<sup>266</sup> Artículo 9.2. Constitución española:

*“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

<sup>267</sup> Artículo 32. Constitución española

*“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.  
2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”*

<sup>268</sup> Artículo 39. Constitución española

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.  
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.  
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.  
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*



También Gómez Sánchez justifica que el derecho a la reproducción venga derivado del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE.

*“No forma parte del contenido esencial de este derecho la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que esta es un acto de libertad), sino que impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales, ya se haga por medios artificiales legalmente autorizados.”*  
(Gómez Sánchez, 1994: 56)

Esta autora en cambio no considera que el derecho a la reproducción se derive del derecho al matrimonio del artículo 32.1 CE *“ya que la reproducción no es elemento constitutivo de este específico pacto de voluntad con relevancia jurídica”*. El derecho a fundar una familia no está de manera explícita recogido en la Constitución española. *“Es una actividad propia de la libertad individual: constituida la familia, entonces sí, debe ser protegida en lo social, en lo jurídico, y en lo económico por el Estado”* (según el artículo 39.1 CE). (Gómez Sánchez, 1994: 57). Pero el derecho a fundar una familia sí que está recogido en los textos jurídicos internacionales, y por lo tanto, son parte de nuestro ordenamiento jurídico interno según el artículo 96.1 CE<sup>269</sup>.

*“La familia existe exclusivamente a partir de la descendencia y en función de ésta”*  
(Gómez Sánchez, 1994: 58)

Además de defender la existencia de este derecho a la reproducción también argumenta quién o quienes son los titulares de este derecho a la reproducción. Como consecuencia de fundamentar el derecho a la reproducción en el derecho a la libertad (artículos 1.1 y 17.1 CE), en la dignidad de la persona, en sus derechos inviolables e inherentes, en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y en el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), sólo las personas físicas individuales pueden ser titulares de este derecho a la reproducción.

---

<sup>269</sup> Artículo 96. Constitución española

*“1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”*

Gómez Sánchez afirma que el derecho a la reproducción es individual, y puede ser ejercido por una sola persona mediante donación de gametos o por una persona más la voluntad concurrente del otro. Debido a la prohibición en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la maternidad subrogada, es posible el ejercicio individual de este derecho a la procreación por parte de mujeres solas y no de hombres.

*“La maternidad está constitucionalmente protegida; no sólo reconocida como una facultad de la mujer, sino que los poderes públicos asumen su protección y lo hacen con independencia del estado civil de la madre (art. 39.2 CE)”.* (Gomez Sanchez, 1994: 74-75).

También existen otros autores que defienden la existencia de un derecho a la reproducción, como Pablo De Lora que cree se fundamenta en la autonomía individual (en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE).

*“Durante siglos tener hijos se ha considerado como una obligación; concretamente, como el cumplimiento del mandato de “creced y multiplicaos” dado a los hombres en el Génesis. En la filosofía moral contemporánea, este deber se ha defendido también como una manifestación del “prescriptivismo universal”* (De Lora, 2006:45).

Este autor afirma que hoy en día existe una verdadera libertad procreativa: *“El formidable avance de la tecnología biosanitaria en el ámbito de la reproducción asistida, así como del conocimiento genético, permite hoy afirmar sin temor a exagerar que, en el mundo desarrollado, nacemos como y cuando queremos.”*(de Lora 2006:45).

Y frente a esta libertad procreativa, también resalta la no injerencia estatal:

*“Si la paternidad y la maternidad, por decirlo con la expresión al uso, es lo que más plenamente da sentido a la vida de muchos seres humanos, un Estado liberal sólo podrá inmiscuirse en tal ámbito de la soberanía individual en circunstancias excepcionales y muy tasadas”* (de Lora, 2006:47).

Pero el mismo autor plantea que como todo ejercicio de libertades individuales, a veces existe la necesidad de imponer ciertos límites a esta autonomía procreativa.

De Lora sostiene que la paternidad y la maternidad se consideran siempre acontecimientos positivos y dichosos en la vida de las personas, sobre las que no cabe enjuiciamiento moral alguno, a excepción por ejemplo de algunas religiones, como la católica, que censuran moralmente la utilización de técnicas de reproducción asistida porque supone una disociación entre el acto sexual y la reproducción, como indica la Instrucción *Donum Vitae*<sup>270</sup> “*que no hay derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación*”.<sup>271</sup>

Pero una vez defendida la existencia de esta libertad procreativa, del derecho a la reproducción, De Lora después procede a analizar el ámbito del ejercicio de la libertad procreativa y los límites a esa libertad procreativa en dos supuestos ético – jurídicos que han planteado numerosos problemas:

- a) Los supuestos de vidas equivocadas o “Wrongful birth”: demandas en las que los padres de un menor nacido con severas patologías que pudieran haber sido detectadas antes del nacimiento mediante técnicas de diagnóstico prenatal, reclaman una indemnización por los daños que esa maternidad y paternidad supone. Estos perjuicios se suelen fundamentar en la imposibilidad de haber ejercido la interrupción voluntaria del embarazo absolutamente permitida e indicada (con los consiguientes costes que genera el hijo/a nacido con una discapacidad).
- b) Los supuestos de nacimientos equivocados o “Wrongful life”: en este caso la demanda no sólo es en nombre de los padres, sino también de ese hijo/a, se solicita una indemnización por el daño que al propio menor le supone existir. Pocas veces se ha admitido estas demandas por nacimientos equivocados ante los tribunales, y cuando así ha sido, se ha hecho más compensando los

---

<sup>270</sup> Congregación para la Doctrina de la Fé, 22 de febrero 1987

<sup>271</sup> Esta visión de que la paternidad y la maternidad son siempre positivos también es la postura respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la sentencia de 5 de junio de 1998, “*la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores*” (en este caso se trataba de una mujer a la que se había practicado una ligadura de trompas y que posteriormente había dado a luz a gemelas).

gastos por atención médica y educación, y no tanto por los perjuicios derivados del dolor y el sufrimiento.

Este autor llega entonces a la conclusión que la admisión judicial de los casos de “wrongful birth” sirve como argumento para afirmar la vertiente material del derecho a la reproducción: *“tenemos por tanto derecho a no soportar la condición de padres o madres de seres humanos que padecen terribles dolencias”* (por un mal diagnóstico o una ausencia de diagnóstico) (Pablo de Lora, 2006:51).

Hay otros autores como Fernando Abellán (2006) que han también reflexionado sobre la fundamentación de este derecho a la reproducción como ejercicio de la libertad reproductiva, utilizando en este caso las posibilidades que plantea el diagnóstico preimplantacional.

Para ello, Abellán utiliza el concepto de libertad reproductiva entendida *“como una libertad de carácter individual o de pareja, mediante la cual los ciudadanos pueden elegir entre distintas opciones procreativas que se les presentan. El punto de partida de esta libertad peculiar sería el ejercicio legítimo de una paternidad responsable que desea evitar problemas graves de salud a sus hijos.”* (Abellán, 2006:23).

Libertad entendida como Stuart Mill, para quien uno es libre si carece de imposiciones e intervenciones externas (una libertad negativa) admitiendo como único límite la posibilidad de causar daño a los demás, lo que legitimaría la intervención del Estado.

Pero en el campo del diagnóstico embrionario nos encontramos que ese tercero no existe en el momento que sus progenitores toman la decisión, y por lo tanto no es alguien titular de derechos en sentido estricto.

Por ello es necesario acudir a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005 (París) que establece que un límite del diagnóstico preimplantacional es las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética (artículo 16<sup>272</sup>).

---

<sup>272</sup> Artículo 16 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos  
Protección de las generaciones futuras

*“Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.”*

En resumen, las opiniones sobre el carácter jurídico de esta libertad procreativa son muy divergentes:

- Hay algunos autores (Robertson, 1994; Dworkin, 1994; Gómez Sánchez, 1994; Alkorta, 2006) que justifican que la libertad reproductiva constituye un verdadero derecho derivado de otros derechos constitucionales como la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el de la intimidad o el derecho a fundar una familia.
- Hay otros autores que plantean si existe un derecho a tener un hijo/a sano gracias al uso de la tecnología o un incluso, un derecho de los futuros hijos/as a quedar a salvo de un cuerpo enfermo (Graunmann 2000).
- Pero también existen pensadores que rechazan la idea de que estemos frente a ningún derecho, y para llegar a esta afirmación recuerdan que este derecho al hijo/a como consagración de una libertad reproductiva no ha sido reconocido en ningún texto jurídico internacional de derechos humanos. Al contrario, son muchos los tratados internacionales que reconocen el derecho de los niños/as a unos padres y a una familia, que protegen esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo.

En la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida, ni siquiera se exige que exista un problema de esterilidad previa a los usuarios de estas técnicas. Sólo es exigible a aquellos que quieran beneficiarse de la cobertura del Sistema Nacional de Salud<sup>273</sup>.

Debido a los avances técnicos, y sobre todo a las posibilidades que abren técnicas como el diagnóstico preimplantacional más allá de este derecho a la reproducción, se habla incluso de un nuevo concepto de justicia social que abarque la evitación de determinadas desigualdades naturales, hasta ahora atribuidas al azar o a la lotería de la vida. Será posible evitar enfermedades o discapacidades, que antes de consideraban desgracias del azar, pero después, quienes lo sufran, bien por falta de información de sus progenitores, bien por falta de posibilidades de acceso de estos últimos al consejo genético, se considerarán objeto de una injusticia.

---

<sup>273</sup> De acuerdo a lo establecido en el apartado 5.3.8, del Anexo III, del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

*“Según aumenten nuestras capacidades de actuación en materia genética para prevenir o tratar enfermedades, el territorio de lo natural se irá desplazando al ámbito de lo social, y este nuevo territorio que vaya surgiendo será colonizado por las ideas de justicia” (Abellán, 2006:45).*

Parece especialmente oportuno enfatizar de nuevo la idea de que apenas se haya prestado atención al derecho a la maternidad, ni por parte de feministas, ni de filósofos ni de juristas. Las primeras por miedo a esencialismos femeninos, y los segundos porque reclamar la existencia o construcción de un derecho así, implicaría reconocer un derecho de titularidad únicamente femenina, incompatible con la definición de ciudadanía “neutral” e “igual” de nuestro Estado de derecho.

En cambio, los esfuerzos doctrinales por encontrar argumentos que defiendan la existencia de un derecho a la reproducción, han estado más ligados a dotar de legitimidad al avance y aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Este supuesto derecho a la reproducción precisamente, y como se ha visto, no ha dotado de mayor autonomía procreativa a las mujeres en campos como el aborto, ni tampoco han constituido un derecho que facilitara la responsabilidad colectiva sobre las consecuencias de la maternidad y los trabajos del ciudadano.

#### **2.5.4. Autonomía procreativa en positivo**

Los debates acerca de la autonomía procreativa o el ejercicio del supuesto derecho a la reproducción no existen, o apenas aparecen cuando se habla de técnicas de reproducción asistida o de investigación biomédica. Parece que todo aquello que sirva para poder ejercer esta autonomía procreativa en positivo no merece ningún tipo de debate social público, ni suscita demasiadas controversias más allá de círculos de expertos.

Por ejemplo, la utilización de las técnicas de reproducción asistida, o la investigación biomédica con preembriones, embriones y fetos ha sido contundentemente criticado y desautorizado por la Iglesia Católica, que considera primero que las técnicas de reproducción asistida disocian el acto sexual con la reproducción, y por lo tanto son condenables. Y además que entienden que desde el momento de la concepción existe vida humana titular del derecho a la vida y del derecho a la dignidad, y por lo tanto, en

ningún modo debe manipularse o intervenir, porque si así se hace se está atentando a la dignidad humana en sí misma<sup>274</sup>.

La opinión de la Iglesia Católica es importante en España donde el 45,8 % de los españoles se declara católico no practicante, y el 27,7 por ciento católico practicante, y donde también el 56,1 por ciento de los extranjeros residentes en España se declaran católicos<sup>275</sup>.

A pesar de estas posturas en contra, en nuestro país están vigentes leyes como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

Estas dos leyes entre muchas cuestiones permiten:

- La conservación de gametos, y la creación y conservación de preembriones con fines reproductivos<sup>276</sup>.
- Se diferencia preembrión<sup>277</sup>, embrión<sup>278</sup> y feto<sup>279</sup>, y se admite la experimentación con fines reproductivos y terapéuticos<sup>280</sup>, siempre bajo fuertes

---

<sup>274</sup> En 1951, el papa Pío XIII condenó toda práctica de inseminación artificial: por el pecado de la masturbación del donante; porque se desvincula sexo y reproducción para la mujer receptora; Y también porque el uso del semen del donante va en contra del sacramento del matrimonio. Esta postura continua vigente con la declaración doctrinal del Vaticano en 1987.

<sup>275</sup> Fuente: Encuesta sobre Religiosidad, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Febrero 2008.

<sup>276</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 1: “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto:

c) *La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.*”

<sup>277</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, artículo 3.s) “ «Preembrión»: *el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.*”

<sup>278</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, artículo 3 l) “«Embrión»: *fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener.*”

limitaciones<sup>281</sup> y enumerando de manera específica las circunstancias en las que es posible<sup>282</sup>.

Dichas leyes además cuentan con una amplia aceptación social, y no fueron objeto de gran debate social y político más allá de los círculos de expertos.

Es incuestionable el hecho de que las técnicas de reproducción asistida son un avance científico que da respuesta a las demandas de un hijo/a biológico de muchas parejas estériles en nuestro país, y que además la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, lo que hace es tutelar esa autonomía procreativa de hombres y mujeres, para que puedan hacer efectivo su derecho a la reproducción gracias a los avances médico científicos.

Tampoco cuestionamos los beneficios que la investigación biomédica aporta a la ciencia y a la medicina en general, y que como la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, establece se está cumpliendo *“con el mandato recogido en el artículo 44.2 de la Constitución Española<sup>283</sup>, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés*

---

<sup>279</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, artículo 3 n) *“ «Feto»: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.”*

<sup>280</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, Artículo 1.1. b) *“Objeto y ámbito de aplicación.*

*1. Esta Ley tiene por objeto regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica y, en particular:*

*b) La donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas.”*

<sup>281</sup> Ver por ejemplo en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, los artículos 2 *“Principios y garantías de la investigación biomédica”*, artículo 4 *“Consentimiento informado y derecho a la información”*, artículo 5 *“Protección de datos personales y garantías de confidencialidad”*. Y en especial el artículo 28 *“Donación de embriones y fetos humanos”*.

<sup>282</sup> Ver por ejemplo en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, los artículos 29 *“Requisitos relativos a la donación”* (se entiende de embriones y fetos humanos), artículo 30 *“Limitaciones a la investigación con los embriones y fetos vivos en el útero”*, artículo 31 *“Requisitos de utilización”*.

<sup>283</sup> Artículo 44. 2. Constitución española:

*“Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”*



general” (Exposición de Motivos de la ley) y que “la Ley garantiza la libertad de investigación y de producción científica en los términos del artículo 20<sup>284</sup> de nuestra Constitución” (Exposición de Motivos de la ley).

Además la propia ley establece que la finalidad de la investigación con gametos, preembriones, embriones o fetos será de finalidad terapéutica para sí mismos o para otros seres<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Artículo 20. Constitución española

*“1. Se reconocen y protegen los derechos:*

*a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

*b. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

*c. A la libertad de cátedra.*

*d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.*

*La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

*2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.”*

<sup>285</sup> “Artículo 19. Investigaciones durante el embarazo y lactancia.

*1. Exclusivamente podrá autorizarse una investigación en la que participe una mujer embarazada, respecto a la cual dicha investigación no vaya a producir un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento, si se cumplen las siguientes condiciones:*

*a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir a producir unos resultados que redunden en beneficio de otras mujeres, embriones, fetos o niños.*

*b) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en mujeres que no estén embarazadas.*

*c) Que la investigación entrañe un riesgo y un perjuicio mínimos para la mujer y, en su caso, para el embrión, el feto o el niño.*

*d) Que la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos previstos en esta Ley.*

*2. Cuando la investigación se lleve a cabo en una mujer durante el periodo de lactancia, deberá tenerse especial cuidado en evitar un impacto adverso en la salud del niño.”*

“Artículo 28. Donación de embriones y fetos humanos.

*1. Los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos.*

*2. La interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y la utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas. El procedimiento y modo de la práctica de la interrupción del embarazo estarán únicamente supeditados a las exigencias y limitaciones legales y a las características y circunstancias que presente aquél.*

*Los profesionales integrantes del equipo médico que realice la interrupción del embarazo no intervendrán en la utilización de los embriones o de los fetos abortados ni de sus estructuras biológicas. A tal efecto, los integrantes del equipo investigador dejarán constancia por escrito de esta circunstancia, así como de la ausencia de conflicto de intereses con el equipo médico.*

*3. Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital.”*

Estas leyes no tienen rango normativo de ley orgánica, porque en ningún momento se considera que están regulando cuestiones que tienen que ver con derechos fundamentales constitucionalmente protegido, materia reservada a ley orgánica según el artículo 81.1 de la Constitución española.

En la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999 sobre el Recurso de inconstitucionalidad contra la primera ley de técnicas de reproducción asistida en España, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, La sentencia rechazó (FJ4) que dicha ley estuviera infringiendo la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la CE, porque la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no tenían que ver con el derecho a la vida consagrado en el artículo 15 de la Constitución. A juicio del Tribunal Constitucional, *“el artículo 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los nascituri”*. Y la ley impugnada se refiere a técnicas reproductoras previas a la formación del embrión humano.

También el Tribunal Constitucional interpretó (FJ11) que la posibilidad de crioconservar los preembriones sobrantes no constituía un atentado ni al artículo 15 de la CE sobre la vida, ni a la dignidad humana del artículo 10.1 CE porque *“ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, “persona humana”, por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (artículo.15 CE) o a la dignidad humana (artículo. 10.1 CE)”*.

### **2.5.5. Autonomía procreativa en negativo: la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)**

El tratamiento dado en las posibilidades de la reproducción humana, como un interés general digno de tutela estatal y la legislación para regular sus aplicaciones, contrasta

---

*“Artículo 30. Limitaciones a la investigación con los embriones y fetos vivos en el útero. Exclusivamente podrán autorizarse intervenciones sobre el embrión o el feto vivos en el útero cuando tengan un propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés, sin perjuicio de lo previsto legalmente sobre la interrupción voluntaria del embarazo.”*

en cambio con lo que sucede con el debate en torno a la autonomía procreativa en negativo.

Cuando en nuestro ordenamiento jurídico, y en nuestro contexto social, político y moral se debaten o discuten cuestiones referentes al aborto, el debate se realiza bajo parámetros radicalmente diferentes.

Ejemplo de ello es, por supuesto, que la postura de la Iglesia Católica de condena al aborto tiene un amplio eco en la opinión pública, y cuenta con la aquiescencia de un importante sector de la población, que también considera que existe vida humana digna de tutela jurídica desde el mismo momento de la concepción, y que por lo tanto, en las legislaciones sobre el aborto, lo que está en juego es el derecho a la vida de ese “nasciturus”<sup>286</sup>.

También puede servir como ejemplo la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, sí que se trata de una materia reservada a ley orgánica, pero no puede tratarse del derecho a la vida protegido en el artículo 15 de la Constitución Española<sup>287</sup>, sino de los derechos fundamentales ligados a los sexuales y reproductivos, como parte de la integridad física y moral de los individuos<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Los grupos de presión pro-vida han desviado la atención sobre las nuevas legislaciones sobre el aborto o las técnicas de reproducción asistida, y han contribuido a transformar el debate sobre el derecho a abortar o a las técnicas de reproducción asistida que cuentan con un importante respaldo social, hacia cuestiones como la contracepción de emergencia, los abortos tardíos, la posibilidad de que las adolescentes aborten sin autorización paterna o la inclusión de los derechos del embrión (Kenny, 2006:20).

<sup>287</sup> Artículo 15. Constitución española  
*“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.”*

<sup>288</sup> *“El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)

También estos derechos sexuales y reproductivos son una parte integrante de la autonomía procreativa de las personas, tal y como sigue la Exposición de Motivos de dicha ley, materia sobre el que rige la regla de no interferencia estatal<sup>289</sup>.

A una ley que garantiza el ejercicio de unos derechos fundamentales, de los que se derivan los derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal y familiar, se le añade la legislación sobre el aborto<sup>290</sup>. Aunque las explicaciones sobre la naturaleza orgánica de la LOIEMH son aquí también aplicables, ya que la disposición adicional tercera restringe el carácter de orgánico a una parte muy pequeña de la ley<sup>291</sup>, que precisamente es la que tiene relación con las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de reforma del Código Penal<sup>292</sup>.

Por lo tanto, una vez más, el hecho de fundamentar los derechos sexuales y reproductivos en los derechos fundamentales de integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal y familiar, no es considerado por el legislador sino una regulación consustancial de ningún derecho fundamental. De hecho, en el despliegue

---

<sup>289</sup> “La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

<sup>290</sup> “Una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección del bien jurídico representado por la vida prenatal” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

<sup>291</sup> *Disposición final tercera.* Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo  
“Carácter orgánico.  
La presente Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución. Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el capítulo II del Título II, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico.”

<sup>292</sup> Tiene sólo naturaleza orgánica por tanto, el capítulo I del Título II sobre las *Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo*, que incluyen cuestiones como la garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 12); requisitos comunes (artículo 13); interrupción del embarazo a petición de la mujer (artículo 14); interrupción por causas médicas (artículo 15); el comité clínico (artículo 16) y la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 17).

de la ley, cuando se está refiriendo a estos derechos sexuales y reproductivos, a excepción del título preliminar<sup>293</sup>, el resto de la ley con carácter no orgánico, se trata de políticas públicas.

Es cierto que las exposiciones de motivos no tienen carácter normativo, pero sí que conservan un valor interpretativo fundamental del texto de la ley. Y en este caso es importante subrayar que el legislador ha creado un nuevo concepto legal “el bien jurídico de la vida prenatal”, vida prenatal que repite en varias ocasiones a lo largo de la exposición de motivos, y que después no aparece posteriormente en el texto de la ley, pero puede crear mucha confusión.

¿Es la vida prenatal un bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento jurídico? La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, y ha determinado que el “nasciturus” es objeto de tutela legal en la medida que constituye una potencialidad de vida humana<sup>294</sup>. El Tribunal Constitucional considera el “nasciturus” como “un bien jurídico protegido” pero no titular de un derecho fundamental (Balaguer, 2005:164-165). El Tribunal Constitucional reconoce un cierto respeto al cuerpo de la mujer, pero no reconoce el derecho de la mujer a su propio cuerpo, el feto es un bien jurídico protegible.

Tal y como Alfonso Ruiz Miguel explica (1990:65): *“El valor de la potencialidad exige aceptar que el no nacido tiene derecho a la vida, incluso desde el momento de concepción, pero sin que ese derecho deba considerarse en todo caso tan fuerte y protegido como el de los seres humanos actuales, de manera que puede ceder ante derechos de terceros, sea a la vida o sea a otro tipo de derechos, como la autonomía de la embarazada, su derecho a la intimidad... (...) y por tanto, del grado de protección que merece la vida del no nacido, reclama una respuesta que no puede ser del tipo o todo o nada, sino graduada conforme a diferentes periodos”*.

Pero en esta ley orgánica se afirma que se trata de vida prenatal. Y esto puede entrar en contradicción con lo que se considera vida o no en legislaciones ya analizadas

---

<sup>293</sup> En el mismo artículo 1 se habla de “*garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*” y en los artículos 2, 3 y 4 se abordan definiciones y condiciones de los derechos sexuales y reproductivos que podrían ser interpretados como partes orgánicas.

<sup>294</sup> La STC 53/1985, el Tribunal Constitucional no comparte con el Tribunal Supremo la consideración del “nasciturus” como titular de un derecho a la vida (que constituye un derecho fundamental) en el caso de un aborto practicado en el extranjero (donde se reclama que el nasciturus sea considerado como español).

como la ley de técnicas de reproducción asistida o la ley de investigación biomédica, leyes estas, que en ningún momento hablan de vida prenatal cuando se refieren a potencialidades de vida humana, como los embriones o preembriones.

El Código Penal alemán por ejemplo utiliza el momento de la anidación como principio de la vida humana, en contra de los argumentos que desde la fecundación ya hay vida humana, están las evidencias científicas de que el cincuenta por ciento de los óvulos fecundados no terminan finalmente anidando, y que hasta el momento de la anidación, todavía pueden formarse gemelos monocigóticos, por lo tanto, tampoco se puede hablar de “individualidad” de la vida humana.

Pitch (2003:100) analiza cuál es el interés general que persigue y protege el Estado con la regulación jurídica del aborto si no se trata de la “tutela de la vida” (embrión) porque jurídicamente no es vida humana independiente y además hay supuestos en los que sí se puede abortar. Tampoco se trata de proteger la salud femenina. Entonces tan solo queda que la intención última sea “el control de la reproducción”. Y frente a esta intencionalidad, la autora reclama la necesidad de reivindicar *“la competencia moral femenina para decidir por sí y por tanto para todos, en el ámbito de la reproducción”*.

Precisamente en el apartado anterior sobre el derecho a la reproducción se han recogido diferentes posiciones doctrinales para defender la existencia de un derecho a la autonomía procreativa, y estos argumentos parecen lícitos en los debates sobre las técnicas de reproducción asistida, pero no en cuestiones sobre el aborto. La fundamentación jurídica sobre la autonomía reproductiva desaparece cuando esa autonomía quiere ejercer la abstención de reproducirse. Las mujeres son libres de reproducirse, y se hacen esfuerzos doctrinales para fundamentar incluso su derecho a reproducirse, pero no ocurre lo mismo en la renuncia de este derecho.

No hay consenso sobre cuando un feto puede vivir de manera autónoma de su madre. No depende tanto de características intrínsecas del feto como de los avances científicos y médicos<sup>295</sup>. Por lo tanto, al hablar de una posible regulación jurídica sobre

---

<sup>295</sup> Aunque la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo menciona en su exposición de motivos un consenso sobre el momento de viabilidad fetal: *“El umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación.”*

el aborto de plazos, hay que considerar no tanto cuando el feto es viable sino cuanto tiempo es razonable que la mujer necesite para decidir.

Dworkin (1994:26) cree que puede hablarse de vida humana en el momento en que tenga intereses propios, y según él, no puede hablarse de intereses propios *“a no ser que tenga o haya tenido alguna forma de conciencia: alguna vida psíquica además de física”*.

También este autor reclama la intervención de la voluntad humana, del deseo de tener un hijo/a, como un elemento importante a la hora de valorar de cuando se está hablando de inicio de vida humana. Este argumento es muy importante a la hora de analizar qué papel juega la decisión de la mujer en tener ese hijo/a en el ejercicio de la autonomía procreativa.

*“Las opiniones más liberales ponen énfasis (...) en la idea de que una vida humana surge no solo de fuerzas divinas o naturales, sino también (...) de un proceso personal de elección, formación, compromiso y decisión”*.(Dworkin, 1994:125)<sup>296</sup>

Es decir, ¿debe el Estado proteger “valores intrínsecos” como por ejemplo el “nasciturus” (la potencialidad de vida humana) frente a derechos de las personas, por ejemplo la autonomía procreativa de las mujeres?

Dworkin considera que el derecho a la autonomía procreativa ocupa un lugar importante en la cultura política occidental, y que este derecho descansa en el derecho a la dignidad humana, individual, que para Dworkin significa *“las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse, por sí mismas, a las cuestiones fundamentales acerca del significado de sus propias vidas, respondiendo a sus propias conciencias y convicciones”* (Dworkin, 1994:217).

Este autor (1994:220-222) apunta cuáles son los argumentos que permiten al Estado regular el aborto y prohibirlo en ciertos supuestos frente al derecho a la autonomía

---

<sup>296</sup> Dworkin (1994:195) mantiene que el debate sobre el aborto en Estados Unidos tiene como uno de los elementos de discusión la pregunta de si el listado de derechos generales y abstractos de la Constitución Americana se desprende el derecho a la autonomía procreativa de las mujeres. También discute sobre si el Estado debe tan sólo velar por los derechos de las personas, o también debe velar por “valores intrínsecos de la sociedad” (similar a los intereses generales) como podría ser las generaciones futuras o el patrimonio histórico-cultural.

reproductiva de las mujeres. En principio el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres está por encima del feto, porque no se considera persona humana. Pero suele establecerse como periodo máximo el momento de la viabilidad fetal (el momento en el que el feto puede vivir de manera independiente y fuera del útero materno):

- Porque el feto ya tiene cierta sensibilidad y por lo tanto “intereses propios”.
- Porque se considera que la mujer ya ha tenido tiempo suficiente para tomar una decisión dentro del ejercicio de su autonomía reproductiva.
- Y porque se parte de la idea de que el aborto es un acto inmoral, porque supone un insulto a la santidad e inviolabilidad de la vida humana y que por lo tanto, es cada vez más inmoral según avanzado esté este proyecto de vida humana y más cercano al límite entre feto y bebé. De ahí que el aborto en los últimos meses de embarazo esté casi siempre prohibido, excepto las excepciones en las que peligre la vida de la madre.

En resumen puede observarse, que son muy diferentes los debates si se trata de autonomía procreativa en positivo (por ejemplo en asuntos relacionados con las técnicas de reproducción asistida o la investigación biomédica) o si se trata de autonomía procreativa en negativo (por ejemplo el aborto).

En el caso de la autonomía procreativa en positivo, se defiende la existencia de esta autonomía como un derecho de las personas, derivado de ciertos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, y legitimados como derechos humanos. Su posible colisión con potencialidades de titulares de derechos a la vida no es objeto de demasiada atención jurídica ni moral.

En cambio, en las discusiones acerca de la autonomía procreativa en negativo, ya no se considera que estemos hablando de un derecho (el supuesto derecho a la reproducción) derivado de derechos fundamentales. Y aquí sí que es importante la defensa jurídica y la atención moral dispensada a los potenciales titulares de derechos a la vida. Quizás es que este derecho a la reproducción es un derecho del que no se admite renuncia, es decir, que se debe siempre desear, y el Estado y sus leyes tutelar, que hombres y mujeres se reproduzcan, al igual que tampoco es renunciable el derecho a la vida. Pero en el caso del derecho a la vida, su renuncia es inadmisibles porque implica el fin de la existencia de ese derecho fundamental, mientras que en el caso del derecho a la reproducción, la libertad de reproducirse o no constituye un



elemento esencial del propio derecho, libertad sin la cual no se puede hablar de que exista derecho alguno.



## CAPÍTULO 3 TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD<sup>297</sup>

### ***3.1. Evolución histórica de la maternidad en el ordenamiento jurídico español***

Los orígenes de las políticas y legislaciones de protección de la maternidad en Europa<sup>298</sup> aparecen a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, dependiendo del momento de explosión de la Revolución Industrial en cada uno de los países europeos. Estas primeras leyes de protección de la maternidad obedecen a fines natalistas e intereses claramente demográficos (Marrades Puig, 2002:35).

Los poderes públicos estaban interesados en que las mujeres siguiesen cumpliendo la función reproductora y de cuidado de los hijos/as, a la vez que se incorporaban al mercado de trabajo y se mantenían como mano de obra imprescindible en la maquinaria de progreso económico que se había puesto en marcha con la Revolución Industrial.

En España, en la segunda mitad del siglo XIX se produce el despegue industrial, y también un cambio de mentalidad respecto a la participación de la mujer en el mercado de trabajo. Los empresarios comienzan a contratar a las mujeres como mano de obra en la actividad fabril, aunque lo hacen en condiciones generalmente de explotación (Cabeza Sánchez-Albornoz, 1985).

---

<sup>297</sup> Se abordará el análisis del tratamiento jurídico de la paternidad cuando aparezca en las leyes estudiadas. Si no aparece, los títulos reflejan que tan sólo se aborda en la ley la maternidad.

<sup>298</sup> Se toma como contexto de referencia Europa, ya que el tratamiento legal de la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico está influido por factores como el nacimiento del Estado moderno y la evolución del Estado de Derecho, las obligaciones derivadas de los textos de Derecho internacional y de la Unión Europea, así como el impacto social y económico de la Revolución Industrial. Todos estos elementos son en general comunes en Europa y coinciden en el tiempo, de ahí la limitación de la investigación a comparar tan sólo con otras realidades europeas más cercanas a la realidad española.

Los orígenes de la protección de la maternidad en la legislación española podemos hallarlos en la **Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños** y su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900. Estas regulaciones rompen el principio de no injerencia estatal<sup>299</sup> en cuestiones relativas a las relaciones de trabajo, y lo hacen en beneficio del colectivo de mujeres y niños para evitar las consecuencias que su explotación estaban ocasionando a la sociedad en su conjunto. Las pésimas condiciones de trabajo, la alta mortalidad maternal e infantil, así como el deterioro de su salud, ponía en jaque el desarrollo demográfico y económico de un país que estaba en pleno despertar de la revolución industrial (García González, 2007; Gala, 2007).

Junto con estos argumentos claramente natalistas y económicos, había también una ideología de carácter moral y benéfico, que promovía una legislación de carácter asistencial y filantrópica para mejorar las malas condiciones de trabajo de dos colectivos objeto de especial tutela en el sistema jurídico, por su incapacidad y vulnerabilidad.

Las principales regulaciones contenidas en estas leyes hacían alusión a la protección de la salud de las mujeres trabajadoras, entre ellas la maternidad, para evitar el deterioro físico que más tarde podría ocasionar daños a sus hijos/as, y por tanto a las generaciones futuras. Por ello, la protección de la salud de la mujer trabajadora era necesaria en cualquier momento de su vida profesional y no sólo durante el embarazo y puerperio, y en consecuencia, esta primera ley también prohíbe el desempeño de actividades laborales peligrosas para la salud de la mujer, como el trabajo nocturno, actividades pesadas, tóxicas o insalubres en general.

También estas primeras regulaciones buscaban proteger la moralidad de las mujeres trabajadoras, y así prohibían emplear a las mujeres en actividades laborales que pudieran herir su moralidad. Como ejemplo de esta finalidad moral está la obligación de separar a obreros y obreras cuando fuera necesario el alojamiento para el desempeño de la actividad laboral (Cabeza Sánchez-Albornoz, 1985:148-149).

---

<sup>299</sup> En este momento histórico, España todavía está en un modelo de Estado liberal, donde como se ha visto en el capítulo anterior, se predica una actuación mínima del Estado en cuestiones económicas, y se acepta un papel claramente abstencionista en el ámbito del trabajo. La influencia del movimiento obrero español, y la influencia de la Iglesia Católica denunciando las penosas condiciones de trabajo del proletariado, son el motor de empuje de las primeras legislaciones intervencionistas de un Estado, que comienza a tomar en serio la denominada “cuestión social” (Montoya Melgar, 1992; Molina Gonzalez-Pumariega, 2004).

La Ley de 1900 y su posterior reglamento estuvieron fuertemente influidos por la Conferencia Internacional de Berlín en 1890<sup>300</sup>, así como las recomendaciones de la Societè Obstetricale de Francia de 1901 que recomendaban como mínimo un descanso de cuatro semanas tras el parto. Este plazo de descanso de cuatro semanas fue el adoptado por numerosas legislaciones europeas en los años inmediatamente posteriores<sup>301</sup>.

Las principales novedades de esta ley sobre la protección de la maternidad fue la inclusión<sup>302</sup> del descanso obligatorio de la mujer trabajadora durante las tres semanas inmediatamente posteriores al parto<sup>303</sup>; la posibilidad de pedir la baja antes del parto; la reserva del puesto del trabajo durante su ausencia por embarazo y parto; y la introducción de un permiso retribuido durante la jornada laboral de una hora para la lactancia, que la trabajadora podía dividir en dos periodos de media hora.

---

<sup>300</sup> La Conferencia Internacional de Berlín de 1890 fue convocada por Guillermo II de Alemania, con la finalidad de regular el trabajo en las fábricas y proponer políticas sociales para resolver la cuestión social. Había representación diplomática de Francia, Inglaterra, Bélgica, Suiza, Italia, Dinamarca, Austria, Suecia, Holanda, Luxemburgo, España y Portugal. Supuso la primera vez que se reunieron gobiernos para debatir normas laborales.

<sup>301</sup> Como por ejemplo Austria (1885); Bélgica (1889); Dinamarca (1901), Hungría (1884); Países Bajos (1889), Inglaterra (1891) (Cabeza Sanchez-Albornoz, 1985:152).

<sup>302</sup> El artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900:

*“No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.*

*Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento,*

*Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde.*

*Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido.*

*No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia”.*

<sup>303</sup> Esta es la primera ley que introduce el carácter suspensivo del descanso obligatorio después del parto, y trata de proteger la continuidad de la relación laboral una vez la mujer trabajadora pueda reincorporarse. Desde entonces las ausencias para dar a luz ya no pueden dar lugar a la resolución del contrato de trabajo (Molina González-Pumariego, 2004:67).

El reglamento amplía las disposiciones contenidas en la ley y además aclara algunos de los puntos más confusos<sup>304</sup> estableciendo la posibilidad de que las mujeres estando ya en su mes octavo de embarazo solicitaran el descanso obligatorio por parto; se introduce la posibilidad de ampliar este descanso obligatorio hasta cuatro semanas después del parto si el médico certificase que la mujer no estaba en condiciones de incorporarse aún al trabajo; también este Reglamento permite dividir la hora de lactancia en cuatro periodos de quince minutos cada uno, dos por la mañana y dos por la tarde, siempre y cuando pudieran traer el bebé al lugar de trabajo de la madre; y por último incluye la posibilidad de ampliar el tiempo de lactancia materna, pero descontándolo del salario de la madre.

La finalidad de la primera ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de las mujeres y los niños no era la protección de la maternidad de las obreras, sino regular las condiciones de trabajo de mujeres y niños ante la situación social creada, así como las consecuencias que tenía en el crecimiento demográfico y en el desarrollo económico del país.

La ley de marzo de 1900 tenía un contenido exclusivamente laboral y no de protección social porque no se recogía ninguna prestación para la trabajadora o su familia durante el periodo de descanso obligatorio en el cual tampoco cobraba ningún sueldo. Tampoco incluían ningún tipo de asistencia médica (Gala, 2007:92-94).

Esta primera legislación refuerza el rol tradicional de la mujer como cuidadora y concibe a las mujeres como seres inferiores subordinadas a la función maternal para lo que están destinadas.

*“Estamos ante una legislación que tiene en su punto de mira la condición biológica de madre de la mujer trabajadora en el periodo del embarazo, parto y primeras semanas*

---

<sup>304</sup> Artículo 19 del Reglamento para la aplicación de la ley de 13 de marzo de 1900:

*“A tenor de lo dispuesto en el art. 9º de la Ley, las obreras con hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día para dar el pecho a sus hijos. Dicha hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, utilizables uno por la mañana y otro por la tarde. No obstante, si la madre lo prefiere, y siempre que al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla preste sus servicios, podrá dividir la hora en cuatro períodos de a quince minutos, utilizables dos por la mañana y dos por la tarde.*

*El tiempo destinado a la lactancia, siempre que no exceda de una hora diaria no será descontable para los efectos de cobro de jornales.*

*La madre, sin embargo, sometiéndose al descuento correspondiente, podrá dedicar a la lactancia de su hijo más tiempo de una obra diaria”.*

*de vida*” (Olga Paz, 2010: 290). Como reflexiona Olga Paz, “*es cierto que el legislador protege la salud de la mujer, pero especialmente la de las futuras generaciones*” (Paz, 2010:297)<sup>305</sup>.

Pero esta ley de 1900 encontró graves obstáculos en su aplicación efectiva, tanto por parte de los patronos, como de las propias trabajadoras, que incluso protestaron contra la ley ya que el descanso obligatorio constituía una merma a sus ingresos económicos, ya de por sí precarios<sup>306</sup> (Molina González-Pumariega, 2004; Gala, 2007).

Aunque la ley y el reglamento de 1900 se considera la primera ley de protección de la maternidad, en cambio, ese descanso obligatorio de tres semanas no era retribuido, y por lo tanto, era a todas luces insuficiente. No es hasta la II República (1931-1939), cuando se aprueban las primeras leyes para crear un descanso retribuido tras el parto para las mujeres trabajadoras, verdadero antecedente de la baja maternal.

Un acontecimiento importante fue la I Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington el 29 de octubre de 1919 bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En esta Conferencia se firmó un convenio dirigido a ampliar los derechos de la madre trabajadora, entre ellos el derecho a descansar seis semanas antes del parto, siempre y cuando la mujer contara con un certificado médico declarando que el parto probablemente tendría lugar dentro de las seis semanas posteriores; el derecho a un descanso obligatorio de seis semanas después del parto; la reserva del puesto de trabajo durante este descanso obligatorio; la asistencia médica gratuita durante el periodo de descanso; el derecho a una prestación económica durante este descanso; y el derecho a un permiso retribuido por lactancia de dos descansos de media hora durante la jornada laboral.

Las obligaciones contraídas por España en esta conferencia internacional, además de querer emular a otros países europeos que ya habían dispensado una protección más

---

<sup>305</sup> Y esta misma autora se pregunta sobre quién es el verdadero sujeto de los derechos que contienen estas legislaciones, si las madres o las generaciones futuras.

<sup>306</sup> La Comisión de Reformas Sociales, creada en 1873, estudió la realidad social para informar y permitir legislar sobre las condiciones laborales de la clase trabajadora. En uno de los cuestionarios que se utilizaron sobre el empleo femenino, se constataba que las mujeres obreras trabajan por pura necesidad económica, para poder completar el insuficiente salario masculino y asegurar la supervivencia de la familia (Molina González-Pumariega, 2004:65-67).

amplia a las trabajadoras madres, y en el nuevo marco jurídico y político de la II República, llevan a la creación del seguro obligatorio de la maternidad creado por el Real Decreto de 21 de agosto de 1923, lo que fue un anticipo del **seguro social obligatorio de maternidad que se instauro en el Real Decreto-Ley de 21 de marzo de 1929, y su correspondiente Reglamento de 21 de enero 1930**. Este seguro obligatorio de maternidad entra en vigor el 1 Octubre de 1931 tras La ley 9 septiembre de 1931 ya en la II República (Gala, 2007:91).

Hay que tener en cuenta también que la Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931 reconocía la igualdad entre hombres y mujeres<sup>307</sup> (Marrades Puig, 2002: 61) y también contenía artículos como el artículo 46 que disponía:

*“La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte (...) la protección de la maternidad”.*

También es importante toda la labor legislativa durante la II República sobre otras cuestiones relativas a la mujer y su igualdad jurídica, más allá de la protección dispensada como trabajadora: el matrimonio civil, el divorcio, el reconocimiento de la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la posibilidad de investigar la paternidad.

La protección legal de la maternidad en la II República tiene también que enmarcarse en la ideología republicana española que, como se ha podido ver en el capítulo primero de la presente tesis, se hizo receptora de las ideas higienistas y eugenésicas europeas. En este sentido es destacable como políticas feministas de la época, como Federica Montseny y Lucía Sanchez Saornil defendían ideas vinculadas al neomaltusianismo y la maternidad consciente. Se reivindicaba un tratamiento especial para la mujer madre y la equiparación salarial con el hombre.

A pesar del aparente carácter progresista de las leyes republicanas, las legislaciones de protección de las mujeres trabajadoras siguen estando inspiradas en la debilidad del sexo femenino, y legislan sobre las mujeres y los menores como ejemplos de las

---

<sup>307</sup> Artículo 2º de la Constitución de 1931 reconoce que *“Todos los españoles son iguales ante la ley”* y el artículo 25 afirma que *“No podrá ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas”*.



históricas “medias fuerzas”<sup>308</sup> (Espuny, 2006b:1). De ahí que haya autoras, como por ejemplo Molina Gonzalez-Pumariega (2004:29) que distinguen en la historia de las legislaciones de protección a la mujer trabajadora entre las normas realmente protectoras, como lo son las regulaciones de protección de la maternidad, y las normas supuestamente protectoras, pero al final, discriminadoras, como aquellas que imponían límites o prohibiciones específicas al trabajo de la mujer argumentando su función primordial y natural de madre y esposa, y el carácter excepcional de su participación en el mercado de trabajo asalariado<sup>309</sup>.

*“A pesar, por tanto, del aparente espíritu más abierto y permisivo que se respiraba en las normas republicanas, tal legislación no dejaba de estar teñida de aires moralistas y paternalistas, (...) supuestamente protectores, entre otras razones por la difícil situación que atravesaba el mercado de trabajo en los años treinta, que impedía la libre concurrencia de mujeres para evitar mayor desempleo que el ya grave existente”* (Molina González-Pumariego, 2004:77).

Las beneficiarias del seguro obligatorio de maternidad eran todas las mujeres asalariadas trabajadoras, afiliadas al Retiro Obrero, cualesquiera fuera su nacionalidad, estado civil y cuando se encontraran entre los dieciséis y cincuenta años. Por lo tanto, el seguro de maternidad se otorgaba bajo un doble criterio: sociológico, teniendo la condición de obrera o empleada y jurídico, estando inscrita en el régimen del Retiro Obrero (Gala, 2007:96).

El concepto de trabajadora asalariada era muy amplio, y tan sólo no estaban incluidas las trabajadoras del servicio doméstico. Pero esta exclusión era importante porque se calcula se estaba dejando fuera a aproximadamente una tercera parte de la población activa femenina de 1930. Las razones que se aducían eran las dificultades de inspección en la familia que podrían dar lugar a violaciones de la intimidad familiar. Pero esta exclusión se correspondía más con la ideología burguesa dominante en la

---

<sup>308</sup> El término “medias fuerzas” quería subrayar que el desempeño laboral de las mujeres era inferior a la del varón, y por lo tanto, así debía ser también su salario. Esta limitación del trabajo femenino permitiría su compatibilización con el trabajo doméstico y de cuidados, que correspondía a su función principal de madres y esposas (Montoya Melgar, 1992).

<sup>309</sup> Ejemplos de estas normas supuestamente protectoras, pero en verdad discriminadoras de la mujer han sido las restricciones de la capacidad de obrar jurídica de la mujer casada, que hasta bien entrado el siglo XX necesitaba la autorización de su marido para trabajar, contratar, y ser al fin y al cabo, una persona con plena capacidad jurídica. O las excedencias forzosas por matrimonio, que expulsaban a las mujeres del mercado de trabajo formal una vez contraían matrimonio.

época que difícilmente reconocía como sujetos de derechos humanos a estas mujeres. También hubo intentos de excluir a las mujeres solteras por razones de moralidad, pero predominó la idea de que la protección legal era hacia las madres (Gala, 2007:97)

El seguro obligatorio de maternidad tenía una serie de condiciones para ser beneficiada: había un límite de remuneración anual de la trabajadora (4.000 pesetas), debía de haber contribuido un periodo mínimo de tiempo (dieciocho meses mínimo) y tenía que haber sido reconocido y asesorado por un médico especializado al sentirse embarazada o al menos dentro de los dos meses anteriores al parto. Igualmente la prestación económica obligaba al descanso durante las seis semanas posteriores al parto.

El contenido del seguro obligatorio por maternidad incluía los siguientes derechos y prestaciones (Espuny, 2006a; Gala, 2007):

- Derecho a la asistencia médica gratuita durante el embarazo, el parto y el descanso obligatorio. Esta asistencia médica cubría también la asistencia farmacéutica.
- Derecho a una prestación económica durante las seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto.
- Derecho a la utilización gratuita a las instituciones (“las obras”) de protección a la maternidad y a la infancia. Estas instituciones estaban pensadas para ofrecer a las mujeres recursos que evitaran la mortalidad materna e infantil (escuelas de puericultura, comedores de madres lactantes, asilos de madres convalecientes, salas de partos, guarderías).
- Derecho a un subsidio por lactancia de los hijos/as, cinco pesetas por semana por cada hijo/a, con un máximo de diez semanas. La finalidad de este subsidio era mejorar la alimentación de las madres así que podía ser pagado en metálico o en especie (leche u otros alimentos).
- Derecho a una remuneración extraordinaria en casos especiales como enfermedad persistente del hijo/a una vez pasado el descanso legal de seis meses, operación quirúrgica de la madre por enfermedades de la madre derivadas del parto, o parto múltiple..

Durante la guerra civil española (1936-1939) el país queda dividido en la zona republicana que continúa con la legislación dictada bajo el marco de la II República, y

la parte nacional apenas elabora normas nuevas al respecto. Es destacable la aprobación del **Fuero del Trabajo, por Decreto de 9 de marzo de 1938**, todavía bajo el conflicto civil, que sentaría las bases del nuevo sistema jurídico laboral del régimen franquista.

El Fuero del Trabajo constituye el verdadero ideario del régimen franquista, y es especialmente relevante para el objeto de esta investigación, ya que uno de los principios que proclama es que *“el estado liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica”* (Artículo II.1 del Fuero del Trabajo, aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938)

Todos los avances legislativos e ideológicos de la II República fueron derogados con la llegada del régimen franquista y hasta los inicios del régimen democrático. Durante el régimen franquista la ideología nacional-catolicista sobre la mujer, que la Sección Femenina de la Falange debía defender, reducía la función social de la mujer a la maternidad.

Por lo tanto, se volvió a la legislación de la familia basada en la autoridad del varón, (premios de familia numerosa, subsidio familiar, plus de cargas familiares, etc.) y a toda una batería de medidas políticas y legislativas encaminadas a la promoción de la natalidad<sup>310</sup> dentro de la figura tradicional de madre, esposa e ideal de mujer imperante, disposiciones jurídicas de corte paternalista o simplemente familista<sup>311</sup>.

**La Orden de 27 de diciembre de 1938 sobre obreras en paro**, reforzó esta nueva visión de la función de la mujer en la sociedad, regulando las condiciones de empleo de obreras en paro. Se fomenta que las mujeres se alejen del mercado de trabajo y se concentren en sus funciones naturales de madres y esposas. Tan sólo

---

<sup>310</sup> Pero ninguna de estas medidas natalistas tuvieron un verdadero impacto en la tasa de natalidad española, a excepción del breve periodo del baby-boom de los 60 producto más de coyunturas económicas y no de la aplicación de políticas de fomento a la natalidad. La tasa de natalidad española siguió descendiendo hasta situarse en la década de los 90 en una de las tasas de natalidad más bajas del mundo.

<sup>311</sup> Familista entendido aquí como políticas o leyes que tienen como objeto la familia en sentido tradicional y siguiendo los patrones de familia nuclear.

excepcionalmente se permite el trabajo a las mujeres cuando existe una necesidad económica y no hay un varón que pueda ser el cabeza de familia sustentador<sup>312</sup>.

*“Una vez más se afirma que la mujer debía primordialmente dedicarse al hogar y apartarse del trabajo fuera de aquél. Sin embargo se van a tener en cuenta los casos específicos de aquellas mujeres cabezas de familia por motivo de la guerra”* (Espuny, 2007b:3).

Esta Orden prohibía el empleo de la mujer casada a partir de un determinado salario de su marido, y tan sólo autorizaba el trabajo de las mujeres en los siguientes supuestos: cuando la mujer fuera cabeza de familia sin otro tipo de ingresos; a las mujeres casadas separadas por sentencia firme, prisión o condena o situación civil de ausencia o incapacidad, y sin contar con ningún tipo de ingreso: y la mujer soltera que no poseyera ningún medio de vida<sup>313</sup>.

*“Todas estas medidas tenían el objetivo común de reafirmar la autoridad masculina en el seno del matrimonio siguiendo aquel organigrama organicista según el cual el marido/padre era la cabeza/representante de la unidad familiar”* (Espuny, 2007b.5).

Otra de las leyes importantes fue la **Ley de 18 de Julio de 1938, sobre el Subsidio Familiar Obligatorio**. Esta ley estipulaba prestaciones económicas para ayudar al varón cabeza de familia que debía sostener una familia extensa, para evitar así que la mujer se viera en la necesidad de trabajar y desatender sus funciones esenciales, naturales e imprescindibles en el seno de su familia.

También se seguía pensando que la mujer suponía una competencia laboral para el hombre, y se tendía a limitar dicha competencia que empeoraba las altas tasas de desempleo masculino.

*“Se procedió a la eliminación sistemática de mano de obra femenina del mercado de trabajo, esperando, al mismo tiempo, hacer incrementar la tasa de natalidad, lo que devenía necesario debido a los intereses expansionistas de estos regímenes. Este*

---

<sup>312</sup> Este era por ejemplo el caso de las numerosas viudas con niños/a cargo tras morir sus maridos en la contienda civil.

<sup>313</sup> Para acreditar estas circunstancias era necesario una certificación de la Inspección general de servicios Femeninos de la FET (Falange Española Tradicionalista) y de las JONS (Juntas Ofensivas Nacional Sindicalistas).

*objetivo se canalizó mediante una vuelta radical hacia las concepciones tradicionales sobre el rol de la mujer en la sociedad, y se articuló, primero, mediante la proliferación de normas supuestamente protectoras y posteriormente, de normas abiertamente discriminatorias” (Molina González-Pumariega, 2004:80).*

Como ejemplo de esta política está **la Orden de 27 de septiembre de 1939** que limitaba la promoción profesional de las mujeres, continuando así el veto a las mujeres al desempeño de determinados puestos de trabajo, para proteger su especial sensibilidad femenina y debilidad como mujer, y también para evitar que sus aspiraciones profesionales pudieran ser un obstáculo al desempeño de sus verdaderas funciones como madres y esposas.

Más adelante, la **Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo** estableció los principios generales para regular las relaciones de trabajo. En ausencia de convenios colectivos, estas reglamentaciones de trabajo constituyen el instrumento por excelencia para establecer las condiciones en las que debían desarrollarse las relaciones entre las empresas y los/las trabajadores.

*“La mayoría de las reglamentaciones que se dictarán establecerán una discriminación básica entre el trabajo de las mujeres y el de los hombres. Pero no en el sentido de marcar unos trabajos más adecuados a su naturaleza y constitución, sino discriminando un salario inferior en una misma jornada de trabajo y en una misma actividad, estableciendo la excedencia forzosa por razón de matrimonio en muchas reglamentaciones” (Espuny, 2007c:2).*

En numerosas de estas reglamentaciones se introducía la excedencia forzosa de las mujeres cuando se casaban. A esta mujer se la indemnizaba a través de un finiquito denominado dote.

Poco más tarde, la **ley de Contrato de Trabajo de 1944** continuó la protección dispensada hasta entonces por maternidad y lactancia y limitó la capacidad jurídica de la mujer para celebrar contratos de trabajo y aprendizaje<sup>314</sup>. La mujer casada necesitaba de la autorización del marido para suscribir un contrato de trabajo y para

---

<sup>314</sup> Artículo 11, d) Ley de Contrato de Trabajo de 1944:

*“d) la mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración”.*

aceptar el salario<sup>315</sup>, y esta limitación de su capacidad no quiere decir que es incapaz al igual que los menores de edad, sino que su capacidad no es plena y necesita de ciertos apoyos (del marido) para ejercerla (Espuny, 2008b:2).

También esta ley estableció la necesidad de que las mujeres presentaran un certificado de vacunación y de no padecer ninguna enfermedad contagiosa para poder acceder a cualquier trabajo, requisito que, en cambio, no se exigía a los varones. Se intentaba justificar esta desigual exigencia porque se buscaba una mayor protección a las mujeres que frecuentemente amamantaban a sus hijos/as en las salas de lactancia acondicionadas para ello en los establecimientos de trabajo (Espuny, 2008b:4).

Hasta la década de los años 60 no se producen los cambios económicos y sociales que tímidamente cambian la ideología sobre las mujeres trabajadoras y las funciones por tanto de las mujeres en la sociedad. Se produjeron algunos acontecimientos en la esfera internacional, que obligaron a una serie de cambios políticos para integrar a las mujeres en la esfera pública y en el mercado de trabajo, como el nuevo Concordato con la Santa Sede (1953), los pactos con Estados Unidos dentro del Plan Marshall y en ingreso de España en organizaciones internacionales como la UNESCO, la OIT<sup>316</sup> y las Naciones Unidas (ONU).

En consonancia con estos cambios socio-económicos, se aprueba la **ley 56/1961 de 22 de Julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer**, desarrolladas por el **Decreto 258/1962 de 1 de Febrero** y por el **Decreto 2310/1970 de 20 de Agosto**, donde se intentaba equiparar a la mujer y al hombre en ciertos aspectos de las relaciones laborales<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Artículo 58 Ley de Contrato de Trabajo de 1944:

*“Será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, sino consta la oposición del marido, y al menor si no consta la oposición del padre, de la madre y, en su caso, de sus representantes legales”.*

<sup>316</sup> España ha formado parte de la OIT desde su fundación en 1919, con el largo paréntesis de 1941-1956 motivado por la implantación de la dictadura franquista en 1939. España se incorpora de nuevo a la OIT en 1956, después de haberlo hecho a la ONU.

<sup>317</sup> El artículo 5 del Decreto 2310/1970 de 20 de Agosto:

*“Las normas reguladoras del aprendizaje, admisión, período de prueba, clasificaciones, ascensos, retribución de trabajos especiales, premio, plusas, primas y demás de carácter análogo establecerán un criterio de igualdad entre ambos sexos, de forma que sea eliminada cualquier discriminación en perjuicio de la mujer, sin más excepción que las que imponen las normas protectoras del sexo”.*

El Decreto 258/1962 matizó la hasta entonces vigente regla de excedencia forzosa de la mujer cuando contrae matrimonio. A partir de este decreto existía la posibilidad de que la mujer trabajadora cuando se case pueda optar entre continuar su trabajo en la empresa, rescindir el contrato percibiendo la indemnización correspondiente o quedar en excedencia en un período entre uno y cinco años.

El Decreto 2310/1970 continuó con la protección de la maternidad y la lactancia que ya existía hasta entonces obligando a las empresas de más de cien trabajadoras fijas a que habilitaran espacios para la lactancia, e introduciendo la posibilidad de la excedencia voluntaria para cuidar de los hijos/as de un año de duración.

El Decreto de 1970 introdujo el concepto de armonización del empleo de las trabajadoras con sus responsabilidades familiares mediante su acceso preferente a jornadas reducidas o media jornada<sup>318</sup>.

Socialmente no había conciencia de que la asunción exclusiva de las mujeres del trabajo doméstico añadido a su trabajo asalariado constituía un problema. Tampoco se pensaba que los hombres debían contribuir en modo alguno a algo que se asumía era una responsabilidad sólo de las mujeres (Molina González-Pumariega, 2004:85).

Próximo ya el cambio de régimen político, la **Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales**, intentó consagrar el principio de igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral y limitó las disposiciones protectoras de la mujer al ámbito de la maternidad: disponía de un descanso de al menos seis semanas antes del parto; estableció el descanso de ocho semanas después del parto; introdujo la posibilidad de substituir el permiso retribuido de lactancia por una reducción de la jornada laboral de media hora; e incluyó la posibilidad de reducir la jornada de trabajo con la correspondiente reducción salarial por cuidado directo de menor de seis años o discapacitado a cargo.

Pero no es hasta la **Constitución española de 1978** cuando se recoge el principio de igualdad como derecho fundamental, y la legislación de protección a la maternidad

---

<sup>318</sup> Lo que se podría considerar el primer antecedente histórico de una medida de conciliación de vida familiar y laboral, que como las actuales, están dirigidas principalmente a las mujeres para que concilien.

recibe un tratamiento diferente en el marco democrático del nuevo régimen político que se inicia.

La legislación sobre maternidad y paternidad en el ordenamiento jurídico español de la democracia es heredera de las directivas europeas sobre el mercado de trabajo y los compromisos del Estado español bajo diversas convenciones internacionales, especialmente en el marco de la OIT.

Como se verá en el análisis del derecho positivo vigente en España, la legislación sobre maternidad y paternidad, también busca las finalidades políticas, demográficas y sociales que inspiraron las primeras leyes a principios del siglo XX y añade otros objetivos como la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo como ejemplo de espacio público y en la esfera privada.



## 3.2. Legislación internacional y europea

### 3.2.1. Influencia de la legislación internacional

Diversos textos legales bajo el marco de las Naciones Unidas, y sobre todo, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han tenido una fuerte influencia en la configuración de la protección legal de la maternidad en el ordenamiento jurídico español, al igual que en los sistemas legales de los países cercanos a la realidad española<sup>319</sup>.

La **Organización Internacional del Trabajo** fue creada en 1919 con el final de la Primera Guerra Mundial. España fue miembro desde el primer momento de la OIT salvo el paréntesis de una parte del periodo franquista, y ratificó convenios tan importantes como el C3 Convenio sobre la protección a la maternidad (1919)<sup>320</sup>, el C4 Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) (1919)<sup>321</sup>, el C100 Convenio sobre igualdad de remuneración (1951)<sup>322</sup>, el C103 Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), (1952)<sup>323</sup> y el C156 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981)<sup>324</sup>. El C183 Convenio sobre protección de la maternidad (2000) que supone una revisión del convenio de 1952 y la correspondiente R191 recomendación sobre protección de la maternidad (2000) no han sido ratificados por España, aunque ya han entrado en vigor desde el 7 de febrero del 2002<sup>325</sup>.

---

<sup>319</sup> Precisamente, ya se ha señalado la influencia que tuvo la Conferencia Internacional de Berlín de 1890 en el nacimiento de la primera ley española de protección de la maternidad que disponía del descanso obligatorio no retribuido de tres semanas después del parto (la ley 1900). Y también la I Conferencia Internacional del Trabajo de 1919 en Washington, que después supuso un impulso a la creación del seguro obligatorio de maternidad que se instauró en España en 1931.

<sup>320</sup> Ratificado por España el 04-07-1923

<sup>321</sup> Ratificado por España el 29-09-1932

<sup>322</sup> Ratificado por España el 06-11-1967

<sup>323</sup> Ratificado por España el 17-08-1965

<sup>324</sup> Ratificado por España el 11-09-1985

<sup>325</sup> El artículo 1.1) de la R191 recomendación sobre protección de la maternidad (2000) incluye la recomendación de que “*Los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el artículo 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos*”. El C183 Convenio sobre protección de la maternidad (2000) establece en su artículo 4: “*Toda*

También bajo el marco de la OIT, tuvo importancia la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998).

En el ámbito de las **Naciones Unidas**, tiene especiales consecuencias la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que según el artículo 10.2 de la Constitución española, es uno de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional. En la Declaración Universal de Derechos Humanos se recoge el principio de igualdad de todos los seres humanos (artículo 1<sup>326</sup>) y la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 2<sup>327</sup>), el principio de igualdad ante la ley (artículo 7<sup>328</sup>), la protección de la maternidad y la infancia (artículo 25.2<sup>329</sup>).

También destaca por su carácter vinculante la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la CEDAW en sus siglas en inglés (1979)<sup>330</sup> que además de definir qué constituye discriminación contra la mujer y de obligar a los Estados miembros a actuar en contra

---

*mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas”.*

<sup>326</sup> Artículo 1. Declaración Universal de Derechos Humanos

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”*

<sup>327</sup> Artículo 2. Declaración Universal de Derechos Humanos

*“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*

<sup>328</sup> Artículo 7. Declaración Universal de Derechos Humanos

*“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*

<sup>329</sup> Artículo 25.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

*“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

<sup>330</sup> La CEDAW entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y España lo ratificó el 5 de enero de 1984

de todo tipo de discriminación (artículo 1<sup>331</sup> y 2), admite que las especiales protecciones dispensadas a la maternidad no constituyen una forma de discriminación (artículo 4.2<sup>332</sup>), y obliga a asegurar la igualdad en el empleo, impidiendo la discriminación por matrimonio o maternidad (artículo 11.2<sup>333</sup>)

Otros textos internacionales bajo el marco de las Naciones Unidas son las declaraciones, que tienen un valor más de recomendación o de interpretación para el derecho nacional. Entre ellas está la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995)<sup>334</sup>, y la Declaración de la Conferencia Internacional de Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975).

---

<sup>331</sup> Artículo 1 CEDAW

*“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

<sup>332</sup> Artículo 4.2. CEDAW

*“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”*

<sup>333</sup> Artículo 11.2. CEDAW

*“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:*

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;*
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;*
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”*

<sup>334</sup> Artículo 165. c) Plataforma de Acción Beijing, 1995

*“Adoptar medidas apropiadas para tener en cuenta el papel y las funciones reproductivas de la mujer y eliminar las prácticas discriminatorias de los empleadores, tales como no contratar o despedir a mujeres debido al embarazo o la lactancia materna, o exigir pruebas de utilización de anticonceptivos, y adoptar medidas eficaces para garantizar que las mujeres embarazadas, las mujeres con licencia de maternidad o las mujeres que se reintegran al mercado laboral después de tener hijos no sufran discriminación alguna;*

*m) Modificar las políticas de empleo a fin de facilitar la reestructuración de los regímenes laborales de manera que promuevan la posibilidad de compartir las responsabilidades familiares;*

Artículo 178. d)

### 3.2.2. Orígenes europeos de la legislación española sobre maternidad

En Europa las primeras políticas públicas sobre la maternidad aparecen sobre todo con la consolidación del Estado Social de Derecho<sup>335</sup> (el gran ejemplo lo constituye la Ley Fundamental de Bonn de 1949) que tiene como pilares la incorporación de principios de justicia social a los fines del Estado de Derecho, entre ellos, asegurar a todos los ciudadanos/as el acceso a unos servicios fundamentales, y la dotación de un estatuto social al trabajo, que legalmente se traduce sobre todo en el derecho al trabajo y a la seguridad social<sup>336</sup>.

El verdadero impulso de las políticas sobre la maternidad venía de los intereses natalistas de los gobiernos europeos, alarmados ante el generalizado descenso de la natalidad. Reconocían que los hijos/as era un bien muypreciado para los diferentes Estados constituían nuevos ciudadanos/as, nuevos miembros/as de los ejércitos, nuevos obreros para el mercado de trabajo capitalista, y por ello creían que las medidas de protección de la maternidad podrían contrarrestar la caída de la natalidad producida por la masiva entrada de la mujer al mundo del trabajo asalariado<sup>337</sup>.

---

*“Eliminar las prácticas discriminatorias utilizadas por los empleadores basadas en las funciones reproductivas de la mujer, incluida la denegación de empleo y el despido de mujeres debido al embarazo o la lactancia”*

Artículo 179. c)

*“Asegurar, mediante leyes, incentivos o estímulos que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad; promover que la distribución de las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia en pie de igualdad, incluso mediante leyes, incentivos o estímulos apropiados, y promover además que se facilite la lactancia a las madres trabajadoras”*

*“d) Elaborar políticas, entre otras cosas, en la esfera de la enseñanza, para modificar las aptitudes que refuerzan la división del trabajo sobre la base del género, con objeto de promover el concepto de las responsabilidades familiares compartidas en lo que respecta al trabajo doméstico, en particular en lo relativo a la atención de los niños y los ancianos”.*

<sup>335</sup> En España formalmente no puede hablarse de Estado Social de Derecho hasta la Constitución española de 1978. A pesar de ello, si que se aprueban leyes de protección de la maternidad desde principios del siglo XX pero como se ha visto, con finalidades políticas diferentes a los países del entorno, y matizadas por los contextos políticos, sociales y económicos que vive España a lo largo del siglo XX y hasta la transición democrática.

<sup>336</sup> Ejemplo de ello puede verse en la Ley Fundamental de Bonn 1949:

Artículo 6.4 *“Toda madre tendrá derecho a la protección y asistencia de la comunidad”.*

<sup>337</sup> Uno de los principales análisis del origen y evolución histórica de las políticas de protección a la maternidad se encuentra en la obra *“Maternidades y políticas de género”*, de Gisela Bock y

Pero también surgen las aportaciones del movimiento feminista a este desarrollo legislativo, que en el caso de las leyes sobre la maternidad, coincidían por diferentes razones, con los intereses de los gobiernos por fomentar el crecimiento demográfico de los países europeos en cuestión. Estas feministas (por ejemplo Léonie Rouzade, Hubertine Aucler en Francia y Katti Anker Møller en Noruega) reclamaban leyes de protección a la maternidad como reconocimiento de la labor de las madres al sostenimiento de la nación y a la contribución al mantenimiento del Estado.

Las feministas del siglo XIX y principios del siglo XX que abogaban por la creación del salario de las madres, que más tarde constituyó el origen de los subsidios familiares de muchos de los Estados de Bienestar europeos, siempre pensaban en aquellas mujeres que optaban por ser madres y se dedicaban a ello en exclusiva (sin cuestionar la responsabilidad en exclusiva del cuidado de los niños/as y el trabajo doméstico de las mujeres) y mantenían como otra opción diferente de las mujeres el trabajo remunerado. No cuestionaban por tanto la dicotomía esfera pública, esfera privada, y el hecho de que la maternidad y su protección fuera sólo de las mujeres.

Ejemplos de estas posturas en los diferentes países europeos fueron:

- En Francia, Léonie Rouzade (1880)<sup>338</sup>, que respondía al argumento de los hombres como ciudadanos de orden superior por su capacidad de luchar en la guerra con afirmaciones como:

*“Si se conceden derechos por matar hombres, deberían atribuirse más derechos por haber creado a la humanidad”.*

Hubertine Auclert<sup>339</sup>, también desde el incipiente feminismo francés reclamaba la creación de un “Estado madre” que substituyera al “Estado minotauro” (que devora a sus propios ciudadanos /as).

---

Pat Thane (eds., 1991) donde se recoge una recopilación de estudios nacionales de historiadoras sobre estas políticas de protección de la maternidad que comienzan a aparecer en los siglos XIX y tienen su mayor desarrollo en el siglo XX.

<sup>338</sup> Citada en Bock, Gisela y Thane, Pat (eds) (1991): *Maternidades y políticas de género*, Ediciones Cátedra, Madrid, pag. 32.

<sup>339</sup> Citada en Bock, Gisela y Thane, Pat (1991) *Maternidades y políticas de género*, Ediciones Cátedra, Madrid, pag. 224.

- En Noruega, el proceso de creación del subsidio familiar universal en 1946 (Seip y Ibsen, 1991: 44), supuso la culminación de un debate sobre el salario para las madres y la primera piedra del Estado de Bienestar noruego. La influencia de feministas más próximas al feminismo socialista, como Møller, impulsaron un debate sobre la necesidad de compensar económicamente a las madres, sobre el trabajo de traer al mundo y cuidar de los hijos, un trabajo que se reconocía valiosísimo para el país, la responsabilidad de toda la sociedad, y aún más en un momento de claro descenso de la natalidad en la mayoría de los países europeos (además de las influencia de teorías malthusianas y eugenésicas).

Este “salario a las madres” que acabaría como prestación familiar, era de carácter universal, independientemente de la situación económica de la familia. Era un salario percibido por la mujer, y financiado a través del sistema de impuestos general del país.

- En Suecia tal y como afirma Ann-Sophie Ohlander (1991:116) cuando se dan los primeros debates a principios de siglo sobre la protección jurídica de la maternidad dentro de los inicios de su Estado de Bienestar, a las madres se las considera responsables del bienestar de los niños, pero al mismo tiempo son objeto de una discriminación tanto económica como jurídica, que les hace muy difícil el asumir todas las responsabilidades que de ellas se esperaba.
- En Inglaterra, las laboristas británicas del periodo de entreguerras consideraban que el hogar era la base potencial de la capacitación de la mujer, más que la fuente inevitable de su esclavitud (aunque para ello reconocían la necesidad de cambios).

Más allá de los orígenes de las leyes nacionales sobre maternidad en Europa, es importante el papel de la Unión Europea (UE), como ente supranacional fundado en 1957<sup>340</sup>. La Unión Europea ha sido una importante fuente de legislación en materia de

---

<sup>340</sup> El Tratado fundacional de Roma creó la Comunidad Económica Europea (CEE) que pasó a denominarse Unión Europea (UE) en 1993 a través del Tratado de Maastricht.

protección a la maternidad en nuestro país<sup>341</sup>, tanto a través de directivas y recomendaciones europeas en materia laboral como de igualdad entre hombres y mujeres. Por ello, el concepto de maternidad y paternidad que los textos legales europeos utilizan, aunque no han sido analizados en esta investigación, son importantes de tener en cuenta, a la hora de analizar e interpretar los conceptos de maternidad y paternidad que utilizan los textos legales españoles.

Es importante destacar que el origen de esta legislación europea ha sido la construcción de un mercado común, donde la protección de la salud de los trabajadores (entre ellos la salud de las trabajadoras embarazadas, que acabasen de dar a luz o con hijos/as lactantes), así como el tratamiento laboral igual a trabajadores y trabajadoras, se consideraban elementos esenciales en la construcción de ese espacio económico común (Verloo y Lombardo, 2007:52). Sí es verdad que la evolución de la Unión Europea ha avanzado hacia objetivos comunes de unión política y cohesión social, pero los objetivos económicos comunes son aún los que predominan, y más cuando se trata de legislación comunitaria sobre el mercado de trabajo o la igualdad entre hombres y mujeres.

Tal y como analiza Guerrina (2005:2), la legislación laboral sobre maternidad se ocupa de dos aspectos: la salud e higiene y los derechos laborales de las mujeres. Pero al ocuparse de estos dos grandes ámbitos, utiliza conceptos sobre mujeres, madre, trabajador/a y trabajo en los que subyace un determinado punto de vista sobre la maternidad basado en la especial naturaleza de la relación madre-hijo/a. La legislación sobre igualdad de derechos y protección de la maternidad también persigue reafirmar el rol de las mujeres en la esfera pública y privada.

A pesar de que el pensamiento político dominante en Occidente ha considerado tradicionalmente la maternidad como un asunto privado de las mujeres (Guerrina, 2005: 6), la legislación sobre maternidad se ha dedicado a regular los efectos de esa “función privada” en la realidad laboral de las mujeres.

En las normas europeas y en consecuencia en las transposiciones nacionales de estas normas se vincula las reivindicaciones de sistemas de cuidado infantil (guardería, etc.) con las políticas de mejora y promoción del empleo femenino. Al realizar esta vinculación, se presupone que las responsabilidades de cuidado de los

---

<sup>341</sup> España entró en la UE el 1 de enero de 1986.

niños/as es una responsabilidad única y exclusiva de las mujeres, por tanto, no se cuestiona su rol de cuidadoras.

Para entender las actuaciones legales y de políticas públicas de la Unión Europea en materia de maternidad, paternidad, conciliación y cuidados, es necesario no perder de vista cómo se ha definido el problema o el diagnóstico de la situación sobre la que se quiere incidir (Verloo y Lombardo, 2007:35). Dependiendo cómo se analiza la realidad social en la que se quiere incidir, se entiende después, cuáles son las principales medidas que las leyes y políticas públicas incluyen. Si el fenómeno de la maternidad en el ámbito laboral se diagnostica como un problema de salud laboral, la actuación legal intentará proteger la salud de la trabajadora embarazada o lactante y de su hijo/a. Si los problemas de conciliación de vida familiar y laboral se analizan como un problema y necesidad de las mujeres para poder asumir sus responsabilidades familiares y laborales, las medidas contenidas en las políticas públicas estarán dirigidas sólo a esas trabajadoras, en la medida que son madres para permitirles acumular trabajos.

También es importante el papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Justicia (TJCE) a lo largo de su jurisprudencia en el desarrollo del originario artículo 119 del Tratado de Roma (1957) que establecía la igualdad de salario por trabajo de igual valor. Este mandato de igual remuneración<sup>342</sup> fue extendido por la jurisprudencia europea hasta consagrarlo en un verdadero derecho de igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, ante la ausencia de un texto normativo europeo que recogiera dicho derecho fundamental (Valdés, 2008:62). Este principio de igualdad tan sólo admite dos excepciones: las actividades profesionales en las que el sexo pueda ser determinante, o cuando el trato diferente esté directamente relacionado con la condición biológica de la mujer<sup>343</sup>, y la consecuente protección del embarazo y la maternidad<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> El artículo 119 del Tratado de Roma (1957) tiene un origen económico y no tanto de justicia social. Fue introducido para evitar competencias desleales entre los Estados miembros (Verloo and Lombardo, 2007:52).

<sup>343</sup> Artículo 2.6 de la Directiva 76/207/CEE revisada por la Directiva 2002/73.

<sup>344</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) 12 de julio de 1984, Hofmann, asunto 184/83; SSTJE de 8 de noviembre 1990, Hertz, asunto C-179/88; STJCE de 5 de mayo de 1994, Habermann, asunto C-421/92.



Aunque a veces la propia jurisprudencia europea también refuerza en su interpretación de la protección de la maternidad dispensada por las directivas europeas, los roles de género, que atribuyen las responsabilidades de los cuidados a las mujeres. Así puede verse en el asunto Hofman (Sentencia TJCE 12/7/84, asunto nº 184/3), donde el Tribunal considera que la legislación alemana de protección de la maternidad está tan sólo dirigida a la madre, porque si no dispone la posibilidad que el padre pueda disfrutarlo, aún superado el periodo de descanso obligatorio de la madre por razones biológicas, quiere decir que lo que se quiere proteger es la maternidad y los especiales vínculos madre e hijo/a durante los primeros meses de vida. Como señala González Moreno (2009,18-19) el Tribunal Europeo está obviando que las tareas de cuidado pueden ser igualmente desempeñadas por el padre y por la madre, y las necesidades de conciliación son una cuestión de ciudadanía, sin la cual no puede hablarse de verdadera igualdad entre hombres y mujeres<sup>345</sup>.

También la jurisprudencia europea está siendo clave en crear criterios legales comunes en cuestiones sobre maternidad y paternidad en el mercado de trabajo cuando han sido el resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

La Unión Europea no tiene competencias en materia de legislación sobre técnicas de reproducción asistida, que es competencia de cada Estado miembro<sup>346</sup>. La UE sólo puede asistir a los Estados miembros en cuestiones relativas a los derechos humanos de manera subsidiaria y bajo los textos legales internacionales que los Estados miembros han adoptado<sup>347</sup> o tratados legales de derechos humanos recientemente

---

<sup>345</sup> También uno de los argumentos utilizados en esta sentencia por el Tribunal Europeo es que la directiva europea 76/207 no pretende modificar el reparto de las responsabilidades dentro de la familia, ni incidir en cuestiones sobre su organización, ya que la Unión Europea tiene competencias en materia económica y no familiar. Pero esa no injerencia pública en el ámbito privado lo que hace es reforzar la división de la esfera pública y privada, y fomentar unos determinados roles de género que impiden hablar de verdadera igualdad de género.

<sup>346</sup> Existen Estados miembros con legislación específica sobre técnicas de reproducción asistida y/o experimentación con embriones, como es el caso de Suecia con la Ley sobre Inseminación Artificial (1984) y la Ley sobre Fertilización In Vitro (1988); España con la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley 14/2007, de 3 de Julio sobre Investigación Biomedica; Inglaterra con la Ley de Fertilización Humana y Embriología (1991), revisada en 2008; Alemania con la Ley sobre protección del embrión humano (1990); y Francia con la Ley sobre donación y uso de partes y productos del cuerpo humano para la atención médica, la procreación y el diagnóstico prenatal (1994).

<sup>347</sup> Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos humanos, 1997; Declaración Internacional sobre los datos del Genoma Humano, 2003; Declaración Universal sobre Bioética

adoptados por la UE<sup>348</sup>. La Unión Europea puede también actuar de manera subsidiaria en la protección de la salud pública<sup>349</sup>.

Pero la interpretación de las directivas europeas sobre protección de la maternidad o de la trabajadora embarazada suscita numerosas dudas ante las nuevas realidades de maternidad y paternidad que ofrecen las técnicas de reproducción asistida<sup>350</sup>.

**La Directiva europea sobre trabajadoras embarazadas (92/86/EEC)** ha supuesto una de las principales aportaciones europeas en materia de legislación de protección a la maternidad (Guerrina, 2005:68). Es importante situar, en qué contexto económico y político es debatida y aprobada esta directiva de obligada transposición a los Estados miembros.

La preocupación que había detrás de esta directiva era por una parte, la baja natalidad que pone en jaque la continuidad del crecimiento económico europeo. Se necesitan más niños/as como futuros trabajadores/as, que abastezcan el mercado de trabajo de mano de obra, y que permitan el sostenimiento de los sistemas de pensiones y de seguridad social en los que se basan la mayoría de los estados de bienestar europeos. Y por otro lado, se necesita proteger la salud de las trabajadoras embarazadas y de los fetos, sin limitar las oportunidades de estas mujeres en el mercado de trabajo,

---

y Derechos Humanos, 2005; Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, 1997;

<sup>348</sup> Carta Europea sobre Derechos Fundamentales, 2000, incorporada al Tratado de Lisboa, 2007.

<sup>349</sup> Existe una directiva europea bajo esta competencia en materia de salud pública (artículo 152 del Tratado de la Unión europea) que implica una cierta intervención armonizadora de la UE en materia de donación y almacenamiento de gametos masculinos y femeninos, cuestión controvertida en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Se trata de la Directiva 2006/17/EC de 8 de febrero de 2006 que desarrolla la Directiva 2004/23/EC del Parlamento Europeo y el Consejo sobre ciertos requisitos técnicos para la donación, obtención y pruebas con tejidos y células humanas. Dentro de estos tejidos y células humanas están incluidos los gametos masculinos y femeninos.

<sup>350</sup> Un ejemplo lo constituye el Asunto C-506/06, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de Febrero de 2008 sobre la interpretación del artículo 2, letra a9 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. El tribunal entiende que no opera la protección del despido nulo frente a mujer trabajadora cuando no existe embarazo y sólo existen óvulos fecundados a punto de ser transferidos al útero materno, pero que aún así, el despido sigue siendo discriminatorio porque sólo la mujer puede estar en un tratamiento así, y por tanto, se trata de una discriminación por razón de sexo (González-Posada Martínez, 2009:3-5).

trabajadoras por otro lado, también muy valiosas para una economía en continuo crecimiento que no puede permitirse el lujo de prescindir de más de la mitad de la población potencialmente activa de un país.

En la filosofía que subyacía en esta directiva, prevalecían los intereses económicos por delante de demandas de igualdad entre hombres y mujeres, y además se utilizaban conceptos normativos, como maternidad, paternidad, que se ajustaban perfectamente los modelos y roles de género tradicionales. No es extraño por tanto, que las disposiciones de la Directiva asuman que la responsabilidad del cuidado de los hijos/as es asunto exclusivo de las madres, y que los padres tienen una función de cabezas de familia que proveen de sustento económico a la familia (ganapán o “breadwinners”). Igualmente esta directiva partía de la consideración que las mujeres trabajadoras embarazadas, que acaban de dar a luz o en época de lactancia, son un colectivo de especial riesgo que justifica una especial protección legal en salud laboral y ante posibles discriminaciones por razón de su función reproductora.

La Directiva pues justificaba un especial tratamiento legal de estas mujeres, en atención a su función reproductora, pero no variaba el modelo de trabajador presente en la legislación laboral en general, y en la legislación comunitaria en particular: un trabajador varón. Las trabajadoras que se embarazan, dan a luz y amamantan a sus hijos/as son “excepciones” de la norma, y como tales excepciones, es legítimo un tratamiento legal “protector”, dada la responsabilidad estatal en materia de protección de la salud de estas trabajadoras y sus fetos, y la responsabilidad estatal en evitar fuentes de discriminación entre hombres y mujeres. La Directiva por lo tanto permite que la protección a la maternidad en los sistemas de seguridad social de los Estados miembros fuera equiparable y utilizan estructuras similares a la protección legal de la enfermedad en el ámbito laboral.

Es igualmente importante la **Directiva europea 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental**, que fue el origen de la posibilidad en el ordenamiento jurídico español que hasta diez de las dieciséis semanas de la baja maternal pudieran cederse al padre, y la antesala del actual permiso de paternidad introducido por la Ley Orgánica de Igualdad. Pero como señalan algunos autores (Castro y Pazos, 2008:4): *“la licencia o permiso paternal se configuraba en la directiva europea como un derecho individual y no transferible entre padres y madres; sin embargo, las reformas legislativas que se han ido sucediendo a lo largo de estos últimos diez años en ocasiones representan una contradicción con el espíritu de la normativa europea, ya*

*que si bien el permiso parental existe en todos los países de la UE, no se dan de manera conjunta su carácter individual e intransferible”.*

También la Unión Europea fue el origen de la mayoría de **leyes y políticas públicas españolas en materia de conciliación de la vida familiar, laboral y personal**. A finales de los años 90 la conciliación surge en la agenda política de la Unión Europea, como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en 1997. Uno de los compromisos adoptados en este consejo para la promoción del empleo era fomentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, y para ello se fijaba el objetivo de alcanzar una tasa de actividad femenina del sesenta por ciento para el 2010. Una de las estrategias para conseguir este objetivo eran las políticas públicas de conciliación de la vida familiar y laboral (Moreno, 2010:280).

Las políticas públicas de conciliación de vida familiar y laboral supusieron un avance en las políticas públicas de género, porque reconocían la relación entre espacio público-privado y parecían combatir los valores sociales y económicos que permitían las desigualdades de género (Guerrina, 2005:65-66).

Pero las políticas de conciliación de vida familiar y laboral continúan negando un hecho constatado: la doble jornada de las mujeres. Son políticas sólo para mujeres (políticas favorecedoras de las mujeres en vez de políticas favorecedoras de las familias<sup>351</sup>) porque no cuestionan el modelo económico, familiar y laboral del “breadwinner”, ni la asunción de que las mujeres son las responsables exclusivas del cuidado.

*“Su contenido concreto invita a promocionar la participación de las mujeres en el ámbito laboral sin garantizar la participación de los hombres en el ámbito doméstico”* (Moreno, 2010:280).

Las críticas a las políticas de conciliación que convierten las tareas del cuidado en un problema de las mujeres, que sólo las propias mujeres deben resolver y responsabilizarse, también apuntan a que no hacen más que estigmatizar a la mujer en su afán proteccionista. Pero la crítica a las políticas y al propio concepto de conciliación no puede ocultar que el problema sigue allí, y que por descartar que las

---

<sup>351</sup> Traducción de la propia autora de “*women friendly instead of family friendly*”

políticas de conciliación vayan a resolver el problema, no se consigue cambiar la realidad de que las mujeres son las responsables casi en exclusiva del cuidado.

Tal y como señala Rubio (2006:54) las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de la Unión Europea, y políticas de conciliación, no entran a criticar las desigualdades e injusticias de las responsabilidades de hombres y mujeres en el ámbito público y privado, sino simplemente pretenden hacer compatible la maternidad de las mujeres con su presencia en el mercado de trabajo, para *“la optimización de los recursos humanos disponible para incrementar los niveles de competitividad económica”*.

La Ley de Conciliación 39/1999 y la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007 son el resultado de las transposiciones de directivas europeas. Las transposiciones de las directivas europeas no son una operación jurídica automática ni igual en los Estados miembros. Cada Estado miembro elige los instrumentos jurídicos a utilizar en su territorio para cumplir los objetivos fijados en la Directiva comunitaria. Esta diversidad de transposiciones de una directiva europea lleva a autores/as como (Lombardo, 2004:36-38) a hablar de la importancia del “orden de género” imperante en cada estado miembro para entender la transposición de directivas en materia de igualdad de género. Este orden de género es un filtro que determina la aplicación de las políticas y legislaciones europeas en materia de igualdad de género<sup>352</sup>.

Las directrices europeas más cercanas al orden de género imperante en ese Estado tendrán más posibilidades de aplicación y extensión. Por ejemplo, en el caso de España, la ley de Conciliación de 1999 no será favorable al orden de género imperante, por ello se puede considerar una transposición irregular y de mínimos de la directiva europea, tan parcial que podríamos decir que llega a olvidar el espíritu de la Directiva, ya que la ley de conciliación en ningún momento parece querer modificar el orden de género que asignaba a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el rol de cabeza de familia y principal proveedor económico. Las medidas que incluye esta transposición de directiva sólo están dirigidas a las mujeres para que sigan siendo las principales cuidadoras y además puedan trabajar.

---

<sup>352</sup> El orden de género es un sistema socialmente compartido de normas, principios, costumbres y políticas que establecen la distribución de derechos, tareas y oportunidades de vida para ambos sexos: por ejemplo la distribución de responsabilidades sobre quién realiza el trabajo productivo y quién el reproductivo.

A pesar de todas estas críticas, si es cierto que la Unión Europea está preocupada por la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores/as, aunque el interés que subyace detrás no sean objetivos de justicia social, sino de promoción del empleo y aumento de la productividad.

El Consejo Europeo de Barcelona del 2002 fijó como objetivos los servicios de cuidado infantil, y estableció como objetivo para los Estados Miembros que en el 2010, hubiera servicios de cuidado infantil para el noventa por ciento de los niños/as de tres años – edad de escolarización obligatoria, y para el treinta y tres por ciento de los niños menores de tres años.

Asimismo, la Unión Europea ha sido el origen de mucha **legislación y políticas públicas estatales sobre la familia** que directa o indirectamente configuran el concepto de maternidad y paternidad.

La Unión Europea tradicionalmente se ha ocupado de las familias (Verloo y Lombardo 2007: 57). Sobre todo las políticas europeas se centran en tres aspectos de la familia: los aspectos demográficos y las preocupaciones sobre el relevo generacional, la necesidad de proteger o mantener ciertos valores morales respecto a la familia, y cuestiones sobre empleo, desarrollo económico y competitividad. La Unión Europea no tiene competencias en materia de familia, éstas son de los Estados Miembros. Por eso, como subraya Stratigaki (2004), en la Unión Europea los intereses en la familia están directamente relacionados con los intereses sobre el mercado de trabajo. Mientras las políticas de apoyo a padres y madres trabajadores de los Estados miembros provienen de las políticas familiares, en el caso de la UE tienen su origen en políticas sobre el mercado de trabajo.

En el caso español, las políticas públicas en materia de familia se han enmarcado ya en democracia, en la preocupación gubernamental por las bajas tasas de natalidad y por el aumento de participación femenina en el mercado de trabajo (Meier, Peterson, Tertinegg y Zentai, 2007:115). Pero la preocupación por las bajas tasas de natalidad, que ponen en jaque el crecimiento económico del país, y la continuidad de los sistemas de protección social, suelen abordarse desde políticas públicas que intentan fomentar que las mujeres tengan hijos/as, reforzando así su rol de madres y su

mandato reproductor<sup>353</sup>. Como apuntan Meier, Peterson, Tertinegg y Zentai (2007:120) es curioso que difícilmente en Europa se contemple un mayor papel de los hombres en los trabajos de cuidado como medida de protección de las familias y de fomento de la natalidad.

Las políticas familiares de los países europeos son relevantes para entender los sistemas de protección de la maternidad y la paternidad, porque se entiende como políticas públicas familiares *“todas aquellas medidas públicas de apoyo y atención a las familias como unidades reproductivas, es decir, aquellos hogares en que viven personas con hijos menores a cargo”* (Flaquer, 2002:11).

---

<sup>353</sup> Más adelante, se volverá a esta idea cuando se analice en el capítulo cuarto de análisis sociológico de la maternidad y la paternidad, la opinión de las personas entrevistadas de las medidas vigentes en el ordenamiento jurídico español de fomento de la natalidad.

### **3.3. Derecho español**

#### **3.3.1. El concepto jurídico de la maternidad**

En este apartado se analizará el significado legal contenido en las principales leyes del ordenamiento jurídico español que alimentan y construyen el concepto jurídico de maternidad y madre. Para ello se ha utilizado tanto las leyes como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>354</sup> y el Tribunal Supremo<sup>355</sup> en aquellas sentencias de especial relevancia y con relación directa al concepto de maternidad.

La lectura de estas sentencias permiten descubrir en muchas de ellas la creencia de los/as magistrados/as en un instinto maternal, que justifica la superprotección de la maternidad, y la importancia del vínculo madre y recién nacido según la teoría del apego. En la mayoría de las sentencias estudiadas rezuma por tanto un determinismo biológico en relación a todos los conflictos derivados de la maternidad.

---

<sup>354</sup> La jurisprudencia constitucional el sistema legal español es fundamental, ya que es el intérprete supremo del texto constitucional, y de la legislación ordinaria que debe interpretarse siempre en la medida de lo posible de acuerdo con la Carta Magna. El Tribunal Constitucional debe de hacer posible la interpretación de los textos legales de forma que no entren en colisión con ninguno de los artículos de la Constitución española, en especial, de los derechos fundamentales ahí recogidos. El recurso de inconstitucionalidad es un procedimiento por el cual determinados actores constitucionalmente detallados, pueden elevar a consideración del Tribunal Constitucional un cuerpo legal de inferior categoría, porque consideran que la totalidad o parte de ese texto legal está en contradicción con la Constitución española. El Tribunal Constitucional deberá resolver sobre la constitucionalidad o no del texto impugnado, o sobre la interpretación necesaria para asegurar su adecuación y compatibilidad con la Carta Magna. El recurso de amparo es un recurso judicial que permite a un individuo acudir al Tribunal Constitucional si considera que uno de sus derechos fundamentales constitucionalmente protegidos está siendo vulnerado, y ha agotado previamente todas las instancias judiciales previas.

<sup>355</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo no constituye fuente del derecho en el ordenamiento jurídico español, pero sí que tiene una importante función de interpretación (artículo 1.6 del Código Civil). Además aunque no tiene el carácter vinculante que la jurisprudencia tiene en los sistemas legales anglosajones basados en el “case-law”, sí que obliga en cierto modo a jueces y magistrados, ya que una sentencia diferente a la postura mantenida por la jurisprudencia anteriormente, obliga a argumentar mucho el porqué esa diferencia, ya que sino podría considerarse una sentencia que vulnera el principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución española.



Hay otros conceptos clave, como son el cuidado y la conciliación que se han sumado al análisis del concepto jurídico de maternidad en el derecho positivo español. Aunque son términos diferentes de la maternidad y madre, se han unido porque del análisis legal se desprende que el significado jurídico de maternidad y madre está estrechamente unido al concepto de cuidado y conciliación en nuestra sociedad, o lo que es más, el cuidado y la conciliación son elementos casi implícitos e incluidos en el significado legal de maternidad y madre.

### **a. Constitución española de 1978**

El primer cuerpo legal estudiado es la Constitución española de 1978. En ella se consagran el listado de derechos fundamentales reconocido en nuestro sistema legal, que no son más que los contenidos en los artículos 14 al 29 de la CE. Hay otros derechos recogidos en la CE, pero no tienen la categoría de derechos fundamentales (derechos humanos admitidos en nuestro sistema legal), sino que constituyen principios rectores de la política social y económica<sup>356</sup>.

La interpretación dispensada por el Tribunal Constitucional al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE y ampliado por el artículo 9.2 CE en el ámbito laboral ha tenido dos grandes etapas. Una primera etapa hasta la STC 128/87 de 16 de julio, donde el Tribunal Constitucional interpretó el principio de igualdad como una igualdad formal, y se limitó a equipar las protecciones legales existentes hasta entonces en materia laboral, asegurando un estricto tratamiento igual y neutral, sin tener en cuenta muchas veces que la situación de partida de mujeres y hombres en el mercado de trabajo no era ni mucho menos igual, debido a las razones históricas y a la evolución social, económica y laboral que se ha expuesto hasta ahora.

A partir de la STC 128/87 de 16 de Julio, el Tribunal Constitucional pasa a interpretar el mandato constitucional de la igualdad contenidos en los artículos 14 y 9.2 de la CE como una igualdad material, la necesidad de conseguir una igualdad real y efectiva, que mucha veces requiere tener en cuenta estas desigualdades históricas que uno de los sexos, casi siempre el femenino, arrastraba para poder hablar de plena e igual participación en el mercado de trabajo.

---

<sup>356</sup> En el capítulo segundo de este trabajo sobre el rol del Estado, se ha analizado ya todo el debate sobre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos sociales, y su tratamiento en la Constitución española.

Fruto de esta evolución y de la interpretación constitucional del principio de igualdad, a partir de la STC 229/1992, de 14 de diciembre, *“se consolida, desde un punto de vista constitucional, la legitimidad, únicamente, de aquellas normas o medidas protectoras de la mujer por causa del embarazo y del parto, y las llamadas medidas de acción positiva”* (Molina González-Pumariega, 2004:104).

En la Constitución española de 1978, no se recoge, sin embargo, de manera explícita ningún derecho de las madres ni de los padres, ni ningún derecho a la maternidad ni a la paternidad. Todas las cuestiones que el legislador constituyente creía relacionadas con la reproducción humana, se consideraban un asunto privado de las personas, sobre las que el máximo texto legal de la jerarquía normativa española no tenía, ni debía pronunciarse.

Tan sólo hay un artículo, el artículo 39 sobre la **protección dispensada a la familia** por parte de los poderes públicos, donde se mencione de manera explícita a las “madres”, a los “padres” (entendido aquí como madres y padres) y a la “paternidad”. Y con significados bien diferentes. Es importante subrayar, que esta única mención constitucional a los conceptos analizados es en el marco del artículo dedicado a la protección de la familia, como institución digna de tutela estatal, y que además constituye uno de los principios rectores de la sociedad y de la economía del país.

*“La Constitución española en su artículo 39 sienta las bases de la responsabilidad del estado en la protección de la familia y los menores y de la política social y económica del estado en este ámbito de las relaciones sociales”* (Picontó, 1998: 659).

Por lo tanto la visión del legislador constituyente de abordar algunos aspectos de la maternidad y la paternidad dignos de tratamiento constitucional sólo en el marco de la protección familiar tiene pleno sentido hoy en día. La maternidad y la paternidad debe ser objeto de tutela legal en la medida que constituye elementos necesarios de la institución familiar, que sí que queda claro que es de interés general<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> En el capítulo cuarto dedicado al análisis sociológico de la maternidad, hay una sección dedicada a la diversidad de madres y padres donde se menciona también, que a pesar de los recientes cambios legales que permiten y aceptan maternidad y paternidades fuera del matrimonio heterosexual convencional, todavía hay numerosas reticencias sociales a entender una maternidad y/o paternidad fuera de la institución familiar nuclear.

Aún así, antes de la entrada en vigor de la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, era extendida la interpretación de que la protección de la maternidad dispensada en la legislación laboral (a través de las bajas de maternidad, permisos retribuidos para el cuidado de hijos/as, posibilidades de excedencias y reducciones de jornada para el cuidado de menores, además de otras medidas en forma de prestaciones económicas o beneficios fiscales para trabajadoras y empleadores) estaba justificada por esa protección constitucional de la familia y de las madres definida en el artículo 39. La protección de la maternidad unas veces está conectada con la protección de la maternidad como interés general, valor o bien jurídico en sí mismo, o con su conexión a la institución familiar<sup>358</sup>. En cambio como se analizará más adelante, la protección de la maternidad puede también estar conectada al derecho fundamental a la igualdad protegido en el artículo 14 de la CE (y las medidas de protección de la maternidad como instrumentos para prevenir y evitar formas de discriminación de las mujeres como resultado de su maternidad, actual o potencial).

En la Constitución española la “madre” sólo se nombra para eliminar las discriminaciones históricas de los hijos/as nacidos de madres solteras y de relaciones extramatrimoniales. Los “padres”, aquí entendidos como madre y padre, y como sujetos de deberes frente a sus hijos/as, de los que deben hacerse cargo, tanto si han sido tenidos dentro de la institución familiar como fuera.

La Constitución española de 1978 también sienta las bases sobre las que se edifica el **sistema de protección social**. Las mujeres son objetos de este sistema de protección social en la medida que cumplen el rol social esperado como madres.

Los sistemas de protección social nacieron para garantizar la subsistencia de los individuos cuando los recursos individuales y la solidaridad familiar no llegaban para satisfacer las necesidades vitales de los individuos. Históricamente esta protección social era dispensada por instituciones religiosas y gremiales, pero con el nacimiento del Estado moderno, comenzaron a crearse sistemas de protección social, sobre todo para garantizar servicios que se consideraban básicos, como la educación y la sanidad (Meil, 2002:29).

---

<sup>358</sup> Ver por ejemplo Fernandez Orrico (2004: 339)

La Constitución española establece en los artículos 39 al 43 las bases del sistema de protección social del modelo de Estado Social de Derecho por el que se opta en nuestra Carta Magna. Es un sistema de protección social basado en la familia (artículo 39 CE), que se articula en un sistema redistributivo de renta (artículo 40.1 CE<sup>359</sup>), con una voluntad manifiesta de protección de los trabajadores (artículo 40.2 CE<sup>360</sup>).

También es en la Constitución donde se establecen los objetivos del régimen de la Seguridad Social (artículo 41 CE<sup>361</sup>), como principal instrumento que permita asegurar la protección social a los ciudadanos y ciudadanas, en aquellos supuestos previstos legalmente.

La configuración del sistema de protección social recogido en la Constitución española se inspira en la redacción de derecho social fundamental del artículo 22<sup>362</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), avanzando más allá de un sistema de meros seguros sociales para riesgos concretos que caracterizaba al régimen preconstitucional (Rodríguez-Piñero, 2008:70).

El sistema de protección social que establece el artículo 40 de la CE no puede entenderse sin ponerlo en relación con el Estado Social de Derecho que la misma

---

<sup>359</sup> Artículo 40.1 Constitución española

*“Los poderes públicos promoverás las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política de pleno empleo”*

<sup>360</sup> Artículo 40.2. Constitución española

*“Asimismo los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuad.”*

<sup>361</sup> Artículo 41 Constitución española

*“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”*

<sup>362</sup> Artículo 22. Declaración Universal de Derechos Humanos

*“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*

Constitución establece su artículo 1, ni con la obligación de actuación de los poderes públicos del artículo 9.2 CE.

*“El legislador al desarrollar el art. 41 viene condicionado no solo por los fines “sociales” del Estado Social, sino por unas concretas directrices y mandatos que, además del art. 41, contienen otros preceptos contenidos en el propio capítulo III, referidos a la familia, al empleo, a las prestaciones y servicios de salud, a la discapacidad, a pensiones y servicios para la tercera edad, aparte del reconocimiento expreso a la necesaria participación de los interesados en la gestión de la seguridad Social (art. 129.1 CE<sup>363</sup>” (Rodríguez-Piñero, 2008:71).*

El adjetivo de social de ese modelo de Estado tiene que ver con la evolución del modelo de Estado moderno, y tiene diversos significados:

- Implica la inclusión de la igualdad como corrección de las desigualdades, dentro del listado de “valores superiores” del ordenamiento enunciado por el artículo 1.1. CE
- Supone también la relación con un ordenamiento jurídico que sea un sistema de tutela de los trabajadores/as, como resultado histórico de la lucha obrera que criticó la falsa y presunta libertad e igualdad de las partes contratantes en el ámbito del trabajo del sistema liberal.
- Y finalmente, el carácter social de un estado que hace suya la función de garantizar un mínimo de bienestar de vida para todos los ciudadanos/as, asumiendo que no sólo los pobres son incapaces de satisfacer todas sus necesidades vitales (Mercader, 2002: 168-169).

Es imprescindible para entender la organización del sistema de protección social del modelo constitucional español, entender el valor y la protección legal al trabajo. El reconocimiento constitucional al trabajo en el artículo 35 CE<sup>364</sup>, como un derecho-

---

<sup>363</sup> Artículo 129. Constitución española

*“1. La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.”*

<sup>364</sup> Artículo 35. Constitución española

*“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

deber, convierte el trabajo no sólo en un derecho de los individuos, sino también en un valor social, un recurso imprescindible para la supervivencia de los individuos y de la sociedad como colectividad. La configuración del trabajo como un deber surge en primer lugar del pensamiento ético y religioso, pero pasa a ser objeto de formulación laica gracias al influjo del pensamiento socialista desde finales del siglo XIX (Mercader, 2002:172).

El sistema de protección social del ordenamiento jurídico español está configurado de forma que aunque aparentemente neutral, y derivado de los derechos individuales, y de una ciudadanía universal, neutral y objetiva, en el fondo, sobre todo dispensa especial protección a aquellos riesgos o situaciones de vulnerabilidad que con más frecuencia sufren los hombres (desempleo o discapacidad). Y en cambio son totalmente secundarias las situaciones protegidas por el sistema de protección social que mayoritariamente sufren las mujeres (embarazo, parto, lactancia, monoparentalidad).

El análisis del sistema de protección español muestra, a nivel contributivo, que el número de mujeres pensionistas es tan numeroso como el de los hombres, pero en el tipo de prestaciones substitutivas de salario (desempleo, jubilación e invalidez) los hombres son mayoría<sup>365</sup>, y en cambio las mujeres aparecen como beneficiarias mayoritarias por muerte y supervivencia<sup>366</sup>. La pensión media de las mujeres es inferior a la media masculina y las mujeres son mayoría en las pensiones mínimas.

En cuanto a las prestaciones no contributivas, tienen cuantías muy reducidas que difícilmente puede defenderse que garanticen un nivel de vida digno<sup>367</sup>, y la mayoría

---

## 2. *La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores*”

<sup>365</sup> El 1 de Agosto de 2010, existían en España 3.310.454 hombres con pensión de jubilación (1.037 € de media) frente a 1.842.944 de mujeres (615 € de media). Fuente: Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

<sup>366</sup> El 1 de Agosto de 2010, existían en España 2.134.734 mujeres con pensiones de viudedad (582 € de media) frente a 157.808 hombres. Fuente: Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

<sup>367</sup> El importe medio de la pensión no contributiva por jubilación es de 320 € y de la pensión no contributiva por invalidez 359 €. Fuente: Imserso, Agosto, 2010.

de sus beneficiarias son mujeres<sup>368</sup>, lo que en parte explica la progresiva feminización de la pobreza en nuestro país.

La menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo, su participación interrumpida<sup>369</sup>, en jornadas atípicas<sup>370</sup>, con salarios menores<sup>371</sup>, o en regímenes especiales muy feminizados como el agrario o las empleadas del hogar, las colocan en peores condiciones para recibir la protección social estructurada en un sistema eminentemente contributivo (Pérez del Río, 2005:46-47).

Tal y como señala Holtmaat (1992, 2010) en un análisis comparable del sistema de protección social holandés, la protección social dispensada a fenómenos más frecuentes de la vida de los hombres es presentada como una protección ante hechos objetivos, formales y de interés estatal, que suceden a categorías de personas presuntamente neutrales, como los trabajadores. En cambio, el mismo sistema de protección social protege en menor medida y con menor intensidad fenómenos más frecuentes de la vida de las mujeres, como el embarazo, el parto o la viudedad, y cuando lo hace se trata de una cuestión más subjetiva, relativa a la familia, y donde las categorías de las personas afectadas son identidades creadas por el propio sistema estatal, como por ejemplo: trabajadoras embarazadas, mujer monoparental o las viudas.

De ahí que el sistema de protección español, al igual que otros modelos europeos, otorgue un sistema de protección muy elevado en el sistema de pensiones y protección al desempleo, y en cambio el sistema de servicios sociales no esté tan desarrollado:

---

<sup>368</sup> El beneficiario tipo de una pensión no contributiva se corresponde con una mujer española casada, que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas. En términos absolutos el 70,88% de los pensionistas no contributivos son mujeres (Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009).

<sup>369</sup> Debido a las ausencias por cuidado de menores y dependientes, a través de las bajas de maternidad, reducciones de jornada, excedencias por cuidado de familiares, o simplemente como personas inactivas que se dedican a los trabajos domésticos y de cuidados en el seno de las familias.

<sup>370</sup> Las mujeres son las principales trabajadoras que optan por contratos a tiempo parcial, como medida de resolución de sus problemas de conciliación de la vida familiar y laboral.

<sup>371</sup> La brecha salarial, el menor salario percibido por las mujeres respecto a sus homólogos masculinos, implica menor poder adquisitivo, menores contribuciones a la Seguridad Social, que implicará menores pensiones de jubilación en el futuro, y menor capacidad de complementar sus pensiones futuras a través de planes y fondos de pensiones.

*“Esto refleja la idea de que los miembros de la familia dependen de un ganapán a tiempo completo, mientras que las mujeres son las principales responsables del cuidado social<sup>372</sup>”* (Meier, Peterson, Tertinegg and Zentai, 2007:112).

El sistema de pensiones español (al igual que otros países del sur de Europa) es un sistema de sustitución de rentas tan elevado, que lleva a pensar que lo que hace es sustituir el salario familiar y no individual (Guillén, 2002; Andersen, 1990). Los hombres son en mayor proporción los beneficiarios de estas prestaciones, y en cuantías muy superiores a las mujeres. Las mujeres son en cambio mayoría entre las personas beneficiarias de las prestaciones asistenciales no contributivas, pero las prestaciones no contributivas no alcanzan en el mejor de los casos ni la mitad de las cuantías de las prestaciones contributivas medias (Guillén, 2002:64-66).

De ahí se desprende que el sistema de protección social, al igual que la mayoría de los países europeos, promoció mucho más la protección de las mujeres durante la baja maternal, que la introducción de medidas encaminadas a distribuir equitativamente el trabajo doméstico y de cuidados entre hombres y mujeres.

El actual sistema de protección social español está siendo cuestionado por varios fenómenos sociales: la caída de la natalidad, la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y los profundos cambios del modelo de familia tradicional (Meil, 2002; Flaquer, 1999, 2002; Esping-Andersen, 2006).

La caída de la natalidad que ha sido una constante en nuestro país (al igual que en otros países europeos) en las últimas décadas, pone en peligro el sistema de protección social, al producirse un progresivo envejecimiento de la población debido a esta baja natalidad y al aumento de la esperanza de vida. El sistema de protección social creado alrededor de este “contrato entre generaciones” o “solidaridad entre generaciones” pierde sentido, porque ha sido un sistema diseñado bajo la asunción de un aumento progresivo de la población.

---

<sup>372</sup> Traducción de la propia autora de: *“This reflects the assumption that family members depend on full-time male breadwinners, whereares women are mainly responsible for social care”*.



*“Aunque el número de cotizantes pueda aumentar, tanto por la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo como en virtud de la inmigración (legal, esto es, que cotiza a la Seguridad Social), de forma que la relación desfavorable entre cotizantes y pensionistas pueda mejorar (supuesto un mercado de trabajo en expansión), a medio y largo plazo es inviable sin tasas de natalidad próximas al nivel de reemplazo generación” (Meil, 2002:41)<sup>373</sup>.*

Este mismo autor (Meil, 2002:42) afirma que quienes realmente contribuyen al sostenimiento del sistema de protección social son las mujeres/familias que deciden tener hijos/as, y que su contribución más allá de la contribución clásica económica, se trata de una “contribución demográfica” o “en especie” que debería tenerse en cuenta<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Si estas visiones pesimistas sobre el futuro del sistema de protección social se realizaron en una época de bonanza económica, de expansión del mercado de trabajo y de llegada de importantes flujos migratorios a España, la situación se complica especialmente si el escenario económicos y social cambia como actualmente sucede: las tasas de natalidad vuelven a descender como resultado del final de mujeres en edad fértil del último “baby-boom” español, se produce la paralización de entrada de flujos migratorios ante el endurecimiento de la legislación migratoria y la falta de trabajo por la crisis económica, y se generaliza la contracción del mercado de trabajo.

<sup>374</sup> Tímidos ejemplos de medidas legales que han tendido a reconocer esa contribución en especie de las mujeres que tienen hijos/as han sido algunas novedades incluidas en la Ley 3/2007 de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que reconozca como periodo cotizado el tiempo de excedencia por cuidado de hijos/as, que modifican los siguientes artículos del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio:

Artículo 180. Prestaciones.

*“1. Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

*El período de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.*

*2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.*

*3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera*

Por eso hay autores que critican las actuales preocupaciones sobre la continuidad de los sistemas de protección social de los Estados de bienestar europeos centradas en la continuidad y la viabilidad del sistema de pensiones. Para ellos (Esping-Andersen, 2006:11) la prioridad de los sistemas de protección social debería ser un aumento de la inversión destinada a la infancia. Y esta inversión en la infancia debería realizarse a través de políticas familiares que desfamiliarizarán las responsabilidades que actualmente tienen las familias sobre el bienestar de los individuos, a través de políticas que reconcilien la maternidad con la vida laboral, y a través de medidas que feminicen el papel del hombre en la vida (Esping-Andersen, 2006:12)<sup>375</sup>.

Pero como se verá a continuación en el análisis detallado de la protección social dispensada a las mujeres cuando ejercen los cuidados necesarios en la sociedad española, la opción que está realizando el ordenamiento jurídico es compensar por los cuidados que las mujeres ejercen, a través de medidas que tienden a contrarrestar la falta de ingresos y derechos sociales que les supone a las mujeres ausentarse del mercado de trabajo para ocuparse de los cuidados de los demás durante periodos de su vida (o durante toda su vida). Pero compensar la desigualdad que produce la desigual asunción de las responsabilidades sobre los cuidados, como se verá a lo largo de los siguientes capítulos, no se resuelve a través de derechos económicos y sociales (Castro y Pazos, 2008:2).

---

*correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.*

*4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.”*

<sup>375</sup> Aunque el planteamiento de este autor sobre el futuro de los sistemas de protección social, incluye tanto medidas para apoyar la masculinización de la vida de las mujeres (sobre todo para evitar una desigualdad de oportunidades en el mercado laboral) como la afirmación de medidas que faciliten la feminización de la vida de los hombres, adolece de ejemplos claros de cómo se puede llevar a cabo esta última cuestión. Sus análisis pormenorizados sobre los factores que influyen en el bienestar infantil, destacan la importancia de que los bebés puedan estar atendido por sus madres (y sólo menciona la importancia de las madres) durante el primer año de vida, tras el cual, puedan fomentarse sistemas de cuidado infantil externos a la familia.

## **b. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres<sup>376</sup>**

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), es una legislación que transpone varias directivas europeas en materia de igualdad de género en el ámbito laboral<sup>377</sup>, y que además supone un objetivo político de dotar a nuestra sociedad de un instrumento jurídico avanzado para lograr una mayor igualdad entre hombres y mujeres, en ámbitos que vayan más allá de la esfera laboral, aunque sean las medidas laborales las más importantes del conjunto de la ley.

Contiene medidas en un amplio abanico de ámbitos de la sociedad, pero el hecho de que un importante grueso de medidas se concentren en el ámbito social se debe a “*que es evidente que en una sociedad de economía de mercado, la posición que cada ciudadano ocupa en el mercado, determina su posición social*” (Pérez del Río, 2010:2).

Es una ley, que en la Exposición de Motivos<sup>378</sup> deja claro que el objetivo global es alcanzar la igualdad real y efectiva, que va más allá de la simple garantía de la igualdad formal, que por otro lado, ya estaba protegida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 14 de Constitución española<sup>379</sup>. Cualquier estadística

---

<sup>376</sup> El orden de las leyes a continuación analizadas no ha sido confeccionado de acuerdo a un orden cronológico sino de jerarquía normativa.

<sup>377</sup> Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la formación profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

<sup>378</sup> Exposición de motivos, LOIEMH

*“El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.”*

<sup>379</sup> Aunque en el capítulo segundo sobre el rol del Estado se ha reflexionado sobre el limitado carácter orgánico de esta ley, y su función o no de desarrollo del derecho fundamental a la igualdad.

desagregada por sexo del ámbito laboral, por ejemplo, nos muestra que esta igualdad formal que garantiza el respaldo legal a la no discriminación por razón de sexo, está lejos de ser alcanzada en la realidad. De ahí la necesidad de un nuevo instrumento jurídico, como es la LOIEMH, que desarrolla y regula aspectos de un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Cuando la Exposición de Motivos justifica la especial necesidad de introducir medidas correctoras de esta desigualdad entre hombres y mujeres de nuestra sociedad, hace especial hincapié en la importancia del ámbito laboral, y alude a los problemas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras derivadas de su maternidad y paternidad<sup>380</sup>.

El objetivo de la LOIEMH<sup>381</sup> es hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres ya garantizado constitucionalmente. Y es especialmente relevante, que cuando define lo que significa igualdad de trato entre hombres y mujeres, haga una especial mención a la maternidad como una fuente de discriminación para las mujeres. Constituyen formas de discriminación contra las mujeres que el propio fenómeno de la maternidad se considere socialmente como una realidad de consecuencias únicamente femeninas, y el cuidado de la familia, como una responsabilidad exclusiva de las mujeres<sup>382</sup>.

---

<sup>380</sup> Exposición de motivos LOIEMH

*“Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares”*

<sup>381</sup> Artículo 1. LOIEMH

*“Objeto de la Ley.*

*1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural”*

<sup>382</sup> Artículo 3. LOIEMH

*“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”*

La LOIEMH dedica el título I a definir los elementos que integran el principio de igualdad de trato de mujeres y hombres y en definir diferentes formas de vulneración de dicho principio, entre ellas la discriminación directa. Una vez más, el texto cree necesario enunciar que todo trato desfavorable por embarazo o maternidad es constitutivo de discriminación directa<sup>383</sup>.

Uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos en el marco de las actuaciones derivadas para el cumplimiento de los objetivos de esta LOIEMH es precisamente la protección de la maternidad. Aquí por primera vez la maternidad no sólo es mencionada como una fuente de discriminación, sino también como un objeto de tutela jurídica. Este paso a objeto del derecho se justifica por la necesidad de socializar las consecuencias de la maternidad, porque la maternidad tiene una dimensión colectiva que el Estado ha de asumir<sup>384</sup>. En este caso la maternidad sí que es objeto de tutela estatal por parte del Estado como interés general, y además un fenómeno en el que intervenir públicamente para alcanzar mayores niveles de corresponsabilidad social.

La LOIEMH tuvo importantes problemas en su debate y aprobación, sobre todo de índole económica. Suponía la elaboración y aplicación de una serie de políticas públicas que implicaban un gasto, y algunas medidas, un gasto importante por tratarse de políticas sociales. Se trata de una ley orgánica necesaria para hacer efectiva la tutela jurídica de un derecho fundamental, como parece que es la igualdad de hombres y mujeres en nuestro ordenamiento jurídico<sup>385</sup>, pero los costes en términos de políticas públicas entran en contradicción con los intereses puramente económicos y

---

<sup>383</sup> Artículo 8. LOIEMH

“Discriminación por embarazo o maternidad.

*Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”*

<sup>384</sup> Artículo. 14 LOIEMH

*Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos*

*“7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.”*

<sup>385</sup> Las juristas feministas han reivindicado la utilización del término igualdad de mujeres y hombres en vez de igualdad entre mujeres y hombres, porque la utilización de la preposición entre implicaba la equiparación o asimiliación de un sexo, generalmente el femenino, al sexo en situación más favorable, el masculino. De entre toda la legislación sobre igualdad aquí analizada, solo la Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres y la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi) utilizan expresamente esta fórmula.

con los compromisos adquiridos por España en el marco de la política económica común de la Unión Europea.

Muchas de las principales medidas incluidas en la LOIEMH, no se han aplicado aún o están en fase de aplicación, como por ejemplo, la elaboración e implementación de los planes de igualdad en las empresas que la ley obliga. Por lo tanto es aún muy pronto para valorar si esta LOIEMH está por delante del cambio social, y su función puede ser la de provocar cambios sociales, económicos y jurídicos, o responde a demandas sociales de mayores cotas de justicia social en materia de igualdad de hombres y mujeres como elemento imprescindible de una ciudadanía democrática, y ciudadanía de todos, de hombres y de mujeres. Como afirma Perez del Río (2010:33) *“constituye en muchos temas más un punto de partida que un punto de llegada ya que para determinar el grado de efectividad en muchos de los temas esenciales será necesario esperar a realizar una evaluación de sus resultados”*.

Aun así, la valoración por parte de la doctrina, especialmente laboralista, es positiva y reconocen que *“la creación de la “suspensión por paternidad y el fortalecimiento del derecho del padre a la “suspensión por paternidad derivada” pueden interpretarse como una “invitación “ para que los progenitores varones se “acerquen” – de una vez por todas – al “fenómeno” de la maternidad, asumiendo la responsabilidad que conlleva y, por qué no, el riesgo a sacrificar o (postergar) la progresión de su carrera profesional”* (Beltrán de Heredia, 2006:326).

Pero también aparecen las primeras dudas sobre si realmente esta ley tendrá un impacto positivo en los objetivos que se marca. Por ejemplo para Dubin (2007:49) las principales reticencias contra esta ley no serán de la parte empresarial sino de los trabajadores, que muchas veces verán peligrar sus privilegios como varones trabajadores. Privilegios que muchas veces son el resultado de una división sexual del trabajo, defendida y apoyada por una legislación laboral conseguida a través de reivindicaciones obreras históricas.

En este sentido, Dubin (2007:57) considera que algunas de las disposiciones contenidas en la LOIEMH, como los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, reducciones de jornada por cuidado, excedencias por cuidado, mejora de los permisos de maternidad, derecho a una concreción horaria compatible con las necesidades de conciliación, seguirán siendo disposiciones a las que se acojan mayoritariamente las mujeres como ha venido sucediendo hasta la aprobación de esta

ley. Porque nada más allá del permiso de paternidad ha sido incluido en la LOIEMH para formentar o incentivar que lo hagan los hombres.

Esto aumentará aún más la “discriminación estadística”<sup>386</sup> de los empresarios a la hora de contratar a mujeres, influirá en la segregación vertical, ya que las promociones en la empresa implica una inversión formal e informal en un trabajador/a que se convertirá en una persona más difícilmente reemplazable. Si esa persona es una mujer es más fácil que se ausente por los derechos de conciliación que concede la ley, y por tanto el/la empresario/a será más reticente a promocionar a las mujeres.

*“Dado que ninguna ley podrá, salvo quizás a muy largo plazo, alterar de forma significativa las dinámicas sociales y culturales que han asignado a las mujeres la responsabilidad principal de las tareas familiares, es casi inevitable que las facilidades a la conciliación de la vida profesional con la familiar incorporadas en la LOIEMH se traduzcan en mayores incentivos contra la discriminación estadística por parte de los empresarios. Esto no quiere decir que el Estado no deba proceder a este tipo de cambios, pero sí que debería obrar en consecuencia introduciendo innovaciones normativas complementarias” (Dubin, 2007:58).*

Las medidas incluidas por la LOIEMH en el ámbito laboral están en coherencia con el modelo económico que el Estado ampara, protege o regula. El Estado considera que la maternidad es objeto de protección social principalmente cuando se da el caso de madre y trabajadora. Por lo tanto, una vez más, un derecho de ciudadanía como puede ser la protección social dispensada por el Estado en un momento de necesidad vital, depende de la participación anterior de esta persona en el mercado laboral formal. Estamos en un modelo de Estado que se fundamenta en una definición de ciudadanía laboral.

Vivimos en una sociedad inmersa en un sistema económico capitalista, con un modelo de Estado social de derecho, que respalda este modelo económico, y que tan sólo interviene para paliar las consecuencias sociales que los excesos o altibajos de una

---

<sup>386</sup> El concepto de discriminación estadística hace alusión al efecto que produce el conocimiento y la realidad de que son las mujeres en su mayoría quienes se acogen a los permisos de maternidad, reducciones de jornada, excedencias, permisos de lactancia y cualesquiera derechos de conciliación que las leyes establecen, con lo cual, son mayoritariamente las mujeres quienes se ausentarán del mercado de trabajo por espacios de tiempo, y esto producirá unos costes directos e indirectos al empresario. En consecuencia, la protección de la maternidad y la conciliación, al recaer solo en las mujeres, se convierte en un efecto “boomerang” que va justo en contra de la inserción, mantenimiento y promoción laboral de las mujeres.

economía guiada por las leyes de la oferta y la demanda puedan producir en sus ciudadanos y ciudadanas<sup>387</sup>.

En el mundo empresarial hay toda una preocupación sin embargo por cuestiones que sí que tienen que ver con el espacio público de la sociedad, y no son necesariamente cuestiones puramente económicas, como es la responsabilidad social empresarial (RSE), que se define como la parte de responsabilidad que tiene la empresa en las cuestiones colectivas de la sociedad, que son un asunto de todos/as, incluidas de las empresas que también forman parte de esa sociedad. También se entiende como una responsabilidad ética que tiene la empresa de devolver de alguna manera a la sociedad por todo aquello de lo que se lucra. Esta responsabilidad social empresarial hace que las empresas se obliguen ellas mismas a que determinados objetivos de justicia social sean parte de su cultura empresarial, y que sean también objetivos a alcanzar en su práctica empresarial, más allá de la mera búsqueda de beneficios económicos.

Parece existir un amplio consenso sobre que la igualdad entre hombres y mujeres es un objetivo que debe incluirse en la RSE de una empresa, como parte de una responsabilidad social interna que incluye todos aquellos ámbitos relacionados con las personas que trabajan en la empresa: condiciones laborales, diversidad, igualdad de género, conciliación de vida familiar y laboral, prevención de riesgos laborales, derechos humanos, etc. El respeto a la igualdad de género en el ámbito laboral supone una ausencia de discriminación de trabajadores y trabajadoras por cuestiones como pueden ser la maternidad o la paternidad.

---

<sup>387</sup> Pateman (1995) critica desde el feminismo ese concepto de ciudadanía laboral en el que se sustentan nuestros modelos de Estados de bienestar. Y lo hace utilizando el dilema de Hegel. Este filósofo fue el primero en subrayar el dilema moral que representaba una ciudadanía basada en la pertenencia al mercado capitalista, ya que este mercado expulsa o discrimina a ciertos grupos de población, entre ellos a las mujeres. Las mujeres no tienen así las características necesarias para integrarse en la ciudadanía del Estado, y sólo pueden incorporarse en la medida que pertenecen a una familia. Por ello Pateman sintetiza el posicionamiento de las mujeres frente a este Estado de bienestar que defiende un concepto de ciudadanía que excluye a las mujeres, en el dilema Wollstonecraft: o las mujeres reivindican la extensión de las estructuras protectoras ya existentes del Estado de bienestar para que también cubran las demandas y necesidades de las mujeres, o demandan una revisión completa de los cimientos sobre los que se basa el propio Estado de bienestar, incluyendo en el concepto de ciudadanía las capacidades y características específicas de las mujeres.



La responsabilidad social interna pretende favorecer a la sociedad y a las personas que trabajan dentro de la empresa, así como generar unos beneficios internos que se traduzcan en mejoras empresariales.

En algunas de estas materias de la responsabilidad social interna existe amplia legislación que establece unos mínimos que la empresa ha de cumplir si quiere ser socialmente responsable: prevención de riesgos laborales, condiciones laborales, etc.

Pero en materia de igualdad de género, existe una amplitud de conceptos, que hace difícil establecer cuáles son esos mínimos que la empresa tiene que garantizar para poder hablar de respeto a la igualdad de género en su RSE<sup>388</sup>.

Las empresas pueden hacer uso publicitario de sus acciones en materia de igualdad como parte de su RSE (artículo 74 LOIEMH<sup>389</sup>). El instituto de la Mujer u organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas pueden solicitar el cese de dicha publicidad si se descubre falsa.

Pero no existe una ley específica de RSE, por lo tanto, una empresa no puede decir que es socialmente responsable y no cumplir con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero ¿puede decir que es socialmente responsable y no cumplir la LOIEMH?. Efectivamente parece que sí, tan sólo echando un rápido vistazo a las principales estadísticas sobre participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

Además cuando se menciona la igualdad entre mujeres y hombres como elemento integrante de la RSE existe cierta confusión que identifica cuestiones de igualdad de

---

<sup>388</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH) habla de manera específica en el artículo 73 sobre las acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad, reconociendo como parte de la RSE “*las medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social*”.

<sup>389</sup> Artículo 74. LOIEMH: “*Publicidad de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad.*”

*Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. El Instituto de la Mujer, u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, estarán legitimados para ejercer la acción de cesación cuando consideren que pudiera haberse incurrido en supuestos de publicidad engañosa.”*

género con la existencia o no de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Y son cosas muy diferentes.

Una cosa es la igualdad de género, o igualdad real y efectiva utilizando la terminología de la LOIEMH y otra cosa son los problemas de conciliación de vida familiar y laboral, que pueden ser considerados una consecuencia de una situación de desigualdad de género, que produce la división entre el espacio público (trabajo productivo) y espacio privado (trabajo reproductivo) de las personas. La organización de los tiempos de trabajo hace que muchas veces las responsabilidades familiares de los trabajadores/as sean incompatibles con su presencia en el mercado de trabajo formal.

Generalmente se piensa que los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral son problemas de las mujeres, en la medida que son madres y trabajadoras, ya que se asume que la responsabilidad de los hijos/as es una carga en exclusiva de las mujeres. Los problemas de conciliación deberían ser tanto de trabajadores como de trabajadoras, y no sólo en la medida que son padres y madres<sup>390</sup>.

Como se ha visto anteriormente en el análisis de la influencia europea en la legislación española sobre maternidad y paternidad, la conciliación se vincula al mundo de las leyes y las políticas a raíz de la Cumbre Europea sobre Empleo de Estrasburgo de 1997. Esto es así, porque los problemas de conciliación se entienden como una amenaza a la productividad laboral y un obstáculo que impide la entrada o permanencia de las mujeres a tiempo completo en el mercado de trabajo. La conciliación a partir de entonces se centra en el cuidado de los niños/as y no de los menores, todo lo contrario de lo que indica la evolución demográfica en Europa.

En el mundo empresarial el problema de la conciliación se traduce en políticas sensibles a las familias, y desde los departamentos de recursos humanos se aborda como un problema individual de las trabajadoras, que no saben cómo organizar su vida y no como un problema histórico estructural que es. Desde las empresas se entiende como medidas de retención de talento, como un plus a los salarios. Las

---

<sup>390</sup> Todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres, en periodos determinados de sus vidas, y sobre todo, cuando tras ser padres, tienen menores a su cargo, tendrán necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, porque se entiende que no hay ninguna razón biológica, ni tampoco debería haber ningún argumento social, que exima a ningún sexo de las responsabilidades de cuidados respecto a sus hijos/as.

políticas de conciliación se convierten entonces en una falsa solución de la doble presencia de las mujeres que en cambio tolera la omnipresencia masculina.

Si la igualdad sólo se aborda desde la discriminación directa e indirecta *“la presencia mayoritaria de los hombres en las funciones de dirección y liderazgo se justificará como resultado del mayor esfuerzo, excelencia o coraje masculino y la mayor presencia de las mujeres en las responsabilidades de cuidado como resultado de la libertad individual y el interés de las mujeres por la familia”* (Rubio, 2006a: 61).

Los planes de igualdad<sup>391</sup> por otra parte, se destacan como uno de los instrumentos más innovadores de la LOIEMH en materia de igualdad de género en el ámbito laboral.

Pero no todas las empresas están obligadas a elaborar planes de igualdad, es más, solo algunas empresas están obligadas a *“negociar, y en su caso acordar”* (artículo 45.2 LOIEMH), es decir, que tienen la obligación de ponerse a debatir y negociar con los representantes de los trabajadores/as, pero no están obligados a llegar a un acuerdo. De todas formas sólo están obligadas a elaborar planes de igualdad las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores/as, las empresas que su convenio colectivo lo indique, las empresas a las que la autoridad laboral lo dictamine como sustituto de sanciones accesorias en un proceso sancionador y las empresas que, fuera de estos supuestos y voluntariamente quieran. Fuera quedan por tanto, la gran mayoría de pequeñas y medianas empresas que constituyen el grueso del tejido empresarial español.

### **c. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores**

Como se ha señalado previamente en esta investigación, el grueso de las disposiciones legales sobre maternidad y paternidad se encuentra recogido en el derecho laboral. Siguiendo la interpretación de que las cuestiones relativas a la reproducción de las personas son asunto privado donde el Estado no debe intervenir,

---

<sup>391</sup> Los planes de igualdad son (artículo 46.1 LOIEMH) *“un conjunto ordenado de medidas, adoptadas una vez realizado un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”*.

el mercado de trabajo y el marco de las relaciones laborales, constituyen una de las escasas excepciones a esta consideración.

El mercado de trabajo hace referencia al espacio público donde se llevan a cabo la mayoría de actividades laborales necesarias para el mantenimiento de la economía dentro de un sistema capitalista<sup>392</sup>.

El mercado de trabajo es uno de los espacios públicos más importantes, y la maternidad y la paternidad se abordan, en la medida que suponen fenómenos de la vida de los trabajadores y las trabajadoras que dificultan el normal funcionamiento de la economía y el mercado de trabajo, y que por lo tanto, necesitan de medidas que arbitren estos posibles conflictos, y que permitan sobre todo, que trabajadores y trabajadoras puedan continuar desempeñando sus puestos de trabajo de acuerdo a las exigencias laborales, sin dejar de tener hijos/as.

El trabajo familiar-doméstico tiene una dimensión material – la satisfacción de unas necesidades materiales de las personas, que pueden cuantificar económicamente y por lo tanto ser cubiertas en un momento dado por el mercado – y una dimensión afectiva, que ni se puede cuantificar ni sustituir (Amorós et al.2003:14-18).

Como ya se ha dicho previamente, la incorporación de las mujeres al trabajo asalariado fuera de casa, no produjo ninguna variación en la distribución del trabajo dentro de casa. En palabras de Mackinnon (1989:35):

*“Las mujeres tienen la misma libertad que los hombres para trabajar fuera de casa, mientras que los hombres siguen estando exentos de trabajar en ella”*

Tampoco el mercado de trabajo ha sufrido ninguna modificación en su forma organizativa ni en el sujeto modelo de trabajador varón en el que se estructura. Las

---

<sup>392</sup> Un sector importante de las feministas de los 70, fuertemente imbuidas por el pensamiento marxista, pensaban que el trabajo doméstico iba a ser abolido con la masiva incorporación de las mujeres al trabajo asalariado. Consideraron que una parte se mercantilizaría, creían que otra parte sería asumida por los servicios públicos del Estado, y finalmente esperaban que la parte restante se compartiría en términos de igualdad con los hombres. Pero no fue así, todo lo contrario, las mujeres se incorporaron al mercado de trabajo pero aparecieron situaciones como la doble jornada. Comenzó entonces el pensamiento feminista a reflexionar sobre la naturaleza del trabajo doméstico cuyo objetivo fundamental era el cuidado de la vida y el bienestar de las personas y no el logro de los beneficios.

mujeres tienen trayectorias laborales discontinuas, generalmente entran y salen en el mercado de trabajo en varios momentos de su vida laboral, muchas veces como resultado de que esta sea la única estrategia válida de compaginar sus responsabilidades de cuidados y sus responsabilidades laborales. Además de estas salidas y entradas, no es tampoco extraño que durante un periodo de sus vidas, su disponibilidad laboral no sea total, y son de nuevo quienes se acogen a jornadas laborales reducidas o a media jornada para conciliar sus vidas laborales y familiares.

*“Curiosamente, la edad de promocionarse coincide con el intervalo más aconsejable para la reproducción biológica (son muy pocos los discursos que interpretan la tasa de natalidad de nuestro país vinculada a los requisitos laborales)” (Murillo, 1996:XIX)*

El Estatuto de Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es la norma principal de regulación de las relaciones laborales<sup>393</sup>. Los convenios colectivos, fruto de las negociaciones entre la representación empresarial y los representantes legales de los trabajadores/as, tiene rango normativo en nuestro ordenamiento jurídico, pero siempre deben respetar al menos los mínimos legales incluidos en el Estatuto de los Trabajadores, y en todo caso, ampliarlo y mejorarlo.

Son numerosas por tanto las alusiones del Estatuto de Trabajadores a la maternidad y a la paternidad, así como a las responsabilidades de cuidado que puedan tener los trabajadores y las trabajadoras por razones familiares.

El Estatuto de Trabajadores incluye la **prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo**, tanto en el acceso al mercado de trabajo como en el mantenimiento del puesto de trabajo<sup>394</sup>. Estas disposiciones reflejan esa igualdad

---

<sup>393</sup> El Estatuto de Trabajadores recoge toda la trayectoria histórica de normativa de las relaciones laborales que se ha visto en la evolución histórica de la maternidad en el ordenamiento jurídico español junto con las aportaciones del derecho internacional y europeo. El Estatuto de los Trabajadores adapta esta tradición normativa a los requisitos y el marco de los derechos fundamentales de la Constitución española de 1978. Pero como se verá más adelante, no supone ninguna innovación en las finalidades perseguidas en la legislación sobre maternidad, conciliación y cuidado. Algunas cosas, muy pocas, como el permiso de paternidad, suponen un cambio de filosofía jurídico-política, y han sido introducidos recientemente en el Estatuto de los Trabajadores a través de la LOIEMH.

<sup>394</sup> “Artículo 4.c) Estatuto de los Trabajadores  
“A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o

formal recogida en la Constitución española del 1978, pero no menciona que la maternidad y la paternidad pueda ser una fuente de esta discriminación. Además es una prohibición de no discriminación que se extiende a cualquier tipo de norma de rango inferior, acuerdo o pacto que pudiera realizarse en el marco de las relaciones laborales<sup>395</sup>.

Estas prohibiciones de no discriminación de carácter general no parecen suficientes para eliminar prácticas laborales discriminatorias por razón de sexo, como es el caso de la brecha salarial entre trabajadores y trabajadoras. La obligación de pagar igual salario por trabajos de igual valor, tiene sus orígenes en el artículo 119 del Tratado de Roma (1957) constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Pero la realidad ofrece estadísticas estables en el tiempo sobre los salarios femeninos entre un quince y un veinticinco por ciento inferiores que los salarios masculinos<sup>396</sup>. El Estatuto de Trabajadores igualmente, refleja de manera específica ese mandato en el artículo 28<sup>397</sup>.

El Estatuto de Trabajadores contempla **la protección jurídica de la maternidad de las trabajadoras**<sup>398</sup>. Es un descanso de dieciséis semanas que el legislador otorga a

---

*étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”*

<sup>395</sup> “Artículo 17. Estatuto de los Trabajadores  
“No discriminación en las relaciones laborales.

1. *Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.”*

<sup>396</sup> Fuente: Encuesta de Estructura Salarial, INE, 2006.

<sup>397</sup> Artículo 28. Estatuto de los Trabajadores  
*Igualdad de remuneración por razón de sexo.*  
“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.”

<sup>398</sup> “Artículo 48.4. Estatuto de los Trabajadores  
“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo

la trabajadora para que pueda recuperarse físicamente del parto, y por otro lado, pueda atender a las necesidades básicas de un niño/a recién nacido<sup>399</sup>. Estas dieciséis semanas son ampliables en caso de partos múltiples o hijos/as discapacitados, dos semanas por cada hijo/a. Aún así, esta duración se considera insuficiente por la mayoría de la doctrina, y tampoco se ha tenido en cuenta, no tanto el número de hijos/as que se tiene en el parto, sino el número de hijos/as que ya se tenían (Molina González-Pumariega, 2004; Beltrán de Heredia, 2008).

Como señala López Anierte, los bienes jurídicos aquí tutelados son la recuperación física de la madre tras el parto; la protección del vínculo progenitor/a con el bebé; la protección del recién nacido y su necesidad de intensos cuidados en sus primeras semanas de vida.

*“Evidentemente, cumplido el primer objetivo, los otros dos pueden ser satisfechos indistintamente por el padre o la madre”* (López Anierte, 2000:126).

---

*a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.”*

<sup>399</sup> Ejemplos de la jurisprudencia sobre esta protección de la maternidad ayudan a ver cuál es la finalidad perseguida en esta figura jurídica, por ejemplo la Sentencia 17/2007, de 12 de febrero de 2007. Recurso de amparo 2192-2003. El Tribunal Constitucional admite en este recurso el amparo a una trabajadora que es despedida durante el periodo de prueba, y que la empresa no puede demostrar suficientemente que este despido fuera por causas objetivas ajenas al hecho que la demandante hubiera estado de baja en sucesivas ocasiones por abortos y embarazos de alto riesgo, estando además embarazada en el momento de ser despedida. Es además interesante que el Tribunal Constitucional recuerde la interpretación de posibles complicaciones en la salud de la embarazada, como de naturaleza diferente a una normal patología, y recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 30 de junio de 1998 (Caso Brown) *“aunque los trastornos y complicaciones del embarazo pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen “riesgos inherentes al embarazo”, y por lo tanto, comparten la especificidad de este estado”*.

O la Sentencia 74/2008 de 23 Jun. 2008. Recurso de amparo 4975/2006. En esta ocasión el Tribunal Constitucional admite el amparo en una sentencia sobre la nulidad del despido de una trabajadora cuyo contrato no fue renovado por encontrarse de baja motivada por su embarazo. El ayuntamiento no puede demostrar, aplicando la inversión de la carga de la prueba, que esta no renovación no haya sido por motivos discriminatorios por su baja por enfermedad causada por embarazo y baja de maternidad. Es más, el ayuntamiento, después de no renovar a esta trabajadora, siguió contratando a otra persona para la realización de las mismas funciones que la trabajadora despedida.

De ahí la opción de compartir esas semanas dedicadas al cuidado de la criatura por parte del padre, tal y como permitió la Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, como resultado de la trasposición de una directiva comunitaria que obligaba a la inclusión de este permiso parental (y no sólo maternal). Pero la titularidad del derecho es de la madre, que en todo caso podrá compartir con el padre *“a opción de la interesada”*. Además para que se genere este derecho es necesario que la madre esté trabajando, porque si la madre no trabaja no puede ejercitar la opción a favor del padre, aunque este esté trabajando. Solo se admite la creación de este derecho para el padre<sup>400</sup>, independientemente de que la madre trabaje o no, si esta falleciera, y aun así es un derecho redactado de manera potencial *“podrá hacer uso de su totalidad”*, que como López Anierte (2000:125) comenta, esta redacción pone en entredicho la supuesta protección al bien jurídico del recién nacido que necesita de cuidados intensivos en sus primeras semanas de vida<sup>401</sup>. También la nueva redacción del artículo 48.4.3<sup>o</sup><sup>402</sup> del ET introducida por la LOIEMH permite que sea el padre quien disfrute del permiso cuando la madre, aun estando trabajando, no tuviera derecho a suspender la actividad laboral de acuerdo a las normas que regulen esa actividad (Beltrán de Heredia, 2008:310).

El descanso por maternidad, al menos las seis semanas inmediatamente posteriores al parto es obligatorio para la madre, cosa que no sucede como se verá más adelante en el caso de permiso de paternidad: *“Como regla general, para los progenitores varones el cuidado de la descendencia tiene carácter opcional, mientras que para la mujer suele resultar obligatorio”* (López Anierte, 2000:120).

---

<sup>400</sup> Por eso algunos autores hablan de suspensión por paternidad derivada (Beltrán de Heredia, 2008:308).

<sup>401</sup> Esta autora también explica, que seguramente el legislador asume que el hombre no esté preparado para asumir los cuidados de un bebé recién nacido, y que seguramente será más oportuno y frecuente que las abuelas se encarguen de ese bebé en el fatídico caso del fallecimiento de la madre.

<sup>402</sup> Artículo 48.4.3º Estatuto de los Trabajadores

*“En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.”*



El supuesto protegido es la maternidad biológica, la adopción o el acogimiento<sup>403</sup>. Dentro de la maternidad biológica se diferencia el parto frustrado del aborto. El parto frustrado entendido como parto prematuro del que haya resultado un niño muerto queda incluido en la protección legal de la maternidad, y si sucede, este hecho no interrumpe el permiso de maternidad<sup>404</sup>. En cambio el aborto, entendido como pérdida espontánea o provocada del feto durante los primeros 180 días, límite a partir del que se establece ya la viabilidad fetal, no se incluye en la protección de la maternidad sino en todo caso recibiría la protección dispensada por incapacidad temporal derivada de las consecuencias patológicas del aborto (López Aniorte, 2000:123).

El efecto suspensivo de la baja maternal *“procura proteger y facilitar el restablecimiento de la salud de la madre, propiciar el mantenimiento de su puesto de trabajo – y en su caso del padre- y la prolongación de su carrera profesional más allá de la edad fértil sin olvidar, por último, la atención y cuidados del recién nacido”* (Molina González-Pumariega, 2004:218).

Los permisos de paternidad y maternidad no son ni el único ni el principal factor que influye en la decisión de las parejas a la hora de tener hijos/as. Pero sí que tiene un impacto en proteger o favorecer la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, y en favorecer un cuidado de los menores en condiciones socialmente protegidas. De ahí que las licencias parentales se han convertido en un indicador de igualdad y de calidad de la protección social en la Unión Europea (Escobedo, 2002:137).

---

<sup>403</sup> Artículo 45. Estatuto de los Trabajadores

*“Causas y efectos de la suspensión.*

*1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:*

*d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”*

<sup>404</sup> Artículo 48.4. Estatuto de los Trabajadores

*“ (...) En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo”*

Los ingresos laborales de la madre son muy importantes para la familia, y cada vez más en una sociedad donde difícilmente se podrá garantizar el bienestar familiar si no se cuenta con dos sueldos, y donde cada vez está en más decadencia la figura del hombre cabeza de familia y sustentador, sobre todo porque las mujeres ahora tienen niveles educativos iguales e incluso superiores a sus compañeros varones. Pero también la decisión de tener hijos/as es una decisión económica, porque criar hijos/as en nuestra sociedad es cada vez más caro, y no tanto por los gastos de consumo añadido, sino sobre todo por los costes de oportunidad que se generan cuando la mujer tiene que ausentarse del mercado de trabajo, tal y como se penaliza la maternidad (Esping-Andersen, 2006:17).

La protección legal de la maternidad biológica tiene como objetivo proteger a la mujer de las consecuencias biológicas y psicológicas que puedan producirse durante el embarazo y el parto<sup>405</sup>. Pero además esta protección legal busca evitar que la

---

<sup>405</sup> Resulta ilustrativa la jurisprudencia del TC en algunos recursos de amparo sobre la finalidad y el alcance de esta protección por ejemplo la Sentencia 20/2001, de 29 de enero de 2001. Recurso de amparo 2064/98 donde se reconoce el amparo a una funcionaria interina de la administración de Justicia, cuya relación laboral fue finalizada por encontrarse de baja maternal, y tras considerarse que no reunía los requisitos de idoneidad física del puesto de trabajo que desempeñaba, ni la necesidad de incorporación urgente característica del puesto interino que ocupaba. El Tribunal Constitucional considera discriminatorio por razón de sexo, *“ya que la resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes lo contrario, tal facultad es sólo parcialmente discrecional, ya que aquella sólo puede dictar dicha resolución mediante las causas que reglan su posible actuación en este terreno”* (FJ 5). No puede admitirse además esa discrecionalidad cuando *“se hubiera realizado con abierta vulneración de derechos fundamentales, como pudieran resultar los tratos desfavorables basados en el embarazo, que al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE.”*

Es especialmente interesante como el Tribunal Constitucional aclara en esta sentencia la finalidad de la protección de la maternidad *“la protección específica de la maternidad de los periodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzando al neonato como a la familia en su conjunto”*.

La protección de la maternidad no solo atañe a las madres (artículo 30 CE) sino también a los neonatos, y a la relación madre-hijo, aunque en esta sentencia se hable de el establecimiento de una relación de carácter familiar, está aludiendo a la relación madre e hijo/a. Por tanto el Alto Tribunal siguiendo la teoría del apego continua en la línea ideológica de pensar que lo que debe protegerse es la especial relación madre-bebé y no tanto familiar en los primeros meses de vida del niño/a.

También es ilustrativa la Sentencia 214/2006, de 3 de Julio de 2006. Recurso de amparo 5499-2003. En esta ocasión se reconoce el amparo a la demandante, porque ha sido vulnerado su derecho a la no discriminación del artículo 14 de la Constitución española. La demandante, estando inscrita como demandante de empleo y percibiendo prestación de desempleo, solicita

maternidad suponga un obstáculo al principio de igualdad en el ámbito laboral (Molina González Pumariega, 2004:226-227)<sup>406</sup>.

---

baja de maternidad (aumentando su base reguladora al 100%), pero durante la baja maternal, el Instituto Nacional de Empleo (INEM) no la comunica ofertas de empleo que se ajustan a su perfil profesional y formación porque interpreta que su solicitud de empleo queda suspendida, al igual que sucede con los trabajadores en situación de incapacidad laboral por enfermedad.

La incapacidad temporal regulada en el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) no es lo mismo que la situación de maternidad prevista en el artículo 133 bis LGSS. Precisamente la finalidad de la baja maternal es proteger a la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio, y que la maternidad como característica indisolublemente asociada al sexo femenino, no constituye un obstáculo a su acceso y permanencia en el mercado de trabajo.

Es interesante como el INEM, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, hubieran llegado a equiparar maternidad con enfermedad común, amparándose entre otros argumentos, en que la demandante estaba obligada al descanso biológico de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que no podía ser contratada por estar de baja maternal y que en su caso, debería haber manifestado activamente su voluntad de renunciar a la baja maternal (sufriendo el consecuente daño económico) para haber podido recibir ofertas de empleo.

Este recurso de amparo se admite contra la interpretación del embarazo como una enfermedad y sus consecuencias una responsabilidad individual de la mujer en cuestión, que debe actuar y sacrificarse individualmente para superar las posibles desventajas que le acarrea en el mercado laboral.

Igualmente la Sentencia 182/2005, de 4 de julio de 2005. Recurso de amparo 2447-2002 reconoce el amparo a la demandante, por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución española. Se reconocen como formas de discriminación *“la relegación progresiva de funciones y pérdida de estatuto profesional en la empresa en los sucesivos periodos de embarazo y maternidad (...) el peor trato profesional y salarial como consecuencia de la falta de promoción económica de la demandante, a diferencia de sus compañeros juristas del mismo área”* además de cambio de puesto de trabajo una vez realizada la denuncia de la demandante ante la inspección de trabajo. Todo ello sin que la empresa pudiera demostrar que dichas acontecimientos se debiera a razones objetivas ajenas al sexo de la demandante y al hecho de que en un periodo breve de años hubiera estado tres veces embarazada y disfrutado de los correspondientes permisos de maternidad (FJ 2).

Es destacable en esta sentencia los argumentos vertidos en el FJ4 *“Y, aunque ciertamente el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”*.

También es importante como el Alto Tribunal establece un límite a la libertad empresarial reconocida en el artículo 38 de la CE en el FJ 7: el respeto a las prohibiciones de no discriminación establecidas constitucionalmente: *“incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo, FJ2)”*.

<sup>406</sup> De ahí que la ley 39/1999 sobre Conciliación de la vida familiar y laboral igualó la baja maternal por maternidad biológica, adopción y acogimiento. También esta ley amplió el plazo de la baja maternal en caso de partos múltiples, dos semanas más por cada hijo/a.

El objetivo de la protección de la salud de la madre y del recién nacido siempre ha sido un objetivo de la legislación sobre maternidad en el ámbito laboral, desde la primera ley de 1900. El objetivo añadido de alcanzar una mayor igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, e impedir que la maternidad suponga un obstáculo para esa igualdad, es un objetivo añadido, fruto de los compromisos legales del Estado bajo normativas internacionales y europeas y a la luz del derecho a la igualdad de la CE.

Pero que esta mayor igualdad pueda llegar a conseguirse a través de la configuración actual del permiso de maternidad y paternidad resulta discutible. Como se ha visto y seguirá analizándose en esta investigación, todas las figuras jurídicas están dirigidas a trabajadores y trabajadoras indistintamente, pero en realidad, sólo las mujeres se acogen a ellas.

Las novedades introducidas por la LOIEMH a la protección de la maternidad, han ampliado la protección dispensada en caso de bebés prematuros, dando así respuesta a una realidad social cada vez más creciente, donde la tasa de prematureidad<sup>407</sup> en España está en el 7,46 por ciento de todos los partos<sup>408</sup>, debido entre otras razones por la maternidad cada vez más tardía y al estrés laboral.

Pero una crítica acertada a la protección de la maternidad y la paternidad introducida por la LOIEMH en el ET es que la redacción de la ley sigue manteniendo la diferencia del permiso de maternidad y paternidad. Esta terminología seguramente obedece a la inercia legislativa de la historia de estas figuras jurídicas. Pero también refuerzan la idea de que los cuidados del recién nacido es una obligación exclusiva de la mujer. Si realmente el objetivo era la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, remover los obstáculos que la maternidad supone a la mujeres en el mercado de trabajo, y fomentar la corresponsabilidad, más allá del descanso físico de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto en el caso de la maternidad biológica, hubiera

---

<sup>407</sup> Se consideran partos prematuros aquellos que se producen antes de la semana treinta y siete de gestación.

<sup>408</sup> Fuente: Informe sobre Salud Perinatal, 2008. EURO-PERISTAT.

sido deseable una suspensión del progenitor de dieciséis semanas o superior, a repartir por los progenitores de mutuo acuerdo (Beltrán de Heredia, 2008:327)<sup>409</sup>.

Debido a la litigiosidad que presentaba el disfrute del permiso de maternidad y el periodo de vacaciones de la empresa, el Estatuto de Trabajadores especifica en uno de sus artículos<sup>410</sup>, que la coincidencia de ambos periodos no supone que la trabajadora (o el trabajador) ya haya consumido así el periodo de descanso vacacional establecido legalmente. Este cambio normativo responde a un cambio jurisprudencial previo que el Tribunal Supremo se había visto obligado a tomar a partir de la STS de 10 de noviembre de 2005 (rec. 4291/2004) en coherencia con el posicionamiento de la jurisprudencia comunitaria sentada en la sentencia de 18 de marzo de 2004 (De la Puebla, 2007:168).

El conflicto que suponía la interpretación de esta coincidencia en el tiempo nos lleva a pensar, que la sociedad y las empresas consideraban el permiso de maternidad una especie de vacaciones extra que la empresa concedía a la trabajadora (o el trabajador), y que era injusto que pudiera disfrutar de días de vacaciones extra fuera del periodo vacacional en el que el resto de los trabajadores disfrutaban del descanso anual<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Aunque esta propuesta es acertada y lógica, serían necesarias muchas más medidas para conseguir un impacto real en el reparto de responsabilidades de los cuidados entre los dos progenitores, y de cambio cultural en la asunción de que los cuidados es una tarea y responsabilidad “natural” y exclusiva de las mujeres.

<sup>410</sup> Artículo 38.3 Estatuto de los Trabajadores

*“El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.*

*Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.”*

<sup>411</sup> Ver por ejemplo la STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006. Recurso de amparo 3205-2003 donde se estima el recurso de amparo de una trabajadora que ve denegado su derecho a disfrutar el periodo de vacaciones porque el periodo obligatorio de disfrute coincidió con su baja maternal y porque ya ha expirado el año natural para disfrutarlas.

Es destacable que el Tribunal Constitucional, en el FJ 6, proceda una vez más a diferenciar la baja maternal de la enfermedad común *“las bajas laborales por esta causa son diferentes de las que se deben a una enfermedad. El carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público que puede valer como respaldo de la limitación temporal del derecho a las*

También el Estatuto de los Trabajadores contempla la **lactancia**, como un fenómeno asociado de la maternidad, y concede un permiso retribuido que facilite que la madre trabajadora siga amamantando o alimentando a su hijo/a una vez incorporada al trabajo remunerado<sup>412</sup>.

Se trata de un permiso retribuido escaso en el tiempo, y ninguna obligación más para el centro de trabajo que obligara a adaptar sus instalaciones u horarios para facilitar que estas mujeres pudieran amamantar o alimentar a sus hijos/as si quisieran. No es de extrañar por tanto, que el propio redactado de la ley ya prevé que las madres trabajadoras podrán acogerse en su caso a una reducción de la jornada proporcional, o a la acumulación de todos estos permisos de lactancia para alargar un descanso por maternidad ya de por sí escaso<sup>413</sup>. No sólo se trata de contemplar la posibilidad de que la madre trabajadora no desee continuar la lactancia, sino que las disposiciones legales son tan escasas que la realidad es que pocas madres invierten estos permisos en realmente alimentar a sus hijos/as.

También la ley estipula que es un permiso retribuido del que puede beneficiarse el padre<sup>414</sup>, superando la visión de un permiso únicamente dirigido a continuar la

---

*vacaciones –e incluso su pérdida en caso de enfermedad, no puede operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente”.*

Y además el Tribunal Constitucional alude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Merino Gómez, de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01 “*cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto de su permiso de maternidad”.*

<sup>412</sup> “Artículo 37.4. Estatuto de los Trabajadores

*“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.*

*La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.*

*Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”*

<sup>413</sup> La posibilidad de acumular el permiso por lactancia para alargar el permiso de maternidad no es un derecho automático, sino condicionado a su previsión en el convenio colectivo o en su defecto, a un acuerdo con el empresario.

<sup>414</sup> Aunque inicialmente no fue así, y de ahí la Sentencia 109/1993, de 25 de marzo de 1993. Cuestión de inconstitucionalidad 1348/1988. En esta sentencia se rechaza la posible inconstitucionalidad del antiguo artículo 37.4 del ET, según redacción de la Ley 8/1980, que otorgaba el derecho al permiso de lactancia sólo a las trabajadoras. Aunque posteriormente la

lactancia natural<sup>415</sup>. Además la jurisprudencia ha interpretado (ver por ejemplo la STS de 19 de junio de 1989) que la finalidad de este permiso no es sólo para asegurar la lactancia, sino que también para dedicarlo al cuidado y atención del recién nacido, de ahí también la justificación de acumular este permiso para alargar el permiso de maternidad (De la Puebla, 2007:162).

Aun así, son pocos los padres que se benefician de este permiso, y en numerosas ocasiones su aplicación deviene conflictiva en el ámbito empresarial, que se muestra reticente en reconocer este derecho cuando se trata de padres.

El diferente trato dispensado en la regulación de este derecho a la madre y al padre, a la madre se le reconoce el derecho independientemente de si el padre trabaja o no, mientras el reconocimiento del derecho en el caso del padre es sólo si la madre trabaja, ha llevado algunos autores (como por ejemplo López Aniorte, 2000:121) ha afirmar que se trata de un derecho donde la titularidad la tiene la madre, y puede en su caso cederlo al padre.

Además de estas figuras jurídicas, el Estatuto de Trabajadores también reconoce otros tipos de permisos retribuidos directamente relacionados con el embarazo, el parto y la lactancia, como periodos vitales de la trabajadora de especial protección social desde el punto de vista de la responsabilidad estatal sobre la salud de los ciudadanos/as. Es este el caso del **permiso retribuido para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto**.

---

ley 3/1989 ya incluyó la posibilidad de que dicho permiso de lactancia pudiera ser disfrutado tanto por la madre trabajadora como por el padre trabajador, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional considera que la posibilidad únicamente otorgada a la madre trabajadora no constituye ninguna discriminación al padre por razón de sexo, ya que *“la norma tiene por concreto objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido”* (FJ5).

Este otorgamiento únicamente a la madre *“halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre”* (FJ6).

Obviamente el Tribunal Constitucional no duda que tales argumentos paternalistas y de superprotección de la madre trabajadora van finalmente en su contra, pues tal y como establece el voto particular de la sentencia, esto puede aun más redundar en las dificultades para que empresarios contraten a más mujeres que hombres. Y además porque en ningún momento se tienen en consideración cuestiones de corresponsabilidad o de igualdad de derechos y responsabilidades de hombres y mujeres respecto a los cuidados de hijos/as. La especial protección de la teoría del apego considera diferente la relación de la mujer con el bebé que la del hombre con el mismo bebé.

<sup>415</sup> Para ello se reformó el Estatuto de Trabajadores a través de la ley 3/1989.

Fue la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) la que introdujo en su actual artículo 26.5<sup>416</sup> el derecho de las trabajadoras embarazadas a un permiso retribuido para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto si se justifican su realización dentro del horario laboral, como resultado de la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Esta modificación también supuso una ampliación en el listado de permisos retribuidos contemplados en el Estatuto de Trabajadores<sup>417</sup>. La titularidad de este derecho ha sido sólo reconocido a la mujer trabajadora, y no se expande al padre, aunque un sector de la doctrina reclame que hubiera sido deseable, además de por fomentar la implicación del otro progenitor en el embarazo y parto, para así minimizar las posibles consecuencias negativas de la superprotección de la maternidad (Lousada, 2006:29-30).

La LOIEMH también introduce una nueva causa suspensiva de la relación contractual, el **riesgo durante la lactancia natural** de un menor de nueve meses, en el artículo

---

<sup>416</sup> Artículo 26. 5. Ley de Prevención de Riesgos laborales

*“Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.”*

<sup>417</sup> Artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores

*“3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:*

*f. Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.”*



45.1.d) del ET<sup>418</sup>. También se reconoce una nueva prestación: la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural<sup>419</sup>.

Molina González-Pumariego (2004:207) critica que esta superprotección de la maternidad descansando económicamente únicamente en la parte empresarial contribuye al llamado efecto “boomerang”, es decir, que la protección al final resulte más que una ventaja para las trabajadoras, un revulsivo para la parte empresarial que evitará contratar trabajadoras.

El legislador es consciente de que la maternidad constituye uno de los principales obstáculos de las mujeres a la hora de participar en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo, y que además es fuente de numerosas situaciones de discriminación y desigualdad, al igual que de reticencias empresariales a la hora de asumir los costos sociales derivados de la maternidad. Por eso, dispone de una serie de **protecciones legales** en el articulado de la ley, que califican de nulo todos aquellos actos contrarios al interés del trabajador/a (aunque se esté pensando fundamentalmente en trabajadoras, presumiendo que se realizan con fines

---

<sup>418</sup> Artículo 45. Estatuto de los Trabajadores

*“1. Causas y efectos de la suspensión.*

*a. Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”*

<sup>419</sup> Artículos 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social

Riesgo durante la lactancia natural

*“Artículo 135 bis. Situación protegida.*

*A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.*

*Artículo 135 ter. Prestación económica.*

*La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.”*

discriminatorios)<sup>420</sup>. Esta protección legal de la maternidad ha dado lugar como se ha visto a situaciones contradictorias, porque ha servido muchas veces como revulsivo a los empresarios a la hora de contratar a mujeres que pudieran ser potencialmente madres algún día, y por lo tanto, “intocables” al despido o la flexibilidad laboral.

Es importante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto a la protección dispensada por los artículos 53.4 b) y 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Supremo unificó doctrina en el Recurso de casación para la unificación de doctrina 2520/2006, de 24 de Julio de 2007<sup>421</sup> y 3493/2008, de 12 de marzo 2008<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> Artículo 53. Estatuto de los Trabajadores

“Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- b. *La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.*
- c. *La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.*
- d. *La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.”*

<sup>421</sup> El Tribunal Supremo establece que si es necesario el conocimiento previo empresarial, y para ello utiliza dos principales argumentos:

- Es un requisito del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, porque sino se trata de “*un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación*”.
- También es una interpretación acorde con la redacción dada a esta requisito en la directiva europea 92/85, que define “*trabajadora embarazada*” en su artículo 2.a) “*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*”.
- Y que es así como ha sido interpretado en la jurisprudencia europea en los asuntos TeleDenmark y Jiménez Melgar, ambas de 4 de octubre de 2001.

sobre la interpretación del artículo 55.5.b) del ET. El Tribunal Supremo estableció la necesidad del conocimiento empresarial de la situación de gestación para poder presumir el animo discriminatorio del despido, y por lo tanto su declaración de nulidad, siguiendo la postura que también ha elaborado en la sentencia de 19 de julio de 2006 (Rec. 387/05).

El Tribunal Constitucional también se ha tenido que pronunciar al respecto, a través del un recurso de amparo. Y lo hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio.

De entre las dos posibles interpretaciones de los artículos 53.4 b), 55.5 b)<sup>423</sup> del ET y 108.2 b)<sup>424</sup> del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el

---

<sup>422</sup> En este caso el Tribunal vuelve a reafirmar su jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 55.5.b) del ET sobre la nulidad del despido de trabajadora embarazada. Es necesario el conocimiento por parte del empresario de la situación gestacional para que se entienda como indicio de discriminación y opere la inversión de la carga de la prueba. En este caso además, añade como argumentos, que desde la sentencias anteriores la interpretación del Tribunal Supremo “sigue siendo hoy la misma que tuvo en cuenta esta Sala en julio de 2006; y por otra parte la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007 ( RCL 2007, 586 ) , que ha incluido nuevos supuestos de despidos nulos en los artículos 53.4.b) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997 ) , no ha introducido ninguna modificación en la regulación del despido de la mujer embarazada, cuando el legislador podía haber aprovechado la citada Ley para introducir elementos aclaratorios de la cuestión si entendía que la interpretación jurisprudencial no coincidía con la voluntad legislativa.”

<sup>423</sup> Artículo 55. Estatuto de los Trabajadores

*“Forma y efectos del despido disciplinario.*

*5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

*Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:*

*b. El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.”*

<sup>424</sup> Artículo 108. 2. LPL

*“Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

*Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:*

*a. El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5*

Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la jurisprudencia del Tribunal Supremo defendía la interpretación que entendía el despido de la trabajadora embarazada como una modalidad de despido discriminatorio, y que era necesario que existieran indicios de discriminación en la conducta extintiva del empresario para poder calificar como nulo el despido. Esta interpretación exigía el conocimiento del/la empresario/a del embarazo de la trabajadora (Cairós, 2008:670).

La interpretación defendida por el Tribunal Constitucional a partir de esta sentencia sin embargo, interpreta estos artículos como un supuesto de nulidad objetiva (Cairós, 2008:680). Considera nulo el despido que se produzca desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión por maternidad, y no contempla como requisito específico el conocimiento del embarazo por parte del empresario<sup>425</sup>.

La LOIEMH modifica y amplía el significado de las medidas destinadas a la **conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores/as** en el ámbito laboral, y habla por primera vez de derechos de conciliación de los trabajadores/as. Esta interpretación supone una modificación de los artículos 34.8<sup>426</sup>, 37.5<sup>427</sup> y 37.6<sup>428</sup>

---

*del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.”*

<sup>425</sup> Y los argumentos que utiliza el TC es que la opción de la legislación española cuando trasponía la Directiva europea 92/85/CEE en la Ley 39/1999 sobre Conciliación de la vida familiar y laboral cumple como toda trasposición de directiva europea al ordenamiento jurídico interno con los mínimos establecidos en la directiva, pero además la ley española va más allá y amplía la protección del embarazo de la trabajadora hasta considerarlo una nulidad objetiva. Igualmente argumenta que esta interpretación de máximos que exige probar el móvil discriminatorio, aunque solo fuera de indicios, y exige poner en conocimiento el embarazo a la parte empresarial, también protege otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar y su dignidad personal.

<sup>426</sup> Artículo 34. Estatuto de los Trabajadores  
Jornada.

*“8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.”*

<sup>427</sup> Artículo 37. Estatuto de los Trabajadores  
Descanso semanal, fiestas y permisos.

*“5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad*

del ET en donde se amplían las condiciones de reducciones horarias de los trabajadores por cuidado de menores y familiares dependientes, y sobre el derecho a una concreción horaria (sin necesidad de reducción) para hacer compatible ese derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

La LOIEMH sólo habla de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y las trabajadoras. Con el objetivo de alcanzar una mayor corresponsabilidad en nuestra sociedad, se arbitran medidas como la incluida en el artículo 44<sup>429</sup> sobre los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, para garantizar que tanto trabajadores como trabajadoras no encuentren obstáculos laborales para alcanzar mayores niveles de igualdad en el reparto de responsabilidades de cuidado en su esfera privada. Para ello se enuncia como “derecho” y no simple medida o actuación, y su titularidad son los “trabajadores” y “trabajadoras”, no los ciudadanos/as.

---

*retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.*

*Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.*

*La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.”*

<sup>428</sup> Artículo 37.6. Estatuto de los Trabajadores

*“6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.*

*Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.”*

<sup>429</sup> Artículo 44. Estatuto de los Trabajadores

*“Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.*

*1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.”*

*2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previsto en la normativa laboral y de seguridad Social.*

*3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.*

La situación de desigualdad tiene lugar en el ámbito privado de las personas, hombres y mujeres tienen diferentes responsabilidades sobre el cuidado y el trabajo doméstico. Esta desigualdad en el ámbito privado tiene consecuencias claras en el espacio público, la asunción generalizada de que las mujeres son las responsables en exclusiva de los cuidados y del trabajo doméstico se convierte en una de las principales fuentes de discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo, en una de las dimensiones más importantes del mundo público. El Estado actúa mediante sus leyes, para intentar incidir en el mundo público, pero ¿cambiará esto la realidad del espacio privado?

Para conseguir esa mayor corresponsabilidad en la sociedad, como requisito imprescindible de una mayor igualdad real y efectiva, se mejora el permiso de maternidad, como instrumento de protección social, y se crea el permiso de paternidad.

La conciliación pues, es un derecho de los trabajadores y trabajadoras, la protección de la maternidad es un permiso y una prestación, y en el caso de la paternidad, se introduce el derecho al permiso y la prestación.

La utilización de diferentes categorías jurídicas (derecho, permiso, prestación) no parece tener consecuencias prácticas en la aplicación de estas medidas, pero sí que tiene relevancia a la hora de analizar los fundamentos iusfilosóficos de estas medidas.

La **reducción de jornada**<sup>430</sup> es uno de los mecanismos que prevé el Estatuto de Trabajadores para hacer compatible que el trabajador o la trabajadora puedan hacerse responsables de los cuidados de familiares. La medida, aunque redactada para hombres y mujeres, en la realidad solamente se acogen a esta posibilidad legal las trabajadoras. Es un derecho del trabajador/a, no es una medida a otorgar por parte de

---

<sup>430</sup> Artículo 37.5. Estatuto de los Trabajadores

*“Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.*

(...)

*La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.”*

la empresa, ni necesita tampoco su consentimiento para ejercerlo. Se trata de una medida temporal, y viene a cubrir el espacio de tiempo entre el fin de la baja maternal (a las dieciséis semanas del nacimiento del bebé aproximadamente) y los ocho años de vida del menor. Por supuesto se entiende con rebaja proporcional de salario (hay legislaciones diferentes en este sentido para personal funcionario de determinadas administraciones autonómicas<sup>431</sup>), y recientemente la LOIEMH amplió la edad del menor de seis a ocho años, con mayor flexibilidad sobre la reducción de jornada.

Si la reducción de jornada no es suficiente para hacer compatible los cuidados del menor y el cumplimiento de sus responsabilidades laborales, el Estatuto de Trabajadores incluye la posibilidad de solicitar una **excedencia** por cuidado de hijos/as<sup>432</sup>. Excedencia que tiene una duración máxima de tres años, parece que destinada a asegurar que los niños/as alcancen la edad de escolarización obligatoria pública, con lo cual, se trata de una medida que tiende a paliar también la escasa o inexistente red de servicios de cuidado infantil públicos de cero a tres años.

La LOIEMH amplía las excedencias por cuidado de hijos/as o familiares ya incluidas en el Estatuto de trabajadores tras la ley 39/1999 sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Se amplía la excedencia por cuidados de menor hasta los ocho años de éste, y amplía la excedencia por cuidados de familiares hasta dos años. Respecto a la consideración de estos periodos de excedencia como periodos cotizados, sólo se

---

<sup>431</sup> Ver por ejemplo en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya.

<sup>432</sup> Artículo 46.3. Estatuto de los Trabajadores

*“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.*

*(...) La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

*(...) El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.”*

admite el primer año de excedencia por cuidado de familiares y en el caso de cuidados de menores hasta los dos primeros años<sup>433</sup>.

El Estatuto de trabajadores incluye también dentro el los derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>434</sup> que la LOIEMH ha estipulado la posibilidad de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo.

Como señala Lopera (2009:41) la conexión entre el derecho fundamental a la igualdad protegido bajo la LOIEMH y la conciliación es clara, y esta misma autora critica así la interpretación judicial restrictiva que se están dando a estos preceptos legales. El disfrute de estos derechos de conciliación no son meras concesiones empresariales,

---

<sup>433</sup> Artículo 180. Ley General de la Seguridad Social

*“Prestaciones.*

*1. Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.*

*El período de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.*

*2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.*

*3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.*

*4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo”*

<sup>434</sup> Artículo 34.8. Estatuto de los Trabajadores

*“El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.”*



sino que son verdaderos derechos que tan solo pueden verse limitados si entran en colisión con el derecho de libertad empresarial en contadas excepciones.

*“En un contexto de crisis económica como el actual (...) una inadecuada utilización empresarial de los recursos humanos, estableciendo un marco de escasa flexibilidad horaria laboral, provoca la merma de la productividad e influye negativamente en el desarrollo económico”* (Lopera, 2009.41).

Pero la interpretación judicial no es unánime, y destaca la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo (STS, de 18 de junio de 2008 (nº 1625/2007) que descarta el cambio de horario sino implica igualmente una reducción horaria, a pesar de que existen otras sentencias, como la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, de 30 de junio de 2008 (AS 2008, 2176) o la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona, de 28 de febrero de 2008, que reconocen como derecho de la trabajadora elegir un horario laboral sin reducción de jornada, ya que no se puede demostrar que tal cambio suponga un grave daño ni económico ni organizativo para la empresa<sup>435</sup>.

Aunque no ha sido uno de los textos legales estudiados, si que es necesario mencionar en conexión con la protección dispensada a la maternidad en el Estatuto de los Trabajadores, la protección específica de la maternidad bajo la **Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)**<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Sobre la interpretación de estas medidas de conciliación es también importante algunas de las sentencias del TC como Sentencia 3/2007, de 15 de enero de 2007. Recurso de amparo 6715-2003. En esta ocasión se admite el amparo a una trabajadora que había solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijo dentro del horario habitual, pero la empresa y la jurisdicción ordinaria habían interpretado el sentido de “*dentro del horario habitual*” que incluyera todos los días y turnos que en la empresa se trabajaban (no sólo el horario habitual de algunos días laborables de esa empresa). El Tribunal Constitucional señala que a la hora de interpretar el sentido de la norma laboral “*dentro del horario habitual*” era necesario ponderar la finalidad de la institución de la reducción de jornada que es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, y los derechos en juego, entre ellos el principio de no discriminación del artículo 14 de la CE y la protección de la familia y los hijos del artículo 39.1 CE.

<sup>436</sup> Ha sido especialmente importante en este sentido las Directivas comunitarias en especial la Directiva 89/391, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

La legislación española frente a los riesgos laborales no protege genéricamente a la mujer trabajadora, sino sólo aquellas que se encuentran en situación de embarazo, parto y lactancia. Este tratamiento específico se realiza en atención a que pueda existir un riesgo específico y para prevenir las consecuencias físicas en la salud de la madre o el feto que puedan ocasionar determinados agentes o factores de riesgo (Molina González Pumariega, 2004:126).

La LPRL contiene en su artículo 26<sup>437</sup> una regulación dirigida a la protección de la maternidad<sup>438</sup>. La protección principal dispensada es la adaptación de las condiciones

---

<sup>437</sup> Artículo 26. Ley de Prevención de Riesgos Laborales

*“Protección de la maternidad*

*1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.*

*2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.*

*El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.*

*En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.*

*3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.*

*4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo,*

de trabajo o del tiempo de trabajo: el posible cambio del puesto o función, y si estas medidas no fueran posibles o suficientes, incluso llegar a la suspensión del contrato de trabajo diferente a la suspensión por maternidad (Molina González-Pumariega, 2004:129)<sup>439</sup>.

#### **d. Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras**

Esta ley no menciona a las madres ni a la maternidad. Pero como posteriormente se estudia, es una ley que despliega una serie de medidas destinadas a facilitar a las madres trabajadoras que compaginen sus responsabilidades familiares y laborales. Por lo tanto es una ley que participa de un modelo de maternidad como fenómeno esencial y naturalmente femenino. No cuestiona que la responsabilidad sobre el cuidado sea un asunto de mujeres, y que lo sea como consecuencia de su función maternal.

*“La ley de conciliación 39/99 apenas avanza en la incentivación del reparto de las responsabilidades familiares. Es cierto que facilita dicho reparto pero no lo incentiva ni lo impulsa y facilitar no es lo mismo que incentivar. El objetivo de la norma no es eliminar la causa real de la discriminación: intenta, y no de forma absolutamente satisfactoria, facilitar a la mujer la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y el reparto de las mismas pero ni impulsa ni incentiva este reparto*

---

*declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.*

*5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.*

<sup>438</sup> A diferencia de la legislación anterior, la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, que respondía más a la cultura tradicional de protección de salud laboral ante factores de riesgo típicamente masculinos: accidentes y riesgos visibles (agentes químicos, esfuerzos físicos en la manipulación de objetos peligrosos, condiciones de trabajo en lugares subterráneos, etc.)

<sup>439</sup> Ver por ejemplo la STC 62/2007, de 27 de marzo de 2007. Recurso de amparo 1623-2002 donde se admite el amparo por vulneración del derecho a la integridad física de una trabajadora embarazada, que no respetando la legislación sobre riesgos laborales, se destina a un puesto de trabajo cuyo desempeño entrañaba un grave riesgo para la salud de la madre y del feto.

*cuando la experiencia comparada demuestra que esta es la única forma relativamente eficaz de eliminar la discriminación por razón de sexo” (Pérez del Río, 2005:45).*

La conciliación de la vida familiar y laboral hace referencia a los problemas que mujeres y hombres tienen de compatibilizar sus responsabilidades familiares con el desempeño de un trabajo en el mercado de trabajo formal. La conciliación así entendida, se trata de un problema de incompatibilidad entre las responsabilidades y los horarios de ambos mundos: el personal – familiar y el laboral – profesional.

Aunque se define genéricamente como un problema de hombres y mujeres, en la práctica, y a la luz de las principales leyes y políticas públicas que abordan este problema, se trata de una cuestión que tan sólo concierne a mujeres madres y trabajadoras cuando en cambio se reivindica que se trata de un problema de mujeres y hombres por igual que deberían repartirse equitativamente las responsabilidades sobre el cuidado y el trabajo doméstico se utiliza el término de corresponsabilidad.

Las mujeres en España se han incorporado a la población activa del país de manera continuada en los últimos años, al igual que en el resto de los países europeos. Aunque la tasa de actividad femenina sigue siendo inferior a la de otros países de la Unión Europea, en el 2006, ya se situaba en el 51,4% de las mujeres en edad laboral<sup>440</sup>. A pesar de este cambio, el mercado de trabajo sigue organizándose pensando en el modelo de trabajador varón, con una trayectoria laboral ininterrumpida, que entra en el mercado laboral formal y permanece en él de manera continuada y a tiempo completo hasta su jubilación. Un modelo de trabajador varón con plena disponibilidad horaria, cabeza de familia de cuyos ingresos depende el resto de la familia, y que por lo tanto tiene plena dedicación a sus responsabilidades de trabajo.

Es un esquema de trabajo productivo que descansa en la asunción de que todo el trabajo de cuidados y tareas domésticas, imprescindibles para la supervivencia humana (quienes cuidan de los menores, de los enfermos, de los ancianos, quien asegura las necesidades de higiene y alimento de la familia, etc.), ya está resuelto por “alguien” para asegurar que ese trabajador puede dedicarse sin ningún tipo de obstáculos al trabajo asalariado. Pero ese “alguien” sobre el que descansa la provisión de los cuidados, que son principalmente las mujeres, también son actualmente parte de esa población activa que participa del mercado de trabajo. El acceso de las mujeres

---

<sup>440</sup> Fuente: Mujeres y Hombres en España, Instituto Nacional de Estadística, 2009.

al trabajo productivo no ha supuesto apenas cambios en quienes asumen el trabajo reproductivo. Los hombres siguen siendo los trabajadores por excelencia, y las mujeres las cuidadoras.

*“Las mujeres quieren trabajar y los hombres ni se plantean dejar de hacerlo”* (Alberdi y Escario, 2007:219).

Las mujeres ahora trabajan, pero al mismo tiempo siguen siendo las responsables únicas del cuidado y del trabajo doméstico, y el mercado de trabajo sigue organizando en torno al modelo de trabajador varón, varón que por otra parte no ha asumido la misma proporción de trabajo adicional en la esfera privada. Esto produce que las mujeres trabajen en las dos esferas de la vida, la pública (en el mercado de trabajo formal) y la privada (en los cuidados y las tareas domésticas en las familias) y se enfrentan a verdaderos conflictos para poder desempeñar ambos trabajos, que se presentan inicialmente irreconciliables.

De ahí las políticas de conciliación, que como se ha visto tienen sus orígenes en la Unión Europea, e intentan ser medidas que permitan a las mujeres trabajadoras, en la medida que son madres y por lo tanto cuidadoras, conciliar ambos trabajos: el que desarrollan en el mercado de trabajo formal, y el que desempeñan en la esfera privada. Se pretende así no tanto conciliar, porque nada cambia o muy poco en el mercado de trabajo, ni tampoco se aborda la situación de desigualdad a la hora de asumir las responsabilidades del cuidado. No son medidas dirigidas a trabajadores y trabajadoras, ni siquiera a trabajadores. Son medidas destinadas a las trabajadoras que las permita “acumular” jornadas, para así conseguir que permanezcan en el mercado de trabajo y sigan manteniendo las tasas de natalidad necesarias para el progreso económico del país.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, es la trasposición de varias directivas europeas en materia de empleo<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> Exposición de Motivos La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

*“Se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo*

Destaca el diagnóstico que la ley realiza en su exposición de motivos<sup>442</sup>, en el que se describe cuál es la realidad que pretende modificar. La compatibilización de las responsabilidades familiares de los trabajadores y las trabajadoras y las exigencias del mercado de trabajo y el desempeño de sus trabajos es sumamente difícil. Además la desigualdad entre hombres y mujeres a la hora de asumir las responsabilidades sobre el cuidado, hace que se presuma a la mujer la única responsable. Esto se convierte en una fuente de discriminación de la mujer en el ámbito laboral, en una injusticia social que perpetua la situación de desigualdad de género, y en el principal obstáculos para la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo.

Pero el diagnóstico contenido en la exposición de motivos no se corresponde después con el articulado de la ley. La Ley amplía y especifica de nuevo permisos que ya estaban contemplados en la legislación vigente y que estaban especialmente diseñados para permitir que las trabajadoras, en la medida que madres y cuidadoras, pudieran acumular jornadas, la realizada en el hogar y la realizada en el puesto de trabajo (a través del permiso de maternidad, permiso de lactancia, reducciones de jornada y excedencias). La única novedad que incorpora es la posibilidad de que parte del permiso maternal sea disfrutado por el padre (artículo 48.4 ET).

Pero como se analizará mas adelante<sup>443</sup> al analizar las estadísticas que muestran cuántos padres han disfrutado de esta posibilidad legal, su número es tan escaso y ha aumentado tan poco desde 1999, que ofrece serias dudas sobre si la finalidad de esta

---

*por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.”*

<sup>442</sup> Exposición de Motivos La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

*“La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social*

*(...)*

*La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.”*

<sup>443</sup> En el capítulo cuarto de análisis sociológico de la maternidad y la paternidad.

medida era realmente el mayor reparto de responsabilidades del cuidado entre hombres y mujeres.

En España, los servicios públicos de cuidado infantil son todavía escasos. La tasa bruta de escolaridad en la etapa de cero a dos años se sitúa en torno al quince por ciento<sup>444</sup>. Los niños/as que acuden a servicios de guardería públicos son por tanto minoritarios, y se otorga preferencia a aquellas familias con bajos ingresos o situaciones familiares de especial vulnerabilidad. El recurso a sistemas de cuidado infantil privado es, por tanto, el recurso que queda a las mujeres para continuar activas en el mercado de trabajo. Las guarderías privadas son bastante caras, teniendo en cuenta los salarios medios de los trabajadores y trabajadoras españolas, y por lo tanto es un recurso no accesible para todos<sup>445</sup>.

No debe extrañar entonces que la gran mayoría de las veces el cuidado de los niños/as pequeños es una responsabilidad casi en exclusiva de las propias familias, y dentro de las familias, las madres en primer lugar, y en segundo lugar, otras mujeres de la familia, principalmente las abuelas.

Cualquier dato sobre quiénes se acogen a los permisos retribuidos por cuidado de menores, reducciones de jornada y excedencia por hijos/a a cargo, nos muestran, que toda esta serie de medidas legales previstas para conciliar trabajo y responsabilidades familiares, son medidas que en la realidad sólo están previstas y ejercidas por las mujeres:

- El 94,06 por ciento de las excedencias por cuidado de hijos/as en 2007 eran de mujeres<sup>446</sup>.
- El 98,71 por ciento de las personas que trabajaban a jornada parcial por cuidado de niños/as y adultos eran mujeres en el 2008<sup>447</sup>.

---

<sup>444</sup> Fuente: Indicadores sociales, 2006. INE

<sup>445</sup> Esta realidad contrasta con la opinión de los españoles que si que consideran que los servicios de cuidado infantil de 0 a 3 años debería ser una responsabilidad de los poderes públicos: el 83,7 por ciento de las personas encuestadas en el estudio “Actitudes hacia el Estado de Bienestar, 2008” del Centro de Investigaciones Sociológicas consideraba que “asegurar la disponibilidad de plazas en escuelas infantiles (de 0 a 3 años) debería ser una responsabilidad del Estado”.

<sup>446</sup> Fuente: Instituto de la Mujer y Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>447</sup> Fuente: Encuesta de Población Activa, INE.

También destaca el recurso a los/as abuelos/as para resolver la cobertura de los cuidados de niños/as pequeños mientras sus padres participan ambos en el mercado de trabajo formal, principalmente las abuelas. Abuelos que ya están jubilados y que por tanto pueden dedicarse al cuidado, o las abuelas que nunca participaron en el mercado de trabajo formal, y que por tanto pueden alargar su vida laboral como “cuidadoras”. Este es además un recurso de gran importancia en un país donde se ha mostrado la importancia que tiene la familia como institución social, y como estructura de protección y cohesión social.

Otra estrategia privada de las familias para ocuparse del cuidado de los niños/as pequeños mientras los progenitores siguen participando en el mercado de trabajo formal, es el servicio doméstico, que aunque minoritario dentro de las estrategias elegidas por las familias, por su alto coste económico en comparación con los otros recursos, sigue siendo mucho más numeroso que en otros países europeos, donde su presencia es anecdótica.

También es cierto, que muchos de los “cuidados” que antes se ejercían en el núcleo familiar ahora se han traspasado a otras instituciones sociales. Hospitales, escuelas, centros de ancianos, sobre todo tras la universalización del derecho a la sanidad y a la educación en España, como máximo desarrollo del Estado de bienestar (Alberdi y Escario, 2007:22).

## **e. Ley General de la Seguridad Social**

La Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aporta los campos de protección social básicos de nuestro Estados de Bienestar<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> Artículo 38.- LGSS

*Acción protectora del sistema de la Seguridad Social.*

*“1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:*

*a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.*

*b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.*

*c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus*



Esta ley establece por primera vez en 1994 que la maternidad debe ser objeto de una protección especial diferenciada de la protección social dispensada hasta entonces junto a la enfermedad común, y por lo tanto aparece como una contingencia específica y se eleva la cuantía de la prestación al cien por cien de la base de cotización del salario (Escobedo, 2002:144).

El sistema de protección social se fundamenta en una definición de ciudadanía laboral. El acceso a los beneficios de nuestro Estado de Bienestar exige la participación en el mercado de trabajo, para poder ser beneficiario de los derechos y beneficios reconocidos. De ahí deriva la importante diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas. Las prestaciones contributivas son aquellas que exigen haber cotizado una serie de tiempo a través del trabajo formal, y son en general, las prestaciones más numerosas e importantes. Las prestaciones no contributivas, no exigen haber contribuido previamente, y el Estado las otorga en atención a situaciones de especial vulnerabilidad social y económica.

Tan sólo el 5,68 por ciento del total en protección social en España en el 2005 se destinó a la protección social de la familia e hijos<sup>449</sup>. Estos datos están muy alejados de los porcentajes de la mayoría de países europeos, y una explicación es el déficit de licencias parentales retribuidas más allá del permiso de maternidad (Escobedo, 2002:147).

---

*modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.*

*Las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley.*

*Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el título III de esta Ley.*

*d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.*

*Las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley.*

*e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.*

*2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.”*

<sup>449</sup> Fuente: Indicadores Sociales, 2008. INE

La LGSS es el texto normativo que establece los supuestos incluidos en el sistema de protección social en España, entre ellos **la asistencia sanitaria** en los casos de maternidad<sup>450</sup>.

También dispone las **prestaciones económicas** en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>451</sup>.

Tanto la asistencia sanitaria como las prestaciones económicas constituyen una medida más de apoyo a la maternidad, fomento de la natalidad, e incluso de protección de la familia como algunos consideran. Pero estas prestaciones económicas puntuales y aisladas no suponen un verdadero apoyo estatal o asunción colectiva de los costes sociales de la maternidad y paternidad<sup>452</sup>.

Las personas que se pueden beneficiar de los subsidios por maternidad son trabajadores/as por cuenta ajena, con lo que los y las trabajadoras autónomas quedan en completa desprotección<sup>453</sup>:

---

<sup>450</sup> Artículo 38 Ley General de la Seguridad Social

*“Artículo 38. Acción protectora del sistema de la Seguridad Social.*

*1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:*

*a. La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.”*

<sup>451</sup> Artículo 38.1 Ley General de la Seguridad Social

*“Artículo 38.1.b) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.”*

<sup>452</sup> En el capítulo cuarto de la presente investigación, se mostrará cómo las personas entrevistadas comparten también este punto de vista cuando muestran su opinión sobre las actuales prestaciones de apoyo a la maternidad y paternidad.

<sup>453</sup> “Artículo 133 ter.LGSS

*“Beneficiarios.*

*1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización”*

Y en el caso de la maternidad, aunque la regla general es también la exigencia de un periodo mínimo de cotización, la LOIEMH amplió también la protección en el caso de trabajadoras jóvenes con menor o ningún tiempo de cotización para así cubrir un grupo de madres que por su edad, aun no habían tenido tiempo de participar suficientemente en el mercado laboral, y que podían quedar en caso de embarazo desprotegidas<sup>454</sup>:

Esta ley también incluye la protección en caso de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El concepto de maternidad es aquí una definición puramente biológica, y el objetivo final es proteger la integridad física y salud de las trabajadoras embarazadas y de los fetos. Son además figuras jurídicas que conllevan ciertos problemas en su aplicación. Dado el reducido periodo del permiso de maternidad, muchas mujeres tienen que mantenerse en sus puestos de trabajo hasta el momento de dar a luz, porque no existe ninguna protección sobre los últimos meses del embarazo, a diferencia de otros sistemas legales europeos. Las bajas laborales por enfermedad común, y la protección por riesgo durante el embarazo se confunden<sup>455</sup>:

---

<sup>454</sup> Artículo 133 ter.LGSS

- a. *Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.*
- b. *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.*
- c. *Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.”*

<sup>455</sup> Artículo 134. LGSS

*“Situación protegida.*

*A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.”*

Todas estas medidas de protección tienen carácter contributivo, es decir, exigen como se ha visto, haber participado en el mercado de trabajo y cotizado en el sistema de seguridad social para poder ser beneficiarios. Pero también existen una serie de **medidas no contributivas**, muchas de reciente creación, que constituyen el grueso de la política de fomento de natalidad de nuestro país, y de apoyo a la familia<sup>456</sup>. Las opiniones de las personas entrevistadas, y que se recoge en el capítulo cuarto, muestran los recelos ante estas medidas, y las dudas sobre si estas medidas puedan alcanzar algunos de los objetivos para las que fueron creadas:

## **f. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia**

En esta ley, comúnmente conocida como Ley de Dependencia, resulta significativo que su enunciado oficial hable precisamente de lo contrario: de promoción de la autonomía personal. No aborda cuestiones directamente relacionadas con la maternidad y la paternidad, pero si sobre los cuidados en general, que como se verá, se consideran elementos implícitos de la maternidad.

---

*La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.”*

<sup>456</sup> Artículo 181. LGSS

*Prestaciones.*

*“Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, consistirán en:*

*a. Una asignación económica por cada hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 %, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.*

*El causante no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto de rendimientos del trabajo, no superen el 100 % del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.*

*Tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.*

- b. Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas.*
- c. Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.*
- d. Una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo.”*

El cuidado hace referencia a todas las atenciones afectivas y materiales necesarias para la supervivencia humana, en momentos de la vida en los que la persona no es autónoma, independiente y autosuficiente, como puede ser durante la infancia, la enfermedad y la vejez.

En la mayoría de las sociedades occidentales, el cuidado ha sido y es una responsabilidad primordialmente femenina. Se ha otorgado tradicionalmente una inclinación natural de las mujeres para cuidar de los demás, y se entiende que esta inclinación natural es lo normal.

El cuidado, y quien lo desempeña es un asunto invisible para el resto de la sociedad. Amorós et al. (2003, 32-39) apuntan algunas razones que pueden explicar el por qué de la invisibilidad de las tareas de cuidado:

- a) El patriarcado que ha impuesto unos valores masculinos como universales y su propia concepción del mundo. Sólo se valora el mundo público.
- b) Las diferencias económicas otorgadas al “trabajo”, el que se desempeña en el mercado de trabajo formal y la “labor”, las tareas que no trabajos que se realizan en la esfera privada de las personas para asegurar su alimentos, higiene, descanso y cuidados<sup>457</sup>

Los sistemas económicos explican el funcionamiento de la economía como completamente independiente y autónoma; el trabajo doméstico se invisibiliza, aunque sea esencial en cualquier sistema económico.

*“Las organizaciones e instituciones sociales – y la sociedad en general – siguen sin considerar que el cuidado de la vida humana sea una responsabilidad social y política. Cuando se debate sobre la existencia, desarrollos o recortes sobre el Estado de Bienestar parece que hay consenso sobre dos servicios básicos que el Estado debe proveer: la educación y la sanidad. Los servicios de cuidado son secundarios y a veces totalmente prescindibles. Pero si no se cuida a un niño de pequeño, ¿para qué después hablar de educarle o de velar por su salud?” (Amorós et al. 2003, 39).*

---

<sup>457</sup> Términos acuñados por Hanna Arendt (1993) para diferenciar ambos tipos de trabajo

El problema del cuidado se hace especialmente grave en España (Bustelo y Lombardo, 2007:58), porque aquí se produjo la masiva incorporación de las mujeres al mercado laboral y su acceso generalizado a la educación superior, en un lapso de tiempo muy corto. Ha sido un cambio muy intenso en muy poco tiempo, que no ha dado lugar a ninguna reestructuración del trabajo doméstico en el ámbito privado.

Normalmente en los sistemas de protección social era común hablar de riesgo social, que alude a un daño que se pueda traducir en una necesidad prestacional ya que no se tiene la capacidad individual de hacer frente, porque no se tienen los recursos individuales o económicos para obtenerlo del mercado. Si ese riesgo es social, quiere decir que la comunidad se responsabiliza de los efectos negativos de este riesgo, porque se considera que las consecuencias negativas pueden ir más allá del individuo en cuestión y afectar a otros como los miembros de la familia, o estructuras básicas de la sociedad como el trabajo o porque suponen obstáculos de una justicia material que esa sociedad pretende preservar. Por ello en el ámbito de la protección social se utiliza más el concepto de necesidad que de riesgo, porque se trata de un posible daño que puede afectar a la generalidad de la población<sup>458</sup> (González Ortega, 2004:113-114).

El abanico de situaciones de necesidad protegidas por los sistemas de protección social no es un listado fijo e invariable, sino que la adaptabilidad del sistema de protección social se hace en función de los cambios sociales que convierten una nueva necesidad en algo social y políticamente relevante como para justificar la intervención pública.

La dependencia *“se trata de una situación de carencia, más personal que económica, materializada en la necesidad de una asistencia, servicio, prestación personal o ayuda, imprescindible para poder realizar las actividades corrientes pero esenciales de la vida cotidiana”* (González Ortega, 2004:117).

El envejecimiento de la población ha propiciado una nueva necesidad social como lo es la falta de autonomía personal de una franja cada vez mayor de personas que por su edad avanzada, junto con una salud cada vez más delicada, no pueden valerse por sí mismas.

---

<sup>458</sup> Como puede ser la jubilación, la incapacidad temporal, la maternidad o la dependencia.

*“El origen de esta situación tiene un claro fundamento social y una neta explicación demográfica” (Mercader, 2004:169).*

Aunque quizás no se trata tanto de una nueva necesidad social, sino como señala Rodríguez Cabrero (2007:73): *“Nuevas necesidades sociales (o socialización de obligaciones morales de la familia y la mujer en la reproducción de la sociedad)”*

También Bosch, Carrasco y Grau (2006:105-106) corroboran esa sorpresa por denominar novedosa una necesidad que siempre ha existido. Las personas, todas, necesitan de cuidados en diferentes momentos de la vida, porque es inherente a la condición humana la dependencia.

Pero la ley de dependencia se centra en la vejez como etapa donde se produce una situación de falta de autonomía personal que además no tiene carácter temporal, sino que tiene una duración larga, de una media de 7,5 años, y que coincide en un periodo de la vida en la que estas personas tienen unas fuentes de ingresos limitadas (a través tan sólo de pensiones de jubilación, de incapacidad permanente, o pensiones mínimas no contributivas).

Hay algunos autores (como por ejemplo González Ortega, 2004:121) que relacionan también el agravamiento de la necesidad social de dependencia el deterioro de las formas tradicionales de cuidados de los dependientes, en concreto la solidaridad familiar e intergeneracional, y la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo abandonando las tareas de cuidado<sup>459</sup>.

---

<sup>459</sup> Aún reconociendo implícitamente que las mujeres tradicionalmente han sido quienes han asumido las tareas de cuidado de los dependientes en el seno familiar, no hay en ningún momento una visión reflexiva de la desigualdad que esa responsabilidad causaba en la vida de las personas y en sus proyectos personales, laborales y familiares. Es más, parece que es una nueva necesidad social porque las mujeres ahora se desentienden de los cuidados, pero es novedosa desde el punto de vista de los sistemas de protección social. Cuando las mujeres han dejado de realizarlo de manera general, entonces se convierte en un nuevo problema y además es un problema de todos/as (es una necesidad social en la que el Estado debe intervenir).

*“En la actualidad, esta estructura de cuidado ha sido desbordada, de aquí que se hable de crisis, como consecuencia, de una parte, de la atenuación de solidaridad familiar, de pérdida progresiva del sentido de la responsabilidad personal respecto de los familiares necesitados cuyo cuidado no se considera ya una obligación moral sino una carga” (González Ortega, 2004:123).*

Parece más acertado y coherente con el diagnóstico de la realidad social de la dependencia el análisis de otros autores (como por ejemplo Mercader, 2004), cuando afirman:

*“El cuidado en el seno de la familia de los mayores ha representado un enorme ahorro para el sistema de protección social. Las mujeres han sido el colectivo que ha soportado el peso fundamental de cuidados personales de las personas en situación de dependencia”* (Mercader, 2004:191).

El aumento del fenómeno de la dependencia y su conversión en una nueva necesidad social obedece a un conjunto de factores entre los que destaca el envejecimiento de la población; la mejora de la esperanza de vida; la reducción del tamaño de las viviendas; las transformaciones familiares entre ellas la pérdida del carácter inmutable de los lazos familiares con el aumento de separaciones y divorcios y los nuevos modelos familiares; la movilidad geográfica de las familias y sus miembros; la democratización de las relaciones familiares e intergeneracionales; los cambios en las relaciones entre hombres y mujeres; los cambios de los roles de las mujeres dentro de las familias y en el mercado de trabajo; y el aumento en la edad de emancipación juvenil (Mercader, 2004:191).

Tal y como reconoce la exposición de motivos de esta ley<sup>460</sup>, el cuidado de los mayores dependientes ha sido tradicionalmente una responsabilidad de las familias, y dentro de las familias las mujeres. Esta situación ha cambiado porque la incorporación generalizada de las mujeres al mercado de trabajo hace imposible que las mujeres sigan siendo las cuidadoras en exclusivas. Sin entrar a analizar las desigualdades de género que esto significaba, ni las posibles injusticias sociales en atribuir las responsabilidades de los cuidados de los mayores y los dependientes sólo a las

---

<sup>460</sup> Exposición de motivos Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia

*“2. La atención a este colectivo de población se convierte, pues, en un reto ineludible para los poderes públicos, que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el apoyo informal. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan”*



mujeres a cambio de nada, se ve la necesidad de articular un sistema semipúblico de atención a estas personas. Especialmente cuando no sólo no se trata de un problema nuevo, sino que es una realidad creciente, debido al progresivo envejecimiento de nuestra población<sup>461</sup>:

En principio, la ley parece asumir que las responsabilidades de los poderes públicos en articular un sistema de atención pública a estas personas para garantizar su autonomía y calidad de vida<sup>462</sup>.

Hay que tener en cuenta que antes de la aprobación de esta ley, la protección de las situaciones de dependencia a través de los sistemas de servicios sociales era claramente insuficiente y podía dar lugar a situaciones de grandes desigualdades territoriales, dependiendo del desarrollo del sistema de servicios sociales de cada comunidad autónoma (Mercader, 2004:173)<sup>463</sup>.

La protección social de la dependencia que se articula en esta ley corresponde con los cambios del sistema de protección social español de modelos de cuidados de

---

<sup>461</sup> Exposición de motivos Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia

*“En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 %). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado envejecimiento del envejecimiento, es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años.”*

<sup>462</sup> Artículo 6. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia

Finalidad del Sistema.

*“1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantiza las condiciones básicas y el contenido común a que se refiere la presente Ley; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia; optimiza los recursos públicos y privados disponibles, y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.”*

<sup>463</sup> Aunque el objetivo de la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia era precisamente subsanar estas deficiencias, su despliegue irregular según las Comunidades Autónomas y la paralización de su avance debido a las medidas de austeridad económica para hacer frente a la crisis financiera, no han logrado cambiar esta situación inicial.

orientación asistencial, descansando en el trabajo no remunerado de las mujeres y en las redes familiares, hacia modelos de tipo universalistas<sup>464</sup>.

*“Que transforman lo que era un riesgo perteneciente a la esfera individual y familiar, y sólo en parte laboral, en un riesgo social cuya respuesta pasa a pertenecer al conjunto de la sociedad a través de la responsabilidad pública, si bien compartida por las personas afectadas y sus familias”* (Rodríguez Cabrero, 2007:71).

El objetivo de esta ley es regular las condiciones para el ejercicio del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia<sup>465</sup>. Como señala De Asís (2007:15-16) la asistencia a la dependencia queda por primera vez enunciada en términos de derechos aunque no se trata de un nuevo derecho fundamental, sino que parece que se trata más bien de un derecho cotidiano, un derecho instrumento para hacer efectivos otros derechos fundamentales ya reconocidos, como es el derecho a la dignidad humana. En todas las reflexiones sobre la configuración del derecho a la autonomía personal como un derecho, y su estrecha conexión a la dignidad humana, se obvia una vez más la dignidad humana y los derechos de quienes tradicionalmente han hecho posible la existencia de esa dignidad, las cuidadoras.

Sería deseable que el planteamiento de la ley fuera radicalmente diferente, y partiera de la constatación de que todas las personas somos dependientes dependiendo del ciclo vital en el que nos encontramos, pero que la sociedad necesita organizarse para satisfacer los cuidados de todos/as, y para que estos cuidados sean satisfechos por hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto:

---

<sup>464</sup> La nueva protección social a la dependencia se ha llamado el cuarto pilar del Estado de Bienestar español, junto a la sanidad, la educación y las pensiones.

<sup>465</sup> Artículo 1. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia

*“Objeto de la Ley.*

*1. La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.”*

*“El modelo entonces sería unos seres humanos, mujeres y hombres, dependientes por naturaleza que necesitan cuidados directos en la mayor parte de su ciclo vital (crianza, enfermedad, senilidad), y que deben cuidar a los demás seres humanos de su entorno de relación cercano” (Bosch, Carrasco y Grau, 2006:107).*

Hay una posibilidad que ha sido especialmente controvertida de esta ley, y es que la persona del entorno familiar que ya venía realizando esas labores de cuidado, pueda recibir un salario como cuidador no profesional, en reconocimiento a su trabajo<sup>466</sup>:

Esta medida estaba destinada a visibilizar y calificar como trabajo el cuidado ejercido mayoritariamente por mujeres en el ámbito familiar. Es un intento de reconocer el valor económico y social de las tareas ejercidas por las mujeres en relación a los mayores y a los dependientes. También busca dotar de una protección social a todas estas mujeres, que al dedicarse a los cuidados familiares, no participan en el mercado de trabajo formal, y por lo tanto no acceden a esta ciudadanía laboral que las permitirá ser titulares de derechos y de protección social. Pero la Ley otorga un reconocimiento económico a este trabajo muy inferior a cualquier otro trabajo del mercado de trabajo. Es uno de los salarios más bajos del mercado de trabajo.

Además la ley, no cuestiona que ésta haya sido tradicionalmente una dedicación de las mujeres en cumplimiento de su rol de cuidadoras. No parece que el espíritu de la ley también piensa en hombres como potenciales cuidadores, o que quiera fomentar una mayor igualdad en la asunción social de los cuidados de los mayores y los dependientes.

---

<sup>466</sup> Artículo 14.4. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia

*“El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención.”*

*“Artículo 18. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia*

*“Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.*

*1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.*

*2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*

*3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.”*

*“Resulta muy positivo que las mujeres que están realizando estas tareas a costa de su propio deterioro personal y profesional, obtengan los mismos beneficios sociales que cualquier persona empleada. Sin embargo esta situación debe ser transitoria y realmente excepcional, pues en caso contrario nos encontraremos con la reafirmación social del modelo de mujer cuidadora, en vez de avanzar hacia el reconocimiento y la corresponsabilidad social del cuidado”* (Hernando, 2006:93).

A diferencia de lo que sucede en el caso de la maternidad y la paternidad, aquí ni se cita que la asunción a los cuidados de estas personas también ha supuesto y supone uno de los principales obstáculos a la participación de las mujeres en la esfera pública. Tampoco parece haber ninguna demanda social, ni interés estatal en que los hombres entren a formar parte de ese cuerpo de cuidadores. Los cuidados de los hijos/as puede llegar a ser una tarea a compartir, pero los cuidados de los mayores y dependientes, que socialmente están aun peor valorados, no son objeto deseable de posible reparto.

Tampoco esta ley habla de maternidad ni de madres, y mucho menos de instinto maternal. Pero esta ley sigue asumiendo la función de las mujeres como cuidadoras de la sociedad. Cuidadoras no solo de los pequeños/as, sino de cualquiera de los miembros de la familia que no puedan valerse por sí mismo (ya sean enfermos o mayores). Y aunque tímidamente asume una responsabilidad estatal sobre estos cuidados, no supone un gran cambio en la asunción social dominante de que las mujeres, por el hecho de serlo, tienen una predisposición “natural” para cuidar. Y esta predisposición “natural” al fin y al cabo se justifica y entiende porque “la naturaleza” las hizo para ser madres.

Esta ley ha establecido un sistema de protección para personas que no pueden ser autónomas, y ha dispuesto un sistema de cobertura que no se realiza a través del sistema de Seguridad Social general, sino a través de una modalidad innovadora de protección social que es la creación de un cuarto pilar del Estado de Bienestar que complementa la acción protectora de la seguridad social, pero fuera de ella (Rodríguez-Piñero, 2008:82).

La ley sigue entendiendo una sociedad de sujetos libres, iguales y por supuesto autónomos, con mujeres imbuidas de un instinto maternal que las hace tener una natural inclinación a cuidar de quien necesite. Pero esa responsabilidad exclusiva

hacia el cuidado puede llegar a ser una fuente de discriminación en el mercado de trabajo. Se necesita que las mujeres trabajen en el mercado de trabajo formal, y por eso que no sean discriminadas, de ahí nace en cierto modo la obligación del Estado de asumir en parte o colectivizar las responsabilidades sobre el cuidado que la sociedad genera.

Una sociedad cuyos individuos parece que, sólo excepcionalmente, o sólo en temporadas de su vida, dejan de ser autónomos y autosuficientes. En ningún momento se plantea que los individuos son seres que mantienen relaciones de interdependencia, relaciones que en periodos normales del ciclo vital se intensifican. Además esta ley tampoco tiene ningún problema en admitir que la tendencia demográfica actual de envejecimiento de la población incrementa cada vez más los problemas de los cuidados. Cada vez es más frecuente que un importante porcentaje de los individuos de esta sociedad dejan de ser autónomos y precisan de los cuidados de los demás para mantener una calidad de vida digna.

### **g. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas**

Esta ley tampoco habla de maternidad, ni mucho menos de madres. El origen histórico de las legislaciones que protegían las familias numerosas era premiar la natalidad y las familias numerosas, como bienes preciosos en una sociedad<sup>467</sup>. Actualmente no parece ser tanto esa la finalidad de la ley, sino ayudar mínimamente a las familias numerosas en el añadido de costos económicos que se derivan del cuidado de más menores.

Tal y como se ha visto y se continuará mostrando a lo largo de esta investigación, las responsabilidades derivadas de la maternidad se individualizan (las mujeres son quienes tienen “problemas de conciliación”, las leyes protegen la maternidad para evitar que constituya una fuente de discriminación de las mujeres, etc.) en cambio los posibles beneficios o ayudas por cuidados de hijos/as, como es el caso de las contenidas en esta ley de familias numerosas, se colectivizan. Son las familias en general y en abstracto, las destinatarias últimas de dichas ayudas, y no las madres, ni el fomento de la natalidad individual.

---

<sup>467</sup> Basta recordar en este sentido las medidas incluidas en la legislación franquista de premios de la natalidad.

La protección a las familias numerosas ha sido siempre una realidad en la historia legal más reciente. La natalidad, como interés general objeto de tutela estatal, ha sido una constante desde principios de siglo. Buscando por tanto, la protección de la natalidad, se llega también a la protección de la familia, como institución social valiosa, y sobre todo aquella familia que además participa de los objetivos comunes de aumento demográfico<sup>468</sup>.

Aunque en la definición de los objetivos de la ley se menciona la finalidad de promover la igualdad real y efectiva de los miembros de las familias numerosas, en el despliegue posterior de la ley, no se encuentran ninguna medida que asegure esa igualdad de los miembros<sup>469</sup>.

La Ley 40/2003, no cambia sustancialmente el abanico de medidas legales de protección a la familia numerosa, que se concretan en medidas de carácter económico, sobre todo a partir de bonificaciones fiscales y rebajas de precios públicos a la hora de acceder a bienes y servicios de primera necesidad: vivienda, educación, transportes, impuestos, etc<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> Exposición de Motivos Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*“La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica tal como señalan numerosos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Por su parte, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”*

<sup>469</sup> Artículo 1. 2. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*“Los beneficios establecidos al amparo de esta Ley tienen como finalidad primordial contribuir a promover las condiciones para que la igualdad de los miembros de las familias numerosas sea real y efectiva en el acceso y disfrute de los bienes económicos, sociales y culturales.”*

<sup>470</sup> Artículo 11. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*Derechos de preferencia.*

*Los miembros de las familias numerosas tendrán trato preferente, de acuerdo con lo que se determine por la Administración competente en la normativa aplicable, en los siguientes ámbitos:*

- a. La concesión de becas y ayudas en materia educativa, así como para la adquisición de libros y demás material didáctico.*
- b. La puntuación en el régimen de admisión de alumnos en centros de educación preescolar y centros docentes sostenidos con fondos públicos.*
- c. El acceso a las viviendas protegidas, sin perjuicio de los beneficios más específicos establecidos en el capítulo III de este título.*
- d. El acceso a albergues, centros cívicos y demás locales y espacios o actividades de ocio que dependan de la Administración.”*

Una vez más se incluyen medidas de soporte económico a los costes del cuidado no cubiertos por un sistema de cuidado infantil público, y que por lo tanto, se presume soportado en exclusividad por las propias familias. Muchas veces la contratación de un cuidado/a, es la única estrategia privada de las familias para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>471</sup>.

Las principales novedades son que la categoría de familia numerosa se adapta a las nuevas realidad familiares y a las nuevas formas de familia, que se equiparan en dificultades y costes económicos con las familias tradicionales heterosexuales y un número elevado de hijos/as<sup>472</sup>.

---

Artículo 12. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*Exenciones y bonificaciones en tasas y precios.*

*1. Las Administraciones públicas competentes establecerán un régimen de exenciones y bonificaciones para los miembros de las familias numerosas que tengan reconocida tal condición, en relación con las tasas y precios por la prestación de servicios o la realización de actividades de su competencia en los siguientes ámbitos:*

- a. Los transportes públicos, urbanos e interurbanos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.*
- b. El acceso a los bienes y servicios sociales, culturales, deportivos y de ocio.*
- c. El acceso a las pruebas de selección para el ingreso en la función pública.*

*2. En el ámbito de la educación se establecen los siguientes beneficios:*

- a. En todos los regímenes, niveles y ciclos tendrá lugar una exención del 100 % a los miembros de las familias numerosas clasificadas en la categoría especial y una bonificación del 50 % para los de categoría general de las tasas o precios públicos que se apliquen a los derechos de matriculación y examen, por expedición de títulos y diplomas académicos, docentes y profesionales, y cualesquiera otras tasas o precios públicos establecidos en el citado ámbito.*
- b. Se otorgará un subsidio a las familias numerosas que tengan en su seno a hijos discapacitados o incapacitados para trabajar que presenten necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad.*
- c. Cuando el beneficiario de una prestación por infortunio familiar, concedida por el seguro escolar, sea miembro de una familia numerosa, la cuantía de dicha prestación se incrementará en un 20 % para las de categoría general y en un 50 % para las de categoría especial.*

<sup>471</sup> Artículo 9. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*Beneficio por la contratación de cuidadores en familias numerosas.*

*“La contratación de cuidadores en familias numerosas dará derecho a una bonificación del 45 % de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador en las condiciones que legal o reglamentariamente se establezcan, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, definidos en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 2, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar.”*

<sup>472</sup> Artículo 2. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

Es interesante que una parte de las medidas de protección a las familias numerosas queda en manos de la negociación colectiva y de su inclusión o no en los convenios colectivos, que generalmente no muestran un especial interés por mejorar aquellas disposiciones mínimas de protección a las familias y compaginación de los cuidados y el trabajo previstos en el Estatuto de los Trabajadores<sup>473</sup>.

No queda claro cuál es el interés general último que se intenta proteger, si la promoción de la natalidad en la población española, la institución familiar o la asunción social y colectiva de los costes económicos de criar y mantener a los hijos/as.

---

*Concepto de familia numerosa.*

*“1. A los efectos de esta Ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes.*

*2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta Ley, las familias constituidas por:*

- a. Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar.*
- b. Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 %, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes.*
- c. El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal.*

*En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos.*

*En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia.*

- d. Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas.*
- e. Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos.*
- f. El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor.”*

<sup>473</sup> Artículo 10. Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas

*“Conservación de situaciones laborales.*

*1. Los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo.”*



## **h. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

La legislación sobre las técnicas de reproducción asistida no habla en ningún momento del concepto de maternidad ni paternidad. Pero indirectamente están configurando y sancionando jurídicamente la maternidad y la paternidad dominante y esperada en nuestra sociedad.

Las técnicas de reproducción asistida admitidas en la legislación española son: la inseminación artificial<sup>474</sup>, la fecundación in vitro<sup>475</sup> e inyección intracitoplásmica de espermatozoides<sup>476</sup>, y la transferencia intratubárica de gametos<sup>477</sup>. Está prohibida la maternidad subrogada (lo que popularmente se llama alquiler de úteros o madres de alquiler) y la clonación humana con fines reproductivos. Está permitida y regulada la donación de óvulos y semen<sup>478</sup>, y preembriones.

---

<sup>474</sup> La inseminación artificial puede ser por cónyuge o por donante, y ambas posibilidades están social y legalmente aceptadas. Se considera Inseminación artificial el método de reproducción en el que el esperma es depositado en la mujer utilizando técnicas que reemplazan a la copulación, ya sea en óvulos (intrafolicular), en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio. En el caso de la inseminación por donante, el donante es sometido a un análisis exhaustivo y se descarta la existencia de enfermedades o anomalías genéticas. El donante recibe una compensación económica simbólica, y se limita a un número de 6 hijos por donante, para evitar posibles casos de consaguineidad. Nuestra legislación permite la inseminación artificial a una mujer sola, y la inseminación postmortem (con semen congelado del marido) hasta 12 meses después del fallecimiento.

<sup>475</sup> La Fecundación in Vitro, es una técnica donde la mujer es sometida a un tratamiento hormonal para estimular la ovulación. Después se realiza la extracción de los óvulos por vía vaginal (con sedación profunda). Se recoge una muestra de semen del varón y entonces se efectuará en el laboratorio la fecundación de los óvulos. Pasadas unas 48 horas se realizará la transferencia intrauterina de los embriones. Si existen embriones sobrantes, se congelarán para otro ciclo, si en este no se consigue una gestación.

<sup>476</sup> La inyección intracitoplásmica de espermatozoides inyecta directamente un espermatozoide en el interior del citoplasma del ovocito. Es una técnica utilizada cuando la infertilidad obedece a la mala calidad del semen masculino.

<sup>477</sup> Anexo, Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

<sup>478</sup> Históricamente se tuvieron problemas éticos en aceptar la inseminación artificial con un donante hombre, por ejemplo en el Reino Unido expuso el Comité Feversham en 1967, por el hecho de que los hombres estuvieran dispuestos a criar hijos/as que no eran suyos biológicamente. El Comité Warnock (1983) rechazaba la maternidad subrogada por el hecho de que las madres estuvieran dispuestas a desprenderse de sus hijos/as biológicos.

*“En ambos casos lo perturbador es el desplazamiento de una relación biológica a una social, pero es curioso observar que en el caso de la madre portadora se pone el acento en la actitud antinatural de la mujer mientras que en la inseminación artificial lo que aparece como antinaturales es que el hombre se haga cargo del hijo de otro”* (Lozano Estivalis, 2004:84).

El acceso a las técnicas de reproducción asistida es una realidad en la sociedad española<sup>479</sup>, y prueba de ello es que España aprobó una de las primeras legislaciones sobre este tema en Europa (la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida)<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> Los avances de la medicina en la reproducción y su impacto en el concepto de maternidad y responsabilidad estatal sobre esta maternidad pueden verse por ejemplo a través de algunas sentencias del Tribunal Supremo como la Sentencia 4779/2003, de 10 Mayo de 2007 donde se admite la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por daño moral, al haberse producido un error en el diagnóstico prenatal que dio como resultado el nacimiento de un niño con una enfermedad genética que se conocía que el padre era portador. En este caso se demostró que no se practicaron las suficientes pruebas de acuerdo a la *lex artis* conocida en el momento para descartar que el feto fuera portador de dicho gen y se permitiera aborto terapéutico.

En esta ocasión el Tribunal Supremo exige ciertas condiciones para reconocer el daño moral: *“por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad”*.

El Tribunal Supremo declara en esta sentencia, como luego repetirá en sentencias posteriores (por ejemplo la sentencia posterior analizada en Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia RJ\2008\3493, de 12 marzo 2008) que el nacimiento de un hijo/a siempre debe considerarse un acontecimiento positivo, sea o no querido y buscado, y no puede ser objeto de reclamación por parte de sus progenitores. Esta idea enlaza con el valor intrínseco de la vida humana, la vida humana como valor sagrado (Ronald Dworkin, 1993).

También es ilustrativo el Recurso de casación 9768/2003, de 16 de Octubre de 2007 donde se admite un deber de indemnización de una mujer embarazada de 35 años, que habiendo solicitado en reiteradas ocasiones que se la practicara una amniocentesis por el temor de malformaciones graves del feto tras haber ingerido fármacos antidepresivos, y pese haber ciertos indicios de anormalidad en las pruebas ordinarias prenatales, finalmente da a luz una niña con Síndrome de Down.

Pablo de Lora (2006: 51) es uno de los autores que ha analizado este tipo de sentencias en nuestro sistema legal. Este autor considera que la admisión judicial de los casos de “nacimiento equivocado” (“wrongful Birth”) sirve como argumento para afirmar la vertiente material del derecho a la reproducción: *“tenemos por tanto derecho a no soportar la condición de padres o madres de seres humanos que padecen terribles dolencias”* (por un mal diagnóstico o una ausencia de diagnóstico).

De Lora afirma que nuestra libertad procreativa no permite tener un hijo con una grave patología que hacen de la vida algo que no merece la pena ser vivida: *“Concebir, gestar, y parir a un niño del que se sabe padecerá una enfermedad de ese cariz, es un acto reprochable no amparado por el derecho a la reproducción. En tales circunstancias me atrevo a afirmar que hay una obligación de abortar”*.

<sup>480</sup> La primera ley española sobre técnicas de reproducción asistida fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional. Y el resultado fue la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. En esta sentencia, se rechazó (FJ4) que la ley de técnicas de reproducción asistida estuviera infringiendo la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la

La edad media del tratamiento de fecundación asistida en España es de treinta y cinco años. La mayoría de las usuarias suelen tener entre treinta y cinco y cuarenta años<sup>481</sup>. El porcentaje de mujeres solas que se someten a las técnicas de reproducción asistida en los centros privados es del veinte por ciento y en los centros públicos del dos por ciento (Itziar Alkorta, 2003: 57). La lista de espera en un centro público para someterse a un tratamiento de reproducción asistida está en unos veintiséis meses. Los criterios de aceptación y prioridad en los centros públicos depende de cada hospital, pero en primer lugar y tal como establece la normativa de la sanidad pública, es necesario un

---

CE, porque la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no tenían que ver con el derecho a la vida consagrado en el artículo 15 de la Constitución. A juicio del Tribunal Constitucional, *“el artículo 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los nascituri”*. Y la ley impugnada se refiere a técnicas reproductoras previas a la formación del embrión humano.

También aquí el Tribunal Constitucional interpretó en esta ocasión (FJ11), que la posibilidad de crioconservar los preembriones sobrantes no constituía un atentado ni al artículo 15 de la CE sobre la vida, ni a la dignidad humana del artículo 10.1 CE porque *“ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, “persona humana”, por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (artículo 15 CE) o a la dignidad humana (artículo 10.1 CE)”*.

El Tribunal Constitucional aclara que esta ley no supone un ataque a la institución familiar constitucionalmente protegida (FJ13) por permitir la inseminación de mujer sola y fruto de un donante anónimo distinto a su marido. Primero porque la Constitución *“no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura”*. No existe, por tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce al matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992) *“Es por ello, perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”*.

Tampoco considera el Tribunal Constitucional (FJ15) que la posibilidad de un donante anónimo suponga una vulneración del artículo 39.2 de la CE que permite la investigación de la paternidad, porque la ley permite en casos excepcionales *“en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre y cuando dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”*.

Esta sentencia fue sumamente importante porque interpretó en el contexto del ordenamiento jurídico en qué momento se estaba hablando de vida humana (y por lo tanto de titulares del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución española): todos los nacidos. También porque recalcó la definición abierta de familia (tal y como se ha demostrado posteriormente con la ley que modificó el Código Civil para permitir los matrimonios de personas del mismo sexo). Quizás el aspecto más polémico fue el anonimato de los donantes, que la jurisprudencia no se extiende en justificar. Tal y como se ha señalado anteriormente, simplemente se procedió a legalizar lo que ya era una práctica. Pero no se explica como encajar esta disposición con el derecho de los hijos/as a saber quienes son sus progenitores biológicos

<sup>481</sup> Fuente: Sociedad Española de Fertilidad: <http://www.sefertilidad.com>

diagnóstico de esterilidad (de al menos un año de duración), y después se suele tener en cuenta la edad de la usuaria, que la pareja no tenga ningún hijo/a sano, y también se suelen limitar los intentos de FIV por pareja a tres ciclos.

Las técnicas de reproducción asistida gozan de una amplia aceptación social y su uso es cada vez más frecuente en la sociedad española. En 2005, se calcula que el 1,6 por ciento de los niños/as nacidos en España es fruto de alguna técnica de reproducción asistida, y ese porcentaje sube hasta el 2 por ciento ya en 2008<sup>482</sup>.

Las técnicas de reproducción asistida nacen como una solución médica a los problemas y sufrimientos de las parejas que no pueden tener descendencia propia. Socialmente se admiten como un avance científico que permite cumplir el sueño de tener un hijo/a propio a parejas estériles. Pero este progreso que la ciencia aporta, y que supone el fin del sufrimiento de muchas parejas también tiene sus claroscuros, no siempre conocidos, ni admitidos por la sociedad, ni siquiera por parte de aquellas parejas que se someten a las técnicas de reproducción asistida.

Primero porque las técnicas de reproducción asistida están especialmente diseñadas para lograr que las mujeres sean madre, y se centran en la aplicación del conocimiento científico en el cuerpo de la mujer.

*“El discurso médico contra la infertilidad refuerza en las mujeres la búsqueda y el cumplimiento de una identidad ilusoria: ser madres a toda costa”* (Cambrón, 2001: 173).

La esterilidad, como origen de las técnicas de reproducción asistida, está plenamente rodeada de sentimientos de culpabilidad. Especialmente las mujeres, siguen viviendo su esterilidad como un castigo “divino” ante determinadas conductas negativas (abortos previos, uso de la píldora anticonceptiva, consumo de drogas o alcohol, etc.) (Lema Añón, 1999:165).

También por esos sentimientos de culpa se entienden que las mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida sean capaces de sobrellevar todas las molestias y padecimientos físicos y psicológicos de las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>482</sup> Fuente: Sociedad Española de Fertilidad, año 2008.

Actualmente se conoce sobre la importancia de las causas sociales en el resultado final de la maternidad y paternidad tardías por razones laborales, los efectos secundarios de tratamientos médicos (Dispositivos intrauterinos (DIU), quimioterapia, cesáreas), o la manipulación de determinadas sustancias (metales pesados, etc.). Por ello la esterilidad no solamente debería abordarse como una patología individual, sino como un fenómeno social (Lema Añón, 1999:188-191).

Pero apenas se habla o se debate sobre los posibles factores sociales que inciden en la esterilidad, o en qué acciones médicas preventivas pueden llevarse a cabo para evitar la esterilidad. En cambio se invierten grandes cantidades de esfuerzos sociales y económicos en las técnicas de reproducción asistida, a la que sólo van a acceder unos pocos.

*“Es llamativo el contraste entre el olvido del sufrimiento de las mujeres sometidas a estas técnicas en comparación con el énfasis que se pone en el sufrimiento de las personas estériles”* (Lema Añón, 1999:193). Especialmente teniendo en cuenta el bajo índice de éxito de las técnicas de reproducción asistida, y la minoría de población que puede acceder a ellas.

Stolcke (2009: 52-53) subraya la importancia de las técnicas de reproducción asistida en la obsesión del mundo occidental en tener descendencia con la misma sangre y los mismos genes.

*“El deseo por tener un/a hijo/a de la propia sangre/genés mediante las técnicas biogenéticas más avanzadas difícilmente puede ser atajado en una sociedad programada para satisfacer todos los caprichos del consumidor/a...”*

*Ese deseo de perpetuación genética es una manifestación de una sociedad neo-liberal intensamente competitiva y meritocrática a la vez que profundamente desigual en la que los logros y fracasos individuales se atribuyen en última instancia a habilidades o fallos innatos por estar en nuestros genes y como tales ser hereditarios”.*

Las técnicas de reproducción asistida han tenido un impacto en el orden simbólico reforzando el ideal cultural de la maternidad y la paternidad biológicas. Tradicionalmente la medicina ha visto el cuerpo de la mujer como instrumento de su destino natural que es la maternidad, y por lo tanto todas las patologías han sido

abordadas privilegiando la maternidad. El cuerpo de la mujer ha sido para la medicina más un objeto que un sujeto.

Una de las características generales de la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida es la ausencia de protagonismo de las mujeres. No aparecen como sujetos de derechos sino como objetos. Lema Añón (1999:260) también subraya que las grandes olvidadas (y obviadas) en los debates y las legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida son las propias mujeres. Y esta invisibilidad de las mujeres se realiza en tres direcciones:

- Permitiendo una ausencia o un débil control de las mujeres sobre lo que se está realizando en sus propios cuerpos.
- Omitiendo o desvalorizando los discursos femeninos sobre la materia
- Desvalorizando los intereses de las mujeres en relación a los intereses de otros sujetos en juego, como pueden ser los médicos, los padres, o los embriones. Incluso en este tercer supuesto, muchas veces no se individualiza los intereses de las mujeres, sino que se habla de los intereses de la pareja, incluso dando una equivalencia entre el consentimiento paterno al materno, cuando las intervenciones médicas van a realizarse sobre el cuerpo de la mujer, prácticas que finalmente pueden dar lugar a la gestación de la propia mujer.

En este sentido, también Alkorta (2006:115) apunta el hecho de que las mujeres sean tratadas como pacientes en las legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida, hace que su papel sea meramente pasivo durante todo el proceso, y no permite que ellas tengan voz en las decisiones médicas, ni que puedan decidir, ni cuestionar.

Antes de analizar la contribución al concepto de maternidad que hace la legislación española sobre reproducción humana asistida, es imprescindible contextualizar las opciones del ordenamiento jurídico español sobre esta materia, dentro de los modelos regulativos más comunes en los países occidentales. En esta línea son útiles las clasificaciones que hacen Pitch (2003) y Alkorta (2006) en dos grandes posturas de la legislación europea en el campo de técnicas de reproducción asistida:

- Las legislaciones sobre reproducción asistida europeas prohibicionistas donde las técnicas de reproducción asistida se utilizan tan sólo en casos de esterilidad, como patología de una pareja heterosexual, casada o al menos “estable”, cuya edad de la mujer entra en los límites “aceptables” para ser

madre<sup>483</sup>. En estas legislaciones se tutela el derecho del “nasciturus” a tener una familia “normal”. Son leyes donde se prima la paternidad biológica a la social. Estas legislaciones europeas más o menos restrictivas<sup>484</sup> entienden que esa libertad reproductiva que permiten las técnicas de reproducción asistida pueden entrar en colisión con algunos derechos fundamentales y de ahí que el Estado deba legislar para evitar abusos.

Las legislaciones más restrictivas son las de los países de habla alemana (Alemania, Austria) influidos por las dramáticas experiencias eugenésicas de principios de siglo. Y la italiana, pero en este país por la influencia de la Iglesia Católica y su condena a las técnicas de reproducción asistida en general, como condena moral a la disociación de sexualidad y procreación.

- Las legislaciones más permisivas mezclan la tutela del nasciturus y la tutela de la salud de la mujer<sup>485</sup>. Pero siguen hablando de técnicas de reproducción asistida para tratar la patología de la esterilidad, y eso da lugar a muchas ambigüedades a la hora de valorar quién es susceptible de acceder a las técnicas de reproducción asistida, aunque se trate de legislaciones más abiertas a aceptar diferentes formas de familias o individuos que quieren procrear. A pesar de ello, se siguen primando la maternidad gestante, como es el caso de conflicto en las maternidades por sustitución (casi siempre

---

<sup>483</sup> Gran parte de las legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida presuponen que el mejor entorno para los derechos de ese nuevo ser, es el de una familia tradicional heterosexual y casada.

Estas limitaciones a las posibilidades de las técnicas de reproducción asistida para salvaguarda de la familia no siempre han supuesto un reconocimiento de los derechos de las mujeres, pues sus decisiones reproductivas estaban subordinadas a la esfera de una familia, familia criticada en numerosas ocasiones como una estructura de dominación patriarcal (Alkorta, 2006: 118).

<sup>484</sup> Autoras feministas en Alemania han defendido que las legislaciones restrictivas sobre técnicas de reproducción asistida, como la alemana, al final protegen los derechos de las mujeres, evitando los abusos producidos por la ambición del cuerpo médico y la industria de la reproducción.

Pero Alkorta (2006:116) piensa que si estas legislaciones restrictivas lo hacen en virtud de los derechos del embrión, entonces a medio y largo plazo irá en contra de los derechos reproductivos de las mujeres.

<sup>485</sup> En Estados Unidos prima el respeto por la autonomía reproductiva, y por el dejar hacer en materia de técnicas de reproducción asistida, se entiende parte del derecho a la privacidad constitucionalmente protegido, y ese dejar hacer tan solo se regula por las leyes de la oferta y la demanda del libre mercado (Alkorta, 2006: 111-112).

prohibidas) donde se considera madre a la mujer que pare. Las legislaciones europeas más permisivas están en el Reino Unido y España.

Las técnicas de reproducción asistida surgen como una respuesta médica al problema, a la patología de la **esterilidad**. Y esta solución científica a la patología de la esterilidad que impide el cumplir el mandato reproductor a mujeres y hombres, viene avalado por nuestro ordenamiento jurídico, que legisla en el sentido de permitir la aplicación y despliegue de estas técnicas<sup>486</sup>.

¿Qué es normal y qué es patológico en medicina? Ambos conceptos no son solamente descriptivos y empíricos, sino que incluyen un juicio de valor. Lo normal no siempre es igual a lo que las estadísticas ofrecen, por ejemplo, se considera patológica la infertilidad, aunque hay un porcentaje considerable de parejas “sanas” que no pueden tener hijos/as.

Es importante destacar que este objetivo de las técnicas de reproducción asistida en cambio no se haga explícito en el articulado de la ley<sup>487</sup>. La ley española en cambio cuando establece estos objetivos considera ya obvio este objetivo y se limita a indicar que el objetivo es regular la aplicación de estas técnicas.

---

<sup>486</sup> Exposición de Motivos, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
“La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología”.

<sup>487</sup> Artículo 1. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
“Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto:

- a. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- b. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
- c. La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.”



Es importante apuntar, como Lema Añón (1999: 168-173) nos recuerda, que aunque la esterilidad ya se sabe y asume que puede ser tanto masculina como femenina, aún pesa mucho la inercia histórica y cultural de atribuir la esterilidad a la mujer<sup>488</sup>.

La legitimidad de las técnicas de reproducción asistida descansa en la idea que la esterilidad es una fuente de sufrimientos físicos y psíquicos de la pareja, y justifica “el niño a cualquier precio”.

La demanda de las técnicas de reproducción asistida por parte de las mujeres es presentado como una prueba fehaciente de la existencia del instinto maternal en las mujeres, que son capaces de cualquier cosa con tal de tener hijos/as propios. Pero también puede interpretarse con la fuerza que nuestra cultura opera con las mujeres hasta tal punto que la insistencia también puede verse como una demostración de la fuerza alcanzada en nuestra sociedad por la ideología maternal, aquella que insiste en que las mujeres necesitan tener hijos para sentirse autorrealizadas.

*“El problema de la infertilidad debería verse más como una consecuencia de vivir en una sociedad que no ofrece a las mujeres ninguna imagen positiva de sí misma alejada de la maternidad”* (Lozano Estivalis, 2004:37).

La consideración de la esterilidad<sup>489</sup> como una enfermedad o no tiene consecuencias en la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida, y en su inclusión o no en la sanidad pública (incluso en Estados Unidos en los seguros médicos privados).

Cuando se analizan las **condiciones personales de la aplicación de las técnicas**<sup>490</sup>, donde se incluye la necesidad de que existan “*posibilidades razonables de éxito*”

---

<sup>488</sup> Por ejemplo las técnicas de reproducción asistida se comenzaron a emplear en mujeres con obstrucción tubárica, y ahora se aplican a cualquier problema de esterilidad, sea de causa desconocida o incluso del hombre.

<sup>489</sup> Al hablar de esterilidad es necesario distinguir dos conceptos la infertilidad como la ausencia de fertilidad y la esterilidad como incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. Según la FIGO (Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia) y la OMS (Organización Mundial de la Salud) se considera una pareja estéril cuando hayan transcurrido dos años de relaciones sexuales, la pareja esté sana y no se haya producido embarazo alguno. A pesar de esta definición técnica, la mayoría de las parejas sanas, una vez transcurrido un año comienzan a hacerse pruebas de fertilidad, y si la mujer es mayor de 35 años, incluso antes.

<sup>490</sup> Artículo 3. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
“*Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.*”

aparecen las dudas de que pueda ser cumplida, ya que las tasas de éxito real de la aplicación de técnicas de reproducción asistida son muy difíciles de averiguar:

- Primero porque pocos centros publican las tasas de éxito en términos de número de nacimientos de bebés vivos por número de mujeres tratadas o número de intentos de tratamiento<sup>491</sup>.
- Además, debido a que la mayoría de las mujeres que en este país se someten a las técnicas de reproducción asistida lo hacen en centros privados, no se puede asegurar ni homogenizar cuáles son los criterios médicos seguidos, ni certificar qué porcentaje de mujeres no se admite en los programas de tratamiento bajo criterios de éxito, sobre todo cuando la mujer está dispuesta a desembolsar importantes sumas de dinero necesarias para costear la aplicación de las técnicas.

Las causas de infertilidad y esterilidad son muy diversas, difícil de identificar, y muchas veces desconocidas. Pero en cambio las condiciones y el diagnóstico para acceder a las técnicas de reproducción asistida tiene un lapso de tiempo mucho más breve y está muy definido (Lozano Estivalis, 2004:74).

El requisito de haber sido “*debidamente informada sobre las posibilidades de éxito, así como de sus riesgos*” (se entiende que están aquí incluidos los efectos secundarios y secuelas posteriores en la salud física de la madre) es difícil que se cumpla también, primero como se ha señalado, por la dificultad de obtener verdaderas tasas de éxito, y segundo, porque no se ha investigado suficientemente, ni se tiene certeza científica, de cuáles pueden ser los efectos secundarios a medio y largo plazo del sometimiento a estas técnicas, aunque ya se han avanzado que puede aumentar las probabilidades de sufrir ciertas patologías del aparato reproductor femenino<sup>492</sup>.

---

*1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.”*

<sup>491</sup> Según Lema Añón (1999:43) la tasa de embarazos en la FIV es del 8 por ciento para un embrión, 16 por ciento para dos, 24 por ciento para tres y 32 por ciento para cuatro. A partir de ese número no se incrementa significativamente.

<sup>492</sup> Muchas han sido las cuestiones sobre técnicas de reproducción asistida objeto de debate ético, jurídico y político en los diferentes países. Pero sorprende que casi nunca las

Como subraya Marsico (2003: 148) debido a las fuertes presiones de ese rol de mujer – madre, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, la expresión de una opción informada (fruto de ese consentimiento informado que en el ámbito médico pretende garantizar el respeto a la autonomía del paciente, pero que se convierte en un mero trámite burocrático, muchas veces más un instrumento de protección legal del personal médico que de verdadera expresión de voluntad del sujeto) no es garantía de “decisión autónoma” de la mujer.

También hay otras autoras como Cambrón (2001:200) que consideran que el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las mujeres que se someten a la fertilización in Vitro (FIV) no está plenamente amparado por nuestro ordenamiento jurídico. Y que el discurso médico y jurídico-político así lo ampara, obviando, o no visibilizando, los efectos secundarios y los menoscabos a la integridad física y moral que suponen la FIV y respaldando la idea que el fin (la maternidad) justifica los medios.

También existe una falta de cuestionamiento público, o de posible crítica en relación a las técnicas de reproducción asistida, ya que son generalmente presentadas por los medios de comunicación como un milagro que la ciencia ofrece para el bienestar y felicidad humana. Estos avances científicos permiten un hijo/a biológico a toda costa, y su ausencia se entiende como una merma de la felicidad y la realización completa de cualquier ser humano, especialmente mujer<sup>493</sup>.

*“El lazo establecido entre el saber y el poder es muy estrecho en el caso de la intervención tecnológica sobre la procreación y cómo los medios de comunicación contribuyen a menudo a legitimar esa unión sin ofrecer espacio para la sospecha o la crítica”* (Lozano Estivalis, 2004:21).

Las críticas llegan incluso a ser muy pesimistas, como es el caso de Testart (1986:26) que reivindica una “lógica del no descubrimiento” donde las opciones de carácter ético precedan al invento. Aún así, las desconfianzas filosóficas en torno a los avances

---

controversias éticas versen sobre las posibles consecuencias de estas técnicas de reproducción asistida en la integridad física y moral de las mujeres.

<sup>493</sup> Aunque se trate de técnicas muy modernas y actuales, en el fondo están presentes ideas dominantes desde el siglo XVIII como se ha visto en el capítulo primero de este trabajo, sobre la función maternal de las mujeres, y la existencia de un poderoso instinto maternal que explica el deseo de ser madre y la inclinación natural hacia los cuidados y la crianza.

científicos sobre reproducción asistida no son mayoritarias, y más aun dada la amplia aceptación de la que gozan estas técnicas entre la sociedad occidental actual.

Quizás es más acertado el planteamiento que cuestiona el exceso de intervencionismo estatal en las regulaciones sobre las técnicas de reproducción asistida<sup>494</sup> frente a la abstención social (y en consecuencia estatal) en torno a las instituciones que hacen posible estas técnicas. Como afirma Lozano Estivalis (2004: 61) el derecho actúa en demasía sobre los individuos en relación a las técnicas de reproducción asistida, juridificando cuestiones que antes pertenecían a la esfera privada de las personas, y actúa escasamente sobre las instituciones en relación a las técnicas de reproducción asistida, ante la imposibilidad de legislar sobre cuerpos médicos, científicos e industrias reproductivas.

Un ejemplo concreto de los posibles riesgos que las técnicas de reproducción asistida suponen para la integridad física y moral de las mujeres es lo que Ahumada (2008:42) resume sobre los riesgos que implica para la salud la obtención de óvulos. Primero porque los óvulos son “bienes escasos”, ya que en condiciones normales la mujer sólo produce un óvulo cada mes, por lo que para la obtención de óvulos para las técnicas de reproducción asistida, se produce una estimulación o superestimulación ovárica, además de un procedimiento quirúrgico invasor para obtener estos óvulos. Los medicamentos utilizados, así como las técnicas pueden producir efectos secundarios que no han sido suficientemente investigados.

Tal y como señala Emily Galpern (2006) la hiperestimulación ovárica puede aumentar las posibilidades de desarrollar cáncer de ovarios; también se habla de mayores riesgos de trombosis<sup>495</sup> y embarazos ectópicos o extrauterinos<sup>496</sup>, del síndrome de hiperestimulación ovárica<sup>497</sup>.

---

<sup>494</sup> Interviene especialmente en todas aquellas cuestiones que tienen que ver con la autonomía reproductiva de la mujer, y que se convierte en debates éticos para el derecho.

<sup>495</sup> La trombosis es un trastorno vascular que se presenta cuando se desarrolla un trombo, o masa de sangre coagulada, que bloquea de forma total o parcial el interior de un vaso sanguíneo, ya sea una vena o una arteria.

<sup>496</sup> Es un embarazo anormal que ocurre por fuera de la matriz (útero). El bebé no puede sobrevivir en estos casos

<sup>497</sup> Normalmente, una mujer produce un óvulo por mes. A algunas mujeres que se someten a tratamientos de fertilidad se les suministran medicamentos para ayudar a normalizar el desarrollo de los óvulos o incrementar su producción. Si los medicamentos estimulan demasiado

Más allá de los recelos que suscita el poder consentir libremente en someterse a una serie de técnicas que puedan producir daños en la mujer, hay algunos autores/as sin embargo que expresan sus dudas acerca de la efectividad del consentimiento informado en estos casos por razones bien diferentes. Lacadena (2006:166) expresa su escepticismo ante la correcta aplicación del consentimiento informado en los casos de técnicas de reproducción asistida debido a que *“los temas científicos y bioéticos que implican no son de fácil comprensión para los usuarios, a lo que hay que añadir su lógico estado de ansiedad”*.

No se entienden estos recelos al consentimiento informado en el caso de las técnicas de reproducción asistida, y no en cambio ante cualquier otra intervención médica o tratamiento, que puede ser tanto o más complejo de entender para un potencial usuario/a sin conocimientos médicos (como puede ser el tratamiento de cualquier tipo de cáncer, o enfermedad grave y de rara incidencia) y que puede producir situaciones de mucha más ansiedad que el deseo de tener un hijo/a biológico (como puede ser la amenaza de muerte). Este punto de vista una vez más enfatiza, que la imposibilidad de tener hijos/as biológicos debe producir una ansiedad en la vida de las mujeres.

La Ley regula la **donación de gametos y preembriones** para las finalidades respaldadas en la ley bajo los criterios de anonimato y gratuidad<sup>498</sup>, y tan sólo se admite una compensación económica resarcitoria<sup>499</sup>. El anonimato de los/las donantes ha sido en ocasiones uno de los principales argumentos en contra de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida.

---

los ovarios, éstos pueden resultar de repente muy hinchados y el líquido puede escaparse al área del vientre y del pecho. Esto se denomina síndrome de hiperestimulación ovárica.

<sup>498</sup> La donación de óvulos está prohibida en Italia, Suiza, Austria y Alemania. En Suecia o Dinamarca, sólo se pueden utilizar óvulos sobrantes, porque el procedimiento de obtención se considera peligroso para la salud de las donantes. El argumento que sustenta esta prohibición es que permitir la donación puede producir el comercio de óvulos y someter a las mujeres a fuertes presiones (Ahumana, 2008:51).

<sup>499</sup> Artículo 5. 3. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*“La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.”*

Ya en el ordenamiento jurídico español, éste fue uno de los motivos en los que se fundó el recurso de inconstitucionalidad a la anterior Ley de Técnicas de Reproducción asistida, primera ley sobre la materia en el Estado español, una de las pioneras en la Europa occidental. Sin embargo, la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999 sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida descartó en su FJ15 que la posibilidad de un donante anónimo supusiera una vulneración del artículo 39.2 de la CE<sup>500</sup> que permite la investigación de la paternidad, porque la ley permite que *“en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre y cuando dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”*.

También en otros países europeos, se ha debatido si el anonimato de los/las donantes de gametos y preembriones para la finalidad procreativa es compatible con el respeto de los derechos de los hijos/as, en concreto, sobre el debatido derecho de todos los hijos/as de saber quiénes son sus padres biológicos. La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>501</sup> establece en su Artículo 7:

*“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos.”*

En algunos países como Suecia, la legislación sobre técnicas de reproducción asistida permite que los hijo/as nacidos de estas técnicas puedan averiguar quienes son sus padres biológicos, con lo cual no queda garantizado el anonimato de los donantes. Esta ley entiende que el poder conocer el origen genético es un elemento imprescindible de la dignidad y derechos inherentes del ser humano.

En la ley española actual, se mantiene el anonimato de las donaciones estableciendo tan sólo excepciones donde peligre la salud o la vida del hijo/a, o de acuerdo a

---

<sup>500</sup> Artículo 39.2 CE: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación y a la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilita la investigación de la paternidad”*.

<sup>501</sup> La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1989, entró en vigor en 1990, y es parte del ordenamiento jurídico español desde 1990.

algunas leyes procesales penales<sup>502</sup>. Sobre este punto, Lema Añón (1999:79) se hace eco de las críticas que en ocasiones se han hecho a la influencia de los grupos de presión (médicos e investigadores, por ejemplo) en la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida.

Por ejemplo la cuestión del anonimato del/la donante de semen u óvulos, práctica necesaria para la viabilidad de la inseminación heteróloga (inseminación con gametos masculinos y/o femeninos pertenecientes a un donante diferente de los padres legales) es una de esas ocasiones donde se puede ver las consecuencias de estos grupos de presión. Cuando llegó el momento de legislar sobre esta materia, se admitió sin discusión, cuando quizás este anonimato del donante entra en conflicto con algunos de los derechos constitucionalmente protegidos en los ordenamientos jurídicos de muchos países para los nuevos seres humanos nacidos fruto de las técnicas de reproducción asistida.

Cuando se discute sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos de los niños/as nacidos gracias a las técnicas de reproducción asistida, y cual debería ser la postura legal al respecto se suele comparar con el tratamiento que se aplica en caso de adopción. Es útil el resumen que realiza Widdows (2006: 159) de los argumentos para explicar porque en los casos de adopción si se habla cada vez más del derecho a conocer los orígenes (como derecho de los niños/as) y en cambio no se defiende tanto en el caso de las técnicas de reproducción asistida (donde se admite el secreto y anonimato de los donantes como en el caso de la legislación española):

- En las técnicas de reproducción asistida es físicamente más fácil ocultar el origen de la concepción (a diferencia de la adopción).

---

<sup>502</sup> Artículo 5.5. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

*“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.*

*Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”*

- En las técnicas de reproducción asistida los padres son desde el primer momento sus padres legales, mientras que en la adopción los derechos y responsabilidades parentales son transferidos tras el nacimiento.
- La adopción es una práctica social, regulada socialmente; y las técnicas de reproducción asistida es una práctica médica, regulada por leyes médicas.
- En el caso de las técnicas de reproducción asistida hay una intencionalidad de que nazca ese niño/a, sin cuya intención no existiría. En el caso de la adopción, el niño/a ya existe, más allá de la intención parental, se trata en todo caso de resolver una historia de abandono.

Es también importante destacar, que aunque la falta de descendencia puede ser causada por parte de la mujer o del hombre, las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado utilizando el cuerpo femenino como destinatario final de dichas técnicas, aunque la esterilidad fuera por parte masculina<sup>503</sup>.

Otra de las cuestiones importantes incluidas en esta ley de reproducción asistida y que tiene una importancia vital en la construcción del concepto jurídico de maternidad es el tratamiento que se dispensa a la **maternidad subrogada**. Esta ley, prohibiendo la

---

<sup>503</sup> Es por ello que la ley, cuando habla de usuarios de las técnicas en el artículo 6, de los cuatro apartados del artículo, 3 están dirigidos a la mujer:

Artículo 6. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*Usuarios de las técnicas.*

*“1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.*

*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.*

*2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.*

*3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*

*4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.”*



maternidad por sustitución, se acerca más hacia un concepto de maternidad vinculado con lo biológico y determinada por el embarazo y el parto<sup>504</sup>.

La maternidad se entiende como una función tan íntima, e inherente de la condición femenina, que nuestra legislación participa de la opinión que una mujer que se embaraza y da a la luz un niño/a, y es capaz de renunciar a ese hijo/a que ha llevado en sus entrañas, es la “antimujer” porque carece de sentimientos e instinto maternal. Esa carencia de sentimientos e instintos maternales no debe ser tolerada jurídicamente, aunque se alegara que se realiza con fines altruistas, para ayudar a otra mujer o a un familiar. Y mucho menos se admite que pueda ser objeto de ningún tipo de contrato o intercambio económico. La maternidad no puede ser objeto de transacciones mercantiles, no puede ser intercambiable en el mercado capitalista, porque se entiende es una mercantilización contra natura, y por lo tanto ilícita.

Afirman Birke, Himmelweit y Vines (1990:121) que la mayoría de las legislaciones nacionales tratan la maternidad como una certidumbre, mientras que la paternidad siempre ha sido una cosa incierta. *“la transferencia de embrión de una mujer a otra desafía esta certidumbre”*. ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante o la mujer que ha producido el óvulo?. La respuesta depende de la propia concepción de la maternidad, si se cree o no en un determinismo genético, de ahí que se hable de alquiler de útero, o de adopción prenatal

¿Cuáles son las razones detrás de la oposición de la maternidad por sustitución?. Muchas veces se ha tratado de equiparar a la adopción, que supone también cuidar de un hijo/a que no lo es biológicamente hablando. Pero los argumentos para desmontar esta equiparación entre adopción y maternidad por sustitución es que en la maternidad por sustitución el niño/a ha sido producido voluntariamente, en cambio en la adopción prima el interés del menor que por desgracia, se encuentra sin familias. En la maternidad por sustitución, la madre accede voluntariamente a entregar a su hijo/a, y en cambio en la adopción la madre es obligada a entregar a su hijo/a por las

---

<sup>504</sup> Artículo 10. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*Gestación por sustitución.*

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

circunstancias adversas (ya sea la pobreza, la falta de salud, la imposibilidad material de cuidar de ese hijo/a, el deseo de procurar un futuro mejor al niño/a, etc.).

Otro de los argumentos en contra de la maternidad por sustitución, cuando esta se intenta equiparar a la adopción es que *“la adopción sirve para proteger al niño proporcionándole una familia, mientras que la maternidad de sustitución está pensada en interés de los padres”* (Alkorta, 2003:278).

Aunque socialmente el vínculo matrimonial se entiende disoluble, y los vínculos padre-hijos/as más social que biológicamente contruidos, aun está muy arraigado lo “natural” del vínculo madre-hijo/a. Se rechaza la maternidad por sustitución como “antinatural”, una mujer que prefiere no cuidar a su hijo/a, y la inseminación mediante donante también es antinatural porque un hombre está dispuesto a criar al hijo/a de otro hombre.

La oposición a la maternidad por sustitución cuando median contraprestaciones económicas es similar al rechazo a la prostitución: *“el hecho de que se pague a las mujeres por hacer algo que normalmente forma parte del aspecto personal de la vida”* (Birke, Himmelweit y Vines, 1990:211). Es un rechazo basado en la creencia de que es inmoral y por lo tanto ilícito, mercantilizar lo que pertenece a la esfera de los afectos (como la maternidad o la sexualidad).

Las pensadoras feministas (ver por ejemplo Pateman, 1995) cuando se oponen a la maternidad por sustitución lo hacen por razones diferentes a las anteriores. No se trata tanto de que limiten la maternidad al lazo biológico de la madre y el hijo/a, ni tampoco comparten los argumentos esencialistas que identican madre y mujer. Pero consideran que permitir la posibilidad de contratar libremente sobre la capacidad reproductiva de las mujeres, podría dar lugar a situaciones de explotación y subordinación de la mujer, ya que muchas veces las mujeres pobres cederían su potencial reproductor a cambio de una contraprestación económica, poniendo en peligro su salud física y emocional<sup>505</sup>.

---

<sup>505</sup> Este es el caso de mujeres pobres de países en desarrollo que alquilan sus úteros para concebir hijos/as de parejas con problemas de fertilidad de países del primer mundo con los que han contratado libremente los aspectos de esta maternidad de alquiler. Esta es una posibilidad legal en India y recibe un fuerte eco en los medios de comunicación (ver por ejemplo [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepisoc\\_3/](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/alquila/vientre/India/elpepusoc/20080803elpepisoc_3/) Tes consultado el 5.10.2010).

Creemos que el debate aquí es muy similar al de la prostitución donde la mayor parte de los argumentos en contra son de naturaleza moral, porque provoca un rechazo que las mujeres puedan disponer libremente y a través de una contraprestación económica de algo que tradicional e históricamente tienen que hacer por su sexo femenino. La única diferencia en este caso es que esta libre disposición del potencial reproductor tiene consecuencias en la vida de una tercera persona, el hijo/a que gesta<sup>506</sup> (que puede tener o no un vínculo genético con la madre), y que obviamente la posibilidad de contratar sobre la capacidad reproductora puede dar lugar a abusos económicos, de salud y de poder sobre mujeres pobres o de clases sociales desfavorecidas<sup>507</sup>. Pero no encontramos suficientes los argumentos dados por la mayoría de los pensadores para prohibir la maternidad por sustitución cuando se realiza con una finalidad realmente altruista, y por ejemplo, entre familiares que además minimizarían el posible impacto emocional de ese hijo/a en un futuro<sup>508</sup>.

Uno de los temas controvertidos que se abordan en las legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida es si es necesario o no el **consentimiento del marido**<sup>509</sup> cuando una mujer casada accede a las técnicas de reproducción asistida. Hay algunas leyes que no permiten de entrada a la mujer no casada ser usuaria de estas técnicas, porque entienden que sólo es deseable la reproducción en el seno de una pareja heterosexual formal, donde exista una figura materna y una figura paterna. Pero también es curioso que en una legislación como la española, donde si que está permitido el acceso de mujeres solteras, cuando estas estén casadas, se requiera el consentimiento del marido.

Smart (1995:230) destaca en relación a este asunto que la capacidad reproductora de la mujer esté tan vigilada, y por ejemplo a los donantes de semen no se les exija el consentimiento de sus esposas.

---

<sup>506</sup> Problema que también puede suscitar la inseminación artificial con donante de semen y/o de ovarios, que en cambio sí que está permitida en nuestra legislación.

<sup>507</sup> Pero estos abusos también se pueden dar en cualquier relación contractual de trabajo en el que mujeres y hombres en situaciones de vulnerabilidad social y económica dispongan su fuerza de trabajo bajo condiciones laborales abusivas.

<sup>508</sup> Por ejemplo el caso de una amiga que gesta de manera altruista un hijo/a para otra amiga, o la madre o hermana que gesta un hijo/a para su hija o hermana.

<sup>509</sup> La ley establece en el caso del marido y no de la pareja de hecho sin más.

En el caso de la ley española, hay autores como Lacadena (2006:164) que no están de acuerdo con la omisión del consentimiento del marido en la descripción de las condiciones de aplicación de las técnicas contenido en el artículo 3 de la ley. Consideran, que al igual que en otros apartados de la ley, cuando la mujer está casada, también se solicite el consentimiento del marido, y no entiende el porqué de la omisión en este caso.

Quizás la omisión del legislador significa, que para expresar el consentimiento para que sean aplicadas las técnicas de reproducción asistida en su cuerpo, basta el consentimiento de la mujer, que es al fin y al cabo quien sufrirá los posibles efectos secundarios, y quien deberá soportar los éxitos, fracasos y posibles riesgos. El legislador presume la autonomía y capacidad de obrar plena de la mujer para aceptar la aplicación de unas técnicas que están dirigidas casi exclusivamente hacia su cuerpo.

Lacadena (2006:167) concede una gran importancia a la demanda de consentimiento por parte del marido en algunos de los artículos de la ley, y utiliza estos ejemplos para denunciar la falta de consentimiento del marido en cambio para la decisión sobre el aborto. Lacadena olvida en este punto, que a pesar de que es cierto que *“es de ambos el hijo cuya gestación se va a interrumpir”*, tradicionalmente las consecuencias de un embarazo no deseado recaen exclusivamente en el cuerpo, en la vida y en el futuro de la madre, y que por tanto, el legislador reconoce que es la autonomía procreativa de la mujer en este caso, la que debe ser privilegiada.

## **j. Leyes autonómicas de igualdad**

El Estado tiene competencias sobre el respeto de los derechos fundamentales y por tanto, estas competencias alcanzan la igualdad expresada en la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE y la obligación de remover los obstáculos para hacer posible esa igualdad del artículo 9.2 de la CE. Este ha sido el objetivo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Pero esto no excluye que las diferentes Comunidades Autónomas hayan aprobado leyes autonómicas de igualdad entre las que se incluyen menciones específicas sobre la maternidad. Su análisis también se ha considerado pertinente para el objetivo de esta

investigación porque en ocasiones amplían el concepto de la ley estatal o añaden elementos.<sup>510</sup>

### **j.1. Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León**

Las exposiciones de motivos de una ley tienen una función importante a la hora de aplicar, y en su caso interpretar el contenido de la ley. Ofrecen elementos que nos ayudan a descubrir cuál es la situación social, el problema o la demanda que ha originado la creación de la norma jurídica, y por tanto, nos dota de elementos para interpretar cuál es la voluntad final del legislador.

Es por ello especialmente importante ver cuál es el tratamiento al problema de la conciliación de la vida familiar y laboral que la Exposición de Motivos de esta ley autonómica recoge. Menciona la conciliación de la vida familiar y laboral como uno de los ámbitos más importantes de actuación de esta ley *“para promocionar la igualdad”*, y lo es porque constituye *“una condición indispensable para la plena incorporación de la mujer en la vida económica y social”*. Las necesidades de conciliación son, por tanto, un problema de mujeres, y las medidas encaminadas a dar respuesta jurídica a esa demanda social<sup>511</sup>, tienen como principales destinatarias a las mujeres.

En la ley de igualdad castellano-leonesa, en el apartado de la protección de la salud de las mujeres, es interesante que el acceso a las técnicas de reproducción asistida se

---

<sup>510</sup> Las leyes autonómicas de igualdad han sido analizadas por orden cronológico, siendo:  
La ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres,  
La ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres de Euskadi,  
La ley 12/2006, de 20 de septiembre para la mujer de Baleares anteriores a la ley estatal,  
La ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia,  
La ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia,  
La ley 12/2007, de 26 de noviembre para la promoción de la igualdad de género en Andalucía  
La Ley 6/2009, de 30 de Junio, de la Generalitat Valenciana, de Protección de la Maternidad, posteriores a la ley estatal.

<sup>511</sup> La categoría de “demanda” es una categoría otorgada por la autora de esta tesis y no por el texto legal. Los problemas de conciliación no parecen revestir las características propias de “demanda social”. En todo caso en estos cuerpos legales parece ser más un obstáculo para la plena integración de las mujeres en el mercado de trabajo o una dificultad a la productividad y el crecimiento económico.

considere una parte importante de este derecho a la protección de la salud<sup>512</sup>. Las técnicas de reproducción asistida se vinculan a la promoción de la salud de las mujeres considerando la esterilidad una patología femenina.

También en coherencia con este análisis de quién tiene problemas de igualdad, se mencionan de manera específica *“colectivos de mujeres que padecen una problemática específica por razón de género”*, y entre ellas, a *“mujeres con responsabilidades familiares no compartidas”*<sup>513</sup>.

La Ley de Igualdad de Castilla y León menciona la responsabilidad sobre el cuidado como un factor de desventaja de las mujeres en el ámbito laboral. Es importante que bajo la categoría de cuidado incluya tanto el cuidado de niños/as como de personas dependientes<sup>514</sup>.

El legislador autonómico parece tener una visión un tanto confusa del concepto de acciones positivas, y en enumera una serie de supuestas acciones positivas que en verdad son un listado de medidas tendentes a garantizar el principio de igualdad entre mujeres y hombres<sup>515</sup>.

Dentro de esta confusión al menos incluye maternidad y paternidad, y destaca la interpretación que estos dos fenómenos son en todo caso un obstáculo para el

---

<sup>512</sup> Artículo 21.5 Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León  
*“Impulsar en Castilla y León las técnicas de reproducción asistida incluso en familias monoparentales”*.

<sup>513</sup> El artículo 12.5. La Ley de Igualdad de Castilla y León menciona igualmente a la hora de clasificar las actividades de *“promoción de la mujer”* se incluyen la categoría de *“Conciliación de la vida laboral y familiar para hombres y mujeres”*.

<sup>514</sup> Esta ley habla de estos problemas cuando enumera acciones positivas a favor de las mujeres, por ejemplo en el artículo artículo 14 sobre medidas de acción positiva en favor de la mujer en el ámbito económico y laboral

<sup>515</sup> Entre ellas incluye en el punto 11. *“Fomentar la compatibilidad del trabajo con la maternidad y la paternidad. Para ello potenciarán las medidas de atención a la infancia en especial de 0-3 años y a las personas dependientes”*.

El artículo 16 sobre *“medidas de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar”* vuelve a confundir el concepto de acciones positivas, cuando tan sólo está describiendo medidas encaminadas a facilitar y/o fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar.

mantenimiento del crecimiento económico y los intereses del mercado de trabajo, y de ahí deriva la responsabilidades de los poderes públicos autonómicos de actuar. Al menos existe una cierta intención, que no compromiso cuantificable y determinado de cubrir las necesidades de cuidado de cero a tres años y de manera muy colateral a las personas dependientes, asumiendo de nuevo, que los cuidados ejercidos en el ámbito privado también son un obstáculo para el mercado de trabajo.

Es destacable que sea un objetivo de la ley conocer cuál es la situación social de desigualdad en el reparto de los cuidados<sup>516</sup>. Parece ser que se convierte en objetivo político el contar con un indicador de género que cuantifique las necesidades de cuidado y su cobertura pública, para después poder diseñar cualquier iniciativa política al respecto.

## **j.2. Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. Comunidad Autónoma Valenciana**

En el Preámbulo de la ley autonómica valenciana, en el punto IV de Ámbitos de actuación, se reconoce la desigualdad en la asunción de responsabilidades sobre el cuidado en nuestra sociedad, y esto se admite constituye un obstáculo en la consecución de la igualdad real, por ello estipula que *“es necesario establecer una relación adecuada entre lo público y lo privado y tomar medidas que incidan en el bienestar de la ciudadanía, favoreciendo la consecución de la igualdad real”*.

Los cuidados siguen siendo una responsabilidad femenina, y en todo caso la ley admite parcialmente la responsabilidad pública en cubrir las necesidades de cuidado de la población<sup>517</sup>. Pero esta asunción parcial de responsabilidad pública sobre las demandas de cuidado, se hace *“con el objeto de favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo”*. No se cuestiona una vez más el hecho de que sean sólo las mujeres quienes se responsabilizan de los cuidados en nuestra sociedad.

---

<sup>516</sup> Tal y como establece el artículo 16.1 *“Conocer la situación sobre el reparto de responsabilidades familiares, así como sobre las necesidades y servicios existentes para la atención de personas dependientes”*.

<sup>517</sup> Tal y como estipula el artículo 25 sobre *“el cuidado de las personas dependientes”* (*“...establecerá los medios necesarios para atender la demanda de cuidados de la población infantil, personas mayores y personas con discapacidad...”*).

El legislador autonómico valenciano ha considerado que una medida de conciliación de la vida familiar y laboral de padres y madres pasa por la ampliación de los horarios de apertura de los centros escolares<sup>518</sup>. Es curioso que no plantee una necesidad de armonizar horarios escolares, comerciales y laborales y la conciliación pase por alargar los horarios de los centros públicos, a través de sistemas de permanencias o guarderías, nunca gratuitos totalmente por la familia. Por lo tanto son problemas sobre el cuidado, que se hace una vez más descansar en la economía de las familias, en su responsabilidad y en quizás el bienestar de los niños/as que se ven obligados a ser “cuidados” por personas diferentes a sus progenitores.

El articulado de la ley sigue apoyando estrategias privadas o familiares para resolver el problema de la conciliación<sup>519</sup>.

Esta ley ya en 2003 apostaba por el instrumento de los planes de igualdad de las empresas como una herramienta para alcanzar una mayor igualdad en el ámbito laboral, aunque no sea tan específica ni de carácter obligatorio como posteriormente regula la Ley Orgánica de Igualdad estatal.

La ley habla de corresponsabilidad, pero no especifica qué medidas desarrollará para intentar conseguir unos mayores niveles de corresponsabilidad en nuestra sociedad (artículo 27), sólo que serán medidas a incluir en el Plan Integral de la Familia e Infancia.

### **j.3. Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de mujeres y hombres**

Esta ley autonómica reconoce de manera explícita “*el derecho a la maternidad*” en su artículo 3, aunque esta redacción no significa la descripción de un derecho subjetivo, sino se trata de un reconocimiento de la responsabilidad pública sobre la maternidad y sus consecuencias “*los poderes públicos gallegos asumen y reconocen políticamente*”, y lo hacen porque la “*protección de la maternidad es una necesidad social*”, y es “*un bien insustituible*”. Además reconocen que la maternidad como carga en exclusiva de

---

<sup>518</sup> Tal y como estipula el artículo 7 “*la educación y la conciliación familiar y laboral*”

<sup>519</sup> De nuevo en el artículo 17 de “*Conciliación de vida familiar y laboral*” la administración autonómica se compromete a fomentar las escuelas infantiles y guarderías laborales en las empresas “*o prestaciones económicas equivalentes*” en los periodos extraescolares en menores de 3 años, y en periodos de vacaciones con mayores de 3 años.



las madres supone un factor de discriminación para las mujeres, y de ahí que entre en el elenco de las competencias de la ley autonómica de igualdad.

También esta ley autonómica considera que es necesario luchar contra los estereotipos de género que asignan a las mujeres las responsabilidades en exclusiva de la maternidad y del cuidado de los familiares<sup>520</sup>. La interpretación de este artículo en cambio puede ser un tanto peligrosa, desde el momento en que califica la maternidad como función social, ¿Quiere decir con el término función que las mujeres deben cumplir por el hecho de ser mujeres? ¿O es una realidad social de la reproducción humana que no puede en ningún caso considerarse un factor de inferioridad de las mujeres, una cortapisa a la atribución y ejercicio de sus derechos como ciudadanas de pleno derecho?.

La ley gallega se anticipó a la normativa estatal de la LOIEMH estableciendo un complemento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo (artículo 42) para el personal al servicio de la administración pública gallega, cubriendo el cien por cien de la base reguladora. También permitiendo la flexibilización de jornada por motivos familiares (artículo 44) y estableciendo un permiso de paternidad de ocho días naturales, o diez en caso de partos múltiples.

Como novedad establece a las mujeres gestantes y a los padres con hijos/as menores que trabajen para la administración gallega de seis años el derecho a elegir el periodo de vacaciones (artículo 43).

En esta ley autonómica gallega es destacable el artículo 9.1.c) sobre el *“Currículo regulador del sistema educativo”* que incluya la formación en los cuidados y en la corresponsabilidad para los alumnos y alumnas en el sistema educativo formal primario y secundario.

La ley gallega continúa asumiendo las responsabilidades públicas sobre los cuidados, especialmente de los menores, cuando en el artículo 21 dedicado a *“medidas básicas*

---

<sup>520</sup> Artículo 5.2. Ley Gallega para la Igualdad

Para ello entiende la necesidad de *“fomentar la comprensión de la maternidad como una función social, evitando los efectos negativos sobre los derechos de la mujer”*.

del Plan integral de apoyo a la familia” asume una “política de socialización de las cargas parentales y familiares<sup>521</sup>.

El artículo 38 intenta fomentar la asunción de responsabilidades sobre los cuidados de hombres y mujeres, cuando estipula que recibirán una puntuación específica en las pruebas de promoción interna del empleo público gallego, quienes en los últimos cinco años “estén utilizando o hubieran utilizado, en los últimos cinco años, una licencia de maternidad, un permiso de paternidad, una reducción de jornada o una excedencia para el cuidado de familiares”.

Este artículo contiene la única medida concreta de fomento de corresponsabilidad, en la medida en que se premia la asunción de cuidado a la hora de puntuar méritos para la promoción en la administración gallega.

#### **j.4. Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres (Euskadi)**

La Exposición de Motivos de la ley autonómica vasca reconoce el papel desarrollado por el movimiento feminista en los cambios sociales sobre la situación de las mujeres. Destaca que estos cambios no son sólo fruto de la actuación de los poderes públicos y la creación y aplicación de leyes que persiguieran una mayor igualdad de género.

También es interesante como la Exposición de Motivos explica la necesidad de elaborar una ley de igualdad. Considera que la igualdad “además de ser un derecho humano, es una necesidad estratégica para la profundización en la democracia y para la construcción de una sociedad vasca más justa, cohesionada y desarrollada social y económicamente”. Es decir, la igualdad es un objetivo político, porque se trata de un

---

<sup>521</sup> Que incluye medidas como

- a) “La ampliación de la red pública de guarderías”
- b) “La atención en los colegios públicos a menores de doce años en horarios más extensos respecto a los lectivos”
- c) “la implantación de servicios de comedor” y “acompañante en el transporte escolar de los menores de seis años”

“la creación de guarderías y de escuelas infantiles dentro o cerca de parques empresariales”.

Al menos en este caso se entienden siempre guarderías públicas cercanas a los centros de trabajo, no fomento a las guarderías creadas por las propias empresas.

derecho humano, porque es un requisito ineludible de la democracia, y porque aportará mayores niveles de justicia social y de crecimiento económico<sup>522</sup>.

El artículo 47 de la ley autonómica vasca habla de la responsabilidad de las administraciones públicas para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a través de la corresponsabilidad de los hombres, además de la adecuación del mercado de trabajo a las necesidades de la vida personal y familiar, la creación y adecuación de servicios sociocomunitarios y las prestaciones económica y fiscales.

Es de los pocos textos legales que mencionan la corresponsabilidad como objetivo, y además que subrayan que las medidas deben estar encaminadas a promocionar la corresponsabilidad de los hombres. Es decir, la conciliación vista como un problema de la ausencia de algunos y no como un problema que necesite fórmulas que permitan la presencia de ellas en todos los ámbitos.

#### **j.5. Ley 12/2006, de 20 setembre, per a la Dona (Comunidad Autónoma Balear)**

El artículo 3 de la ley autonómica balear habla de manera específica del derecho a la maternidad. De acuerdo a este artículo, la protección de la maternidad es una necesidad social que los poderes públicos deben asumir. Igualmente considera la maternidad como un bien insustituible, y por ello, todas las cargas y cuidados que se derivan de la maternidad, del embarazo, del parto y de la socialización de los hijos/as, han de recibir ayudas directas de las instituciones públicas. Por eso se constituye este derecho a la maternidad para que su aplicación y garantía evite que la maternidad suponga una carga exclusiva de las madres y un motivo de discriminación para las mujeres.

En la ley autonómica balear, su artículo 20 está dedicado a la conciliación de la vida familiar y laboral. Las obligaciones de los poderes públicos baleares para promocionar la conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres se centran en la ampliación de la red de escuelas infantiles y centros de educación preescolar. También se promociona la creación de guarderías infantiles laborales en las empresas o prestaciones económicas equivalentes (se apuesta más por una cobertura del

---

<sup>522</sup> Esta explicación tan clara de la categoría jurídica y política de la igualdad de mujeres y hombres ni siquiera aparece en la normativa estatal.

cuidado infantil de 0 a 3 años vinculado a una ciudadanía laboral, y no tanto una red pública de cuidado infantil de 0 a 3 años.

#### **j.6. Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia**

La Exposición de Motivos de esta ley gallega reconoce la insuficiencia del derecho para conseguir una verdadera igualdad material si el presupuesto de partida es una actuación jurídica tendente únicamente a garantizar la igualdad formal neutral<sup>523</sup>.

También es interesante que la Exposición de Motivos haga una defensa de la igualdad de género como prioridad política frente a la interseccionalidad, aunque en ningún momento el texto utilice estos dos términos<sup>524</sup>.

La igualdad se establece como un principio político de articulación de las sociedades modernas y también como un principio ético en sí mismo. Es además uno de los pocos textos jurídicos que se atreve a definir el concepto de género<sup>525</sup>.

También la Exposición de Motivos reconoce que la concepción social de la maternidad sustenta el mantenimiento del falso estereotipo de la maternidad de las mujeres como factor que incide en una baja productividad, absentismo, y falta de compromiso de las mujeres con su trayectoria profesional.

Esta ley modifica en su disposición adicional primera varios de los artículos de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres. Dichas modificaciones suponen sobre todo mejoras y ampliaciones de la protección de la maternidad y la

---

<sup>523</sup> Exposición de motivos Ley del trabajo en igualdad en Galicia

*“La identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres actúa más bien como un instrumento de conservación del status quo que como un punto de partida para el desarrollo de un futuro más igualitario”.*

<sup>524</sup> Esto puede verse cuando dice *“desligar la consecución de la igualdad de la también necesaria atención de grupos sociales con problemáticas específicas o situaciones desfavorecidas”* y *“no debe prescindirse que esa exaltación extrema de las diferencias pueden oscurecer la idea de que todas las mujeres comparten una posición social desfavorecida por el hecho de ser mujeres y diluye la discriminación específica por razón de sexo en otras discriminaciones”.*

<sup>525</sup> *“Alude a un mecanismo que ha servido de medio de distribución de los recursos (políticos, económicos, culturales, entre otros, sobrecargando a estos a los hombres y privando a las mujeres de aquellos que les corresponden, y ese déficit de carácter estructural sólo puede desactivarse con políticas de diferenciación para la igualdad”.*

paternidad que ya dispensa la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres de ámbito estatal, aunque estas mejoras sean sólo para el personal al servicio de la administración pública gallega<sup>526</sup>.

También la disposición adicional novena interpreta los permisos introducidos en la LOIEMH de maternidad y paternidad en los casos de matrimonios de dos mujeres, tal y como permite también nuestra legislación desde la entrada en vigor de la ley 13/2005 de reforma el Código Civil, de forma que la madre no biológica al servicio de las administraciones públicas gallegas puede en su caso disfrutar de la parte del permiso maternal que la madre biológica ha generado y que puede ceder en parte al otro progenitor.

---

<sup>526</sup> La disposición adicional primera, punto 4 que modifica el artículo 42 de la ley gallega de igualdad sobre el “*Complemento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo o por maternidad*”, que garantiza una complemento salarial que asegure el cobro del 100 % de la base reguladora.

La disposición adicional primera, punto 5, que añade el artículo 42 bis sobre “*Permiso retribuido para asistir y acompañar a tratamientos de fecundación asistida y para acompañar a exámenes prenatales y a técnicas de preparación al parto*”

En la ampliación de los permisos retribuidos que esta disposición hace la ley gallega, equipara la actividad médica de seguimiento a un embarazo con las actividades médicas derivadas de los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida. Se admite así la generalización de las técnicas de reproducción asistida como forma de reproducción humana, y no tanto ya su consideración de tratamiento médico a una patología.

La disposición adicional primera, punto 6, que añade el artículo 42 ter “*Crédito de horas sustitutivo del permiso de lactación*”, que permite a la persona beneficiaria disfrutar de un crédito de horas de lactación a utilizar libremente durante el primer año de vida del bebé.

La disposición adicional primera, punto 7, que añade el artículo 42 quater “*Salas de reposo y salas de lactación*” que garantiza salas de reposo para las trabajadoras embarazadas, y salas de lactación natural y artificial para padres y madres.

La disposición adicional primera, punto 8, que modifica el artículo 43 “*Derecho de las mujeres gestantes a elegir el periodo de vacaciones y preferencias derivadas de la existencia de responsabilidades familiares*”

La disposición adicional primera, punto 9, que modifica la redacción del artículo 44 “*Flexibilización de jornada por motivos familiares*”, permitiendo la flexibilidad de la jornada de trabajo cuando tengan menores de 12 años o dependientes a su cargo. Esta redacción se adapta a la posibilidad ya incluida para cualquier trabajador/a en la LOIEMH, pero en este caso ampliada a menores de hasta 12 años.

La disposición adicional primera, punto 10, que modifica el artículo 43.1 ampliando el permiso de paternidad en 14 días naturales o 20 días si es parto múltiple, acumulable a otros permisos de paternidad reconocidos jurídicamente.

La disposición adicional primera, punto 12, que añade el artículo 46 bis y crea un “*Permiso por enfermedad grave*” que permite un permiso retribuido de duración máxima de 30 días en los supuestos de accidente muy grave o enfermedad muy grave de menor de edad o familiar conviviente.

El artículo 5 de la ley gallega hace una definición de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como un derecho de las mujeres y hombres a configurar libremente su tiempo. De estos derechos se deducen las obligaciones de los poderes públicos de fomentar la corresponsabilidad, la individualización de los derechos y la asunción de responsabilidades por parte de los hombres.

Cuando la presente ley establece qué parámetros se tendrán en cuenta para la obtención de la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad (artículo 18<sup>527</sup>) es interesante subrayar que uno de los parámetros a puntuar es el apartado 18.1.c) “*las garantías y mejoras de los derechos de conciliación de trabajadores y trabajadoras*”, aunque se limita a enunciar mejoras como “*habilitar lugares de reposo para las trabajadoras embarazadas, salas de lactación y guarderías en la empresa, o apoyos económicos para el uso de guarderías*”. Sin restar la importancia y utilidad de medidas como las mencionadas en este apartado, no dejan de ser una vez más medidas de conciliación tan sólo dirigidas a las trabajadoras en la medida que son madres, y entendiendo la maternidad como el periodo limitado al embarazo, parto y lactancia, un periodo muy limitado y obviamente vulnerable. La figura de las guarderías en las

---

<sup>527</sup> Artículo 18. Parámetros de igualdad de la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad.

*“1. La calificación de Marca Gallega de Excelencia en Igualdad se obtendrá cuando se supere la puntuación establecida reglamentariamente en atención a la implantación en la empresa de los siguientes parámetros de igualdad:*

*a. La existencia de una adecuada representación de mujeres en la totalidad de los grupos y categorías profesionales, incluyendo el personal de alta dirección, o, en otro caso, la adopción de medidas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción interna en empleos o niveles donde las mujeres estén infrarrepresentadas, evitando criterios de promoción o criterios en caso de igualdad de méritos que resulten discriminatorios para las mujeres.*

*b. Las garantías efectivas de la igualdad de retribución.*

*c. Las garantías y mejoras de los derechos de conciliación de trabajadores y trabajadoras, incluyendo, en su caso, habilitar lugares adecuados de reposo para las trabajadoras embarazadas, salas de lactación y guarderías en la empresa, o apoyos económicos para el uso de guarderías.*

*d. La implantación de medidas de prevención y de sanción adecuada del acoso sexual y del acoso moral por razón de género, tomando como modelo, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones a la empresa, lo regulado en los artículos 47 a 54 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres.*

*e. La publicidad no sexista de los productos y servicios de la empresa.*

*f. El establecimiento de medidas específicas que garanticen la prevención de los riesgos laborales de las mujeres.*

*2. La puntuación mínima establecida reglamentariamente se referirá por separado a cada parámetro y, asimismo, a una valoración de conjunto.*

*3. Para obtener la subvención establecida en el apartado 3 del artículo 16º de la presente Ley, se establecerá una puntuación específica con relación al parámetro de la letra d del apartado anterior, que podrá ser superior a la mínima. La puntuación incidirá en la cuantía de la subvención”.*

empresas o ayudas económicas equivalentes es una figura más controvertida porque la asunción de los cuidados infantiles ¿es una responsabilidad empresarial o privada, o se trata de una responsabilidad pública?<sup>528</sup>.

También esta ley normativiza la existencia de bancos municipales del tiempo y redes comunitarias de apoyo a la conciliación (artículos 43<sup>529</sup> y 44<sup>530</sup> de la ley), así como los planes de programación del tiempo de la ciudad (artículos 47-51). Estas figuras no son nuevas, pero lo que sí que representa una novedad es elevarlo a rango normativo,

---

<sup>528</sup> Sí que en cambio en el artículo 34 de Medidas de conciliación en las actividades de formación, se dispone en el apartado 1 que “*los centros públicos destinados a impartir actividades formativas de carácter ocupacional y continua procurarán que el alumnado disponga, en sus instalaciones o en instalaciones concertadas dentro de un área de quinientos metros del local en donde se imparte la actividad, de un servicio de guardería con comedor y sala de lactación*” para menores de 0 a 3 años. O en el artículo 34.2 cuando estipula que “*los centros acreditados para actividades formativas procurarán adecuar la ubicación del lugar donde se fueran a realizar estas actividades y sus horarios a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y formativa del alumnado al que fueran dirigidas*”.

Se ha subrayado el tiempo verbal que indica más un deseo político que no una verdadera medida legal vinculante.

<sup>529</sup> Artículo 43. Los bancos municipales de tiempo.

*“1. Los bancos municipales de tiempo facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas, en especial aquellas que exijan desplazamientos, como la realización de la compra diaria o de gestiones de índole administrativa, y de labores de cuidado o mera compañía de menores de edad y de personas dependientes.*

*2. El ayuntamiento gestionará una base de datos de personas demandantes de las referidas labores, donde se reflejarán los datos personales y las necesidades de tiempo.”*

<sup>530</sup> Artículo 44. Las redes comunitarias de apoyo a la conciliación.

*“1. Las redes comunitarias de apoyo a la conciliación, que serán gestionadas por los ayuntamientos, consisten en una base de datos en que, de manera voluntaria, se inscribirán las personas que, en el término municipal u otro término vecino, tengan una disponibilidad para realizar alguna de las labores comunitarias.*

*La base de datos reflejará los datos personales de la persona voluntaria, su cualificación y/o experiencia y la disponibilidad horaria de la persona voluntaria.*

*En ningún caso las labores prestadas a través de las redes comunitarias de apoyo a la conciliación podrán constituir el objeto propio de un contrato de trabajo, ni las redes comunitarias de apoyo a la conciliación podrán sustituir nunca el trabajo retribuido.*

*Las personas voluntarias tendrán los derechos y deberes previstos en la normativa de aplicación sobre voluntariado social, establecidos en la legislación vigente.*

*2. A partir de los datos de la base de datos de personas voluntarias y de los datos de la base de datos de personas demandantes de labores comunitarias, el banco de tiempo ofertará a aquellas las labores demandadas para las cuales se hayan ofrecido y estén capacitadas, poniéndolas en contacto con estas para alcanzar la recíproca aceptación.*

*Las personas que se inscriban como demandantes de labores comunitarias podrán, a su vez, inscribirse como voluntarias, caso en que se procurará conectar a las personas que tengan disponibilidades y necesidades de tiempo que sean complementarias, con la finalidad de ponerlas en contacto y de favorecer el intercambio mutuo de tiempos.”*

porque normalmente aparecen como medidas de políticas públicas de diferentes administraciones, sobre todo locales, pero no como un desarrollo del derecho a la igualdad en el ámbito laboral.

**j.7. Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.**

La ley murciana incluye como principios generales de la ley (artículo 3.7), que *“la protección del derecho a la maternidad está asumida por los poderes públicos de la Región de Murcia como un bien social insustituible”* y de este reconocimiento se derivarán las medidas públicas encaminadas a que la maternidad deje de ser una responsabilidad exclusiva de las mujeres y además un motivo de discriminación.

Esta ley autonómica también reconoce como principio general la corresponsabilidad (artículo 3.8) y define la corresponsabilidad aludiendo tan sólo a los hombres *“entendida como la asunción de responsabilidad por parte de los hombres en las tareas domésticas, el cuidado, la atención y la educación de hijos e hijas”*.

A pesar de ello, cuando la ley murciana dedica el artículo 23 a la *“Conciliación de la vida laboral, familiar y personal”* el lenguaje del artículo no habla de obligaciones o derechos, sino tan sólo de que los poderes públicos *“han de favorecer la conciliación de la vida personal y familiar”*, y este fomento se intentará conseguir a través de la promoción de formas de conciliación del trabajo que favorezcan la conciliación; realizando campañas de sensibilización sobre los beneficios de la conciliación; impulsando servicios públicos y concertados para facilitar la conciliación, etc.

**j.8. Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía**

La ley andaluza también incluye entre los principios generales de esta ley de igualdad *“el reconocimiento de la maternidad, biológica y no biológica, como un valor social”* evitando así las consecuencias negativas que la maternidad tiene en *“los derechos de las mujeres”*, y además también habla de la *“consideración de la paternidad en un contexto familiar y social de corresponsabilidad, de acuerdo con los nuevos modelos de familia”*. No queda tan claro cuál es el objetivo que persigue la ley cuando habla de la consideración de la paternidad, y su relación con la corresponsabilidad. Puede ser que la paternidad se reconozca igualmente como un valor social en la medida que



fomente la corresponsabilidad, o es un valor social en sí mismo aunque se intente vincular a mayores niveles de corresponsabilidad.

En la ley autonómica andaluza constituye uno de los principios generales de la ley (artículo 4.4) *“el fomento de la corresponsabilidad, a través del reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares, de las tareas domésticas y del cuidado de las personas en situación de dependencia”*.

Es de las pocas leyes que incluye los cuidados de las personas dependientes en los problemas de conciliación tanto de hombres como de mujeres. Normalmente se entiende conciliación cuando hay niños/as pequeños y como responsabilidad única de las madres.

Igualmente constituye uno de los principios generales de esta ley autonómica la obligación de los poderes públicos de adoptar *“las medidas necesarias para permitir la compatibilidad efectiva entre responsabilidades laborales, familiares y personales de las mujeres y los hombres en Andalucía”*.

La ley andaluza habla del derecho y deber de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito público y privado (artículo 36.1<sup>531</sup>). Es interesante subrayar que es el primer texto normativo que no sólo habla de derecho, sino también de deber, y que consagra la corresponsabilidad y no la conciliación como hacen otras leyes autonómicas. La obligación de los poderes públicos andaluces es garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de hombres y mujeres. Esa obligación de garantizar este derecho va mucho más allá de una mera declaración de intenciones de promoción y fomento, que correspondería a la realización de un derecho social y económico de progresiva materialización, pero esta vez se trata de un derecho fundamental como lo es la igualdad.

También la ley andaluza incluye en el texto normativo (artículo 37) *“la elaboración de planes de diseño y espacios que faciliten la funcionalidad”*, la promoción de *“la*

---

<sup>531</sup> Artículo 36. Derecho y deber de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito público y privado.

*“1. Las mujeres y los hombres en Andalucía tienen el derecho y el deber de compartir adecuadamente las responsabilidades familiares, las tareas domésticas y el cuidado y la atención de las personas en situación de dependencia, posibilitando la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y la configuración de su tiempo, para alcanzar la efectiva igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.”*

coordinación entre los horarios laborales y el de los centros educativos”, y el impulso de “infraestructuras y servicios para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares y el cuidado y atención de menores y de personas en situación de dependencia”. Pero a pesar de la importancia de normativizar estas figuras que ya existían en el ámbito de las políticas públicas, no dejan de aparecer como medidas de fomento, de impulso y de progresiva implementación por parte de los poderes públicos.

Pero se sigue compaginando estas responsabilidades públicas con la promoción de la conciliación en el sector privado a través de la incentivación de “la creación de centros infantiles en el ámbito laboral, infraestructuras y servicios adecuados”, “la creación de centros infantiles en polígonos industriales y parques tecnológicos” (artículo 38).

#### **j.9. Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana, de protección a la maternidad**

Esta ley no tiene como objetivo la igualdad de mujeres y hombres como las leyes autonómicas anteriores, sino que su finalidad es la protección y atención a la maternidad y la protección del derecho a la vida en formación<sup>532</sup>.

La maternidad se entiende como un elemento inherente a la dignidad de la mujer gestante, dignidad ésta que sí que tiene la protección constitucional de derecho fundamental<sup>533</sup>. La maternidad en sí misma no se define como derecho ni generadora

---

<sup>532</sup> Artículo 1. Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de protección a la maternidad  
Objeto de la ley.

*“La presente ley tiene como objeto la configuración del marco jurídico de actuación de la Generalitat en el ámbito de la protección y atención social a la maternidad, que comprende el diseño de medidas y actuaciones dirigidas a garantizar y proteger el derecho de la mujer gestante que se debe seguir ante su embarazo, a ser apoyada socialmente en esa decisión y a ser informada de ese derecho y de los programas y mecanismos de apoyo dispuestos a su favor, así como del derecho a la vida en formación desde la concepción, propiciando el establecimiento de los medios necesarios de carácter social, jurídico, educativo, sanitario o asistencial que permitan conseguir esa finalidad.”*

<sup>533</sup> Artículo 3. Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de protección a la maternidad  
Principios rectores.

*“1. La promoción de los derechos y libertades constitucionales y civiles sobre los que se asienta la dignidad de la mujer gestante, la protección institucional de sus derechos, así como la del derecho a la vida en formación, el fomento de la maternidad y paternidad responsables y, en su caso, el derecho de los hijos a desarrollarse en un ámbito familiar alternativo al biológico cuando este no sea en absoluto propicio, y la consiguiente promoción de la acogida y*

de derechos para la mujer, pero sí que el feto es directamente planteado como titular de un nuevo derecho “derecho a la vida en formación”<sup>534</sup>.

La protección dispensada a la maternidad de la mujer gestante<sup>535</sup> no añade nada a lo que ya existe, a excepción de la creación de centros de atención a la maternidad<sup>536</sup> donde las mujeres embarazadas pueden recibir apoyo integral, asesoramiento e información para fomentar, al fin y al cabo, que las mujeres continúen con su gestación.

El objetivo implícito y en ningún momento claramente enunciado, es evitar que las mujeres embarazadas aborten, y para ello se considera que debe darse cierto soporte

---

*la adopción como alternativas eficaces y reales para permitir a la madre gestante seguir adelante con el embarazo, constituyen un principio rector de la política social y económica de la Comunitat Valenciana.”*

*2. Estos principios informarán la interpretación y aplicación de la presente ley y de las actuaciones que en este ámbito se desarrollen por la Generalitat.*

<sup>534</sup> Derecho a la vida en formación que como se ha visto no coincide con la interpretación del Tribunal Constitucional que considera que el feto es un bien jurídico objeto de protección legal como potencialidad de vida humana, pero no es sujeto del derecho fundamental a la vida contenido en el artículo 15 de la Constitución española.

<sup>535</sup> Las titulares de la protección a la maternidad son únicamente las mujeres gestantes a efectos de esta ley, no las mujeres que ya son madres:

Artículo 2. Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de protección a la maternidad  
Ámbito de aplicación.

*“La ley se aplicará con carácter prioritario a favor de toda mujer gestante que acredite estar empadronada y tener su residencia en algún municipio de la Comunitat Valenciana y que, por razón de sus circunstancias personales o sociales, pueda acceder a los beneficios establecidos en la presente ley y aquellos que en virtud de la misma se desarrollen. Las disposiciones previstas en la presente ley serán aplicables a las administraciones públicas y a cualquier entidad de titularidad pública o privada que preste servicios sociales o sanitarios en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.”*

<sup>536</sup> Artículo 13. Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de protección a la maternidad  
Creación de los centros de atención a la maternidad.

*“1. Se crean los centros de atención a la maternidad, de titularidad de La Generalitat, como centros de asistencia, apoyo e información a las mujeres gestantes, a las madres y a los padres, pudiendo establecerse a tal fin los protocolos que se consideren convenientes.*

*2. Los centros podrán prestar asistencia al conjunto de la unidad familiar, si así lo solicitan las mujeres gestantes menores de edad y sus padres.*

*3. Para garantizar territorialmente la adecuada prestación de sus servicios se establecerá, en el plazo que reglamentariamente se determine, por lo menos un centro de atención a la maternidad en cada capital de provincia.*

*4. La Generalitat podrá concertar el desarrollo de las labores de información, apoyo y asistencia en entidades privadas sin ánimo de lucro que tengan esos mismos fines, bien para la creación de estos centros, bien para apoyar a otros centros existentes con idéntica finalidad.”*

informativo, económico y social a las mujeres, especialmente a aquellas que debido a circunstancias sociales, económicas, laborales o de edad, puedan dudar sobre la continuidad de su gestación<sup>537</sup>. De acuerdo a esta finalidad la ley sí que fomenta la acogida y la adopción cuando la madre biológica no pueda hacerse cargo de los menores, modalidades que la ley enuncia son parte del *“derecho de los hijos a desarrollarse en un ámbito familiar alternativo al biológico cuando este no sea en absoluto propicio”* (artículo 3 de la ley).

### **3.3.2. Discursos sobre la paternidad en el derecho español**

Como se indicó anteriormente también se ha considerado relevante analizar el concepto de paternidad y padre de los principales textos legales aquí estudiados. Este análisis se centrará en la Constitución española, la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres, la Ley de Conciliación, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial dependencia, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y las leyes autonómicas.

#### **a. Constitución española de 1978**

En la Carta Magna se cita la “paternidad” explícitamente debido al momento histórico en el que se redacta, directamente se legaliza la investigación de la paternidad, frente a la presunción legal que aseguraba la certeza de la paternidad matrimonial<sup>538</sup>.

No hay más alusiones específicas a la figura paterna en el texto constitucional. Como ya se ha afirmado en esta investigación, la Constitución española no define el

---

<sup>537</sup> De ahí que la ley contenga especial mención a la mujer gestante en especial situación de riesgo (sección 4ª), a las mujeres gestantes con discapacidad o incapacitación judicial (sección 5ª), a las mujeres gestantes menores de edad (sección 6ª) y la mujer gestante inmigrante (sección 7ª).

<sup>538</sup> Hasta ese momento el padre legal era el marido de la mujer que daba a luz el hijo/a. A partir de este momento se permitía la investigación de la paternidad biológica no solo de la madre casada, sino también de la madre soltera. En todos estos casos, prevalecía el interés supremo del menor y su derecho a conocer sus verdaderos orígenes biológicos. Con ello, se acababa también con la discriminación histórica de los hijos extramatrimoniales, y obligaba a los padres biológicos a hacerse cargo de sus hijos/as no reconocidos (algunos de los autores/as que han estudiado en profundidad estas cuestiones son por ejemplo Lledó Yagüe, 1987 y Zarraluqui, 1998).

concepto de familia amparado por nuestro ordenamiento jurídico, ni los elementos que necesita contar (por ejemplo la obligatoriedad de hablar de un padre y una madre para poder ser una familia). Dada la evolución social y jurídica de la familia, la figura paterna no es esencial y pueden ser reconocidas jurídicamente familias sin padres (por ejemplo familias monoparentales, o parejas de lesbianas casadas con hijos/as).

## **b. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres**

Esta ley también se ocupa de la paternidad, porque considera que reforzando jurídicamente la figura paterna en el derecho laboral y en las responsabilidades sobre el cuidado se conseguirá una sociedad con mayores niveles de corresponsabilidad.

Uno de las novedades de la LOIEMH más controvertidas ha sido la creación del permiso de paternidad. Se ha considerado positivo en la medida que supone un primer paso para provocar cambios sociales en la asunción de las responsabilidades de los cuidados de los hijos/as, pero su duración se valora escasa, lo que lo convierte en una medida meramente simbólica y dotada de poca efectividad.

Esperar que tan sólo la introducción de un permiso de paternidad de trece días<sup>539</sup> fuera a cambiar la situación de desigualdad de la sociedad española en el reparto de las tareas de cuidado hubiera sido una esperanza muy inocente. Las desigualdades actuales se deben a lo que algunos autores han denominado “hipótesis del desfase” (Hook, 2006) que describe como la progresiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo no se está correspondiendo con el proporcional acceso de los hombres a las responsabilidades domésticas (y sobre todo dentro de estas, a los trabajos de cuidado).

---

<sup>539</sup> La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, ya aprobó la ampliación de este permiso de paternidad a cuatro semanas, pero la Disposición final segunda de esta misma ley establece:

*“La presente Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2011”*

Debido a la crisis económica, recientemente se ha vuelto a postergar la entrada en vigor de esta ley, a través del proyecto de Presupuestos generales del estado para el año 2011.

Por eso hay autores que defienden la pertinencia de primero permisos por cuidados de hijos/as que no discriminen a los padres<sup>540</sup>, y segundo, unos mayores permisos de paternidad equiparables a los de las madres<sup>541</sup>, o sistemas de promoción de disfrute por parte de los padres de los permisos por cuidado de hijos/as<sup>542</sup> (Albert, Escot, Fernández y Pozas, 2008). En los países que se han implantado permisos de paternidad más ambiciosos, se ha constatado el papel mucho más activo de los padres en los cuidados de sus hijos/as en los primeros años, el fortalecimiento del vínculo padres e hijos/as, la mayor equiparación del estatus laboral de hombres y mujeres en el mercado laboral y el aumento de las tasas de natalidad (Gíslason, 2007).

### **c. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores**

El Estatuto de Trabajadores sólo menciona la paternidad como un accidente que puede ocurrir en la vida laboral de los hombres, que merece una cierta protección legal, para permitir que los hombres puedan compatibilizar su trabajo y sus responsabilidades familiares, aunque si se compara con la protección dispensada a la maternidad, obviamente se está partiendo de presupuestos completamente diferentes.

La LOIEMH modificó el Estatuto de Trabajadores para introducir el **permiso de paternidad**<sup>543</sup> de trece días. Para muchos autores (entre ellos Pérez del Río, 2010) la

---

<sup>540</sup> El caso español es de los pocos que continúa con esa discriminación: el permiso por cuidados de hijos/as recién nacidos de dieciséis semanas es el permiso de maternidad, que puede en su caso concederse parte de ello al padre. La duración del permiso de maternidad y paternidad exclusivos e intransferible (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de la madre y los 13 días del padre) no son iguales.

<sup>541</sup> Es por ejemplo el caso de países con permisos de maternidad y paternidad intransferibles e iguales en duración, como es el caso de Islandia (13 semanas de permiso maternal, 13 semanas de permiso de paternidad y 13 semanas de permiso paternal con posibilidad de repartir entre los dos progenitores), o el caso de Noruega que se acerca a este modelo con 9 semanas de permiso de maternidad, 6 semanas de permiso de paternidad y 29 semanas de permiso paternal con posibilidad de repartir (Albert, Escot, Fernández y Poza, 2008: 9).

<sup>542</sup> Como es el caso por ejemplo de Alemania, donde sólo existe el permiso parental, y la madre y el padre tienen reservados dos meses de cuota, que si no disfrutan se pierden (Albert, Escot, Fernández y Poza, 2008: 3).

<sup>543</sup> “Artículo 48 bis. Estatuto de los Trabajadores  
*Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.*”

duración de este permiso de paternidad es escaso, y al ser su disfrute voluntario, tiene muy poco impacto real en la modificación de las actuales asunciones de corresponsabilidad en la sociedad.

Este permiso de paternidad normalmente se disfruta asociado al ya existente **permiso retribuido por nacimiento de hijo/a** que el Estatuto de Trabajadores ya contemplaba<sup>544</sup>.

De manera específica para padres sólo existen estas dos figuras. Si bien es cierto, que otras figuras jurídicas existentes en el Estatuto de Trabajadores (reducción de jornada, excedencias, permiso maternal, etc.) están redactadas de forma que padres y madres puedan acogerse a ellas, las estadísticas laborales demuestran sin embargo, que sólo son socialmente aceptadas para madres.

La introducción del permiso de paternidad exclusivo del padre e intransferible, en el marco de la LOIEMH tiene como objetivo alcanzar una mayor igualdad de mujeres y hombres en el mercado laboral, aumentando la corresponsabilidad y contribuyendo a que la maternidad no suponga un obstáculo para la igualdad real y efectiva de las mujeres en el mercado de trabajo, su duración y características comparadas al permiso de maternidad, convierten este objetivo en una cierta utopía.

El permiso de paternidad tiene un mero valor simbólico, pero no producirá un verdadero impacto en el reparto del cuidado en el seno de las familias, ni revertirá los efectos de la discriminación estadística que consiguen que los empresarios no contraten ni promocionen mujeres.

---

*En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.”*

<sup>544</sup> Artículo 37.3. ET

*“b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.”*

#### **d. Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras**

Como ya se ha explicado, esta ley contiene un magnífico diagnóstico del problema de conciliación en nuestro país en la Exposición de Motivos, pero este diagnóstico no se corresponde con las medidas incluidas en el despliegue de la ley. Este cuerpo legal habla de la necesidad de mayor corresponsabilidad, y por lo tanto, de un mayor reparto de las responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres para que el cuidado no suponga un lastre de las mujeres en el mercado de trabajo. Pero después no existe ninguna medida dirigida a los padres<sup>545</sup>, los grandes ausentes del problema de la conciliación.

#### **e. Ley General de la Seguridad Social**

En esta ley, para los casos de paternidad se exige al menos un tiempo de cotización mínimo<sup>546</sup>. Una vez más, los derechos de ciudadanía requieren ser previamente partícipe del mercado laboral.

#### **f. Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de especial Dependencia**

Al igual que se ha mencionado en el caso de la ley de conciliación, en esta ley se produce una discordancia entre el diagnóstico realizado en la exposición de motivos y el pronóstico incluido en el despliegue de la ley. Todavía más, ni siquiera parece mencionarse la necesidad de una mayor corresponsabilidad en los cuidados de las

---

<sup>545</sup> Más allá de la posibilidad de que la madre ceda parte de su permiso de maternidad al padre. Pero sigue siendo un derecho cuya titularidad recae en la madre y puede ceder al padre. Las estadísticas muestran que esto sucede en un porcentaje menor del dos por ciento y aun en estos casos no se tienen datos concretos sobre cuántos días efectivamente están disfrutando mujeres y hombres.

<sup>546</sup> Artículo 133 nonies. LGSS  
*Beneficiarios.*

*“Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.”*



personas dependientes, no parece ni siquiera un objetivo de promoción el que los hombres asuman también estas tareas.

A la luz de esta ley, el cuidado debería ser en la medida de lo posible una responsabilidad pública estatal y sino puede ser estatal, de las mujeres, que a lo sumo deben de ser protegidas y reconocidas.

### **g. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

La ley que regula las técnicas sobre reproducción asistida no se ocupa del concepto de paternidad directamente, pero tal y como se ha señalado en ocasión del concepto de maternidad, sí que la regulación legal sanciona un determinado concepto de paternidad dominante en nuestra sociedad. Y en el caso de la paternidad, incluso lo cita expresamente, cuando habla en varias ocasiones de la filiación de los hijos/as nacidos fruto de estas técnicas, o cuando habla sobre la posibilidad o no de investigar la paternidad biológica. Queda claro que la paternidad se admite como social y construida, aunque hoy en día los conocimientos científicos permiten en todo momento saber si la paternidad social se corresponde o no con la paternidad genética.

Pero las técnicas de reproducción asistida, y por lo tanto, también la legislación que las regula, unas veces refuerzan esta paternidad eminentemente social, a través de la admisión de la donación de gametos masculinos y preembriones de padres biológicos diferentes a la madre en la que serán implantados (artículo 5. Donantes y contratos de donación<sup>547</sup>) impidiendo que el padre legal de un hijo/a fruto de las técnicas de

---

<sup>547</sup> Artículo 5. Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida Donantes y contratos de donación.

*“1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.*

*2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.*

*3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.*

*Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.*

reproducción asistida pueda impugnar después la filiación de ese hijo/a<sup>548</sup> una vez dado el consentimiento del marido en el caso de que la mujer usuaria esté casada<sup>549</sup>, circunstancia que como se ha visto es controvertida.

---

*El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.*

*4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.*

*5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

*Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.*

*Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.*

*6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.*

*7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.*

*Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.*

*A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.*

*8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.”*

<sup>548</sup> Artículo 8. Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*Determinación legal de la filiación.*

La legislación española es una de las pocas leyes europeas que permite a mujeres solas someterse a técnicas de reproducción asistida sin una pareja al lado. En cambio si está casada sí que se exige el consentimiento del marido, ante la necesidad de adaptarse así a la jurisprudencia europea y de otros países occidentales donde se ha interpretado que no se puede obligar a nadie a ser padre en contra de su voluntad, y que esto supondría una vulneración de derechos fundamentales como la libertad o la dignidad. En otros países ha llegado a tribunales colisiones de derechos como los que se planteaban entre mujeres que querían que las implantaran óvulos congelados que habían sido fecundados con semen de su marido, pero del que posteriormente se habían separado o divorciado (Alkorta, 2006b).

Otras veces, se refuerza la importancia de la paternidad genética, como cuando se regulan todas las posibilidades de fecundación “post-mortem” del marido, inadmitiéndose en principio, salvo que el material reproductor ya esté dentro del cuerpo de la mujer, o que, previa voluntad escrita del marido se utilice durante los doce meses posteriores a su fallecimiento<sup>550</sup>.

---

*“1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”*

<sup>549</sup> Artículo 6. Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*Usuarios de las técnicas*

*“3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”*

<sup>550</sup> Artículo 9. Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
*Premoriencia del marido.*

*“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.*

*3. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.*

## **h. Leyes autonómicas de igualdad**

El análisis de las leyes autonómicas muestra que la figura de la paternidad, o las medidas dirigidas a los padres, no tienen el mismo peso que la maternidad y las medidas para las madres para conseguir ese objetivo de igualdad entre mujeres y hombres.

Las alusiones a los padres o a la paternidad no van más allá de medidas tendentes a ampliar o mejorar los permisos paternales (aunque tampoco constituyen grandes innovaciones) o medidas de apoyo y fomento de la corresponsabilidad para que los padres se impliquen en el cuidado de los menores. Pero en todo caso son medidas de apoyo y fomento sin mucha concreción ni carácter vinculante.

### **h.1 Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León**

Esta ley incluye medidas<sup>551</sup> dirigidas por primera vez a los hombres, en cuanto que padres, intentando fomentar la aplicación de figuras legales que ya existen en el ordenamiento jurídico tanto para madres como para padres. Pero la realidad nos muestra que “de facto”, son medidas para las madres, y que por lo tanto se convierten en obstáculos para la igualdad laboral de mujeres y hombres.

También es destacable medidas tendentes a fomentar esta posibilidad legal en el ámbito de las empresas privadas<sup>552</sup>.

---

*4. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”*

<sup>551</sup> Las medidas incluidas en el artículo 16.2 de la ley castellano-leonesa (“*incentivar que las bajas, permisos o excedencias por motivos de nacimiento de hijos o cuidado de familiares sean solicitados por el padre para facilitar la vida profesional de la mujer*”) y en el artículo 16.3 (“*promover la incorporación de los hombres a las tareas domésticas y responsabilidades familiares*”).

<sup>552</sup> Tal y como establece el artículo 16.7 (“*con el fin de fomentar el permiso parental compartido, las administraciones Públicas incentivarán, en la contratación y sus subvenciones, a las empresas que incluyan acciones tendentes a conseguir dicha finalidad*”).

## **h.2. Ley 12/2006, de 20 setembre, per a la Dona (Balears)**

El artículo 22 de la ley balear sobre permisos parentales también provee de medidas de fomento para que los hombres compartan la baja maternal, aunque las medidas de fomento sean campañas de sensibilización, e incentivación a las empresas y personal que estén al servicio de la administración balear.

## **h.3. Ley 12/2007, de 26 noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía**

Esta ley autonómica también reconoce un permiso de paternidad para el personal que trabaja en la administración andaluza de hasta cuatro semanas (artículo 40.1) y también estipula la posibilidad de que progenitores casados en matrimonios de personas del mismo sexo puedan tener el mismo permiso cuando no pudieran beneficiarse del permiso de parto, adopción y acogimiento con carácter general.



## CAPÍTULO 4 ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

En este capítulo se analiza el concepto de maternidad y paternidad, conciliación y cuidado desde una vertiente sociológica<sup>553</sup>. Para ello se utilizan las reflexiones que un grupo de mujeres, hombres, madres, padres, representantes de la administración pública, políticos/as y académicos/as hacen de estos conceptos en la sociedad española actual. El punto de vista de la ciudadanía<sup>554</sup> que este trabajo de campo nos ofrece, permite en último lugar, contrastarlo con el anterior análisis legal de los principales textos jurídicos de protección de la maternidad y la paternidad en el ámbito de la protección social y las técnicas de reproducción asistida. Así se podrán elaborar algunas conclusiones sobre si coincide la opinión de la ciudadanía con las finalidades perseguidas cuando se legisla sobre maternidad y paternidad, e identificar finalmente cuáles son los objetivos que el derecho persigue en estas legislaciones frente a las demandas e intereses de la sociedad.

### ***4.1. Opiniones de la ciudadanía sobre la maternidad***

#### **4.1.1. Madre, maternidad y paternidad**

A pesar de la sencillez e importancia de los conceptos clave de esta investigación, **madre, padre y maternidad, paternidad**, no siempre hay una definición clara y unánime de estos términos, y menos aún desde una vertiente legal. Prueba de ello son, como veremos a continuación, las dificultades con las que se encontrarán las personas entrevistadas para dar una definición sencilla de estos conceptos.

Tampoco los textos legales suelen ofrecer una definición de estas categorías jurídicas. No sólo porque los textos legales y las políticas públicas son reticentes en general a

---

<sup>553</sup> El orden de los diferentes apartados analizados responde a un criterio que comienza desde lo más sociológico hacia lo más jurídico, siguiendo igualmente el orden utilizado en los guiones de las entrevistas en profundidad del trabajo de campo.

<sup>554</sup> Ya se ha explicado en el capítulo primero de esta tesis cuando se indicaba la metodología sociológica elegida, el carácter representativo de la muestra escogida, siempre desde la representatividad limitada de la investigación cualitativa.

incluir definiciones, que restarían posibilidades a ese cuerpo legal a adaptarse a los cambios sociales y a nuevas formas de entender esas categorías legales por parte de la sociedad, sino porque a veces el legislador utiliza un determinado concepto presuponiendo que su significado es tan obvio y compartido su significado por el conjunto de la sociedad, que no es necesario definirlo.

Por ello, consideramos relevante recoger la definición que da la Real Academia de la Lengua Española a estos términos:

“Madre”

(Del lat. *mater*, *-tris*).

1. f. Hembra que ha parido.
2. f. Hembra respecto de su hijo o hijos.

(...)

5. f. Matriz en que se desarrolla el feto.”

“Padre”

(Del lat. *pater*, *-tris*).

1. m. Varón o macho que ha engendrado.
2. m. Varón o macho, respecto de sus hijos.

(...)

6. m. Origen, principio.

“Maternidad”

(De *materno*).

1. f. Estado o cualidad de madre.

“Paternidad”

(Del lat. *paternitas*, *-ātis*).

1. f. Cualidad de padre.

Es interesante que una de las acepciones del término madre haga alusión al órgano del cuerpo femenino receptor del óvulo fecundado, donde se produce la gestación, lo que remite a una connotación esencialmente biológica de la maternidad y de la categoría madre. En cambio, una de las acepciones del término padre se refiera al origen de las cosas, en una aplicación del carácter simbólico de la paternidad, como verdadero origen de la vida (y de las cosas).

Estas categorías no sólo tienen una definición biológica, sino un fuerte componente social, que las convierte en categorías variables en el tiempo. Prueba de ello es que a



lo largo de todo el trabajo de campo, las entrevistas realizadas reflejan **los cambios sociológicos que nutren estas categorías**. Cambios que a menudo no están sincronizados, y por lo tanto la complementariedad inicial entre madre y padre, maternidad y paternidad, se quiebra<sup>555</sup>:

Pero los cambios sobre las categorías mujer y hombre, maternidad y paternidad, no han dejado de evolucionar. Todas estas categorías están expuestas a profundas transformaciones hoy en día y provocan una serie de desencuentros de expectativas entre mujeres y hombres. La entrada de las mujeres al mercado laboral formal, y las nuevas relaciones de género que se establecen bajo supuestos de mayor igualdad entre hombres y mujeres, provocan nuevas formas de maternidad y paternidad. Aunque como Alberdi y Escario afirman (2007: 41): *“las nuevas formas de ser padre tienen su origen en la transformación de las mujeres”*. Es decir, muchas veces, los cambios sociales producidos en las mujeres de nuestra sociedad son los motores de transformación en el ejercicio de la paternidad de los hombres.

*“Las mujeres añoran tener a su lado a un hombre que aun no existe, el compañero igualitario que va a repartir con ellas todas las responsabilidades de la vida diaria; los hombres a su vez, añoran a mujeres que ya han dejado de existir, la esposa entregada que no exige nada y que espontáneamente soluciona todo lo doméstico sin apenas mencionarlo”* (Alberdi y Escario, 2007:222)

Los estudios que han analizado los modelos de maternidad y paternidad dominantes en nuestra sociedad, han puesto de manifiesto algunas contradicciones entre el modelo de maternidad ideal al que aspiran las mujeres en su mayoría, y la realidad que viven la mayoría de las familias. Sharon Hays, en su obra *“Las contradicciones culturales de la maternidad”* (1998:14-5) describe la existencia de **la ideología de la maternidad intensiva** y plantea esta contradicción en los siguientes términos:

- Por una parte está la ideología de la maternidad intensiva, dominante en las sociedades occidentales, que aconseja a las madres, y sólo a ellas, invertir una

---

<sup>555</sup> Otras investigaciones sociológicas con mujeres y hombres jóvenes también han ratificado que esos cambios no se dan de igual manera en los imaginarios masculinos y femeninos, porque mientras las mujeres han incorporado patrones típicamente masculinos en sus proyectos y aspiraciones de vida (por ejemplo tener éxito profesional, realizarse personalmente a través del trabajo), los hombres jóvenes siguen hablando de proyectos de vida prácticamente similares a sus padres (Torns y Moreno, 2009:106).

enorme cantidad de tiempo, dinero y energía al cuidado y educación de sus hijos/as.

- Y por otro lado, está la lógica de la búsqueda del máximo beneficio individual que impera en casi todas las esferas de nuestra sociedad capitalista donde cada individuo deberá buscar racionalmente el máximo beneficio y poder. Ésta es la lógica, por ejemplo, del mercado de trabajo.

Sin embargo un porcentaje cada vez más grande de mujeres partícipes de esta ideología de la maternidad intensiva, también trabajan fuera del hogar, ¿cómo concilian estas dos lógicas aparentemente contradictorias y excluyentes? La maternidad intensiva defiende unas relaciones humanas desinteresadas y donde prima la relación humana y la entrega; Propugna unas relaciones contrarias a las que triunfan en nuestro modelo económico capitalista y estatal, donde prima el comportamiento racional y utilitario (Hays, 1998:44). Estas contradicciones están muy presentes en los discursos de las madres y mujeres entrevistadas en esta investigación.

### **a. Maternidad biológica y maternidad social**

Una de las cuestiones importantes de la presente investigación era identificar a través de las entrevistas la definición de la maternidad social, y valorar la importancia que las personas entrevistadas daban al componente biológico o social de la maternidad.

Para entender el concepto social de maternidad y paternidad analizado a continuación a través de las entrevistas, es imprescindible recuperar **las contribuciones de la ciencia** que refuerzan un significado profundamente biológico de la maternidad. Tradicionalmente los teóricos de la evolución humana han asociado al hombre el papel tradicional de cazador y a la mujer la de recolectora. También siguiendo esta idea original de la evolución humana se explican muchas de las adaptaciones evolutivas del ser humano, como por ejemplo el uso de herramientas para cazar, que facilitó la posición erguida y bípeda.

Pero las críticas feministas también ha revisado esta teoría: fueron las mujeres las que desarrollaron las herramientas para poder acumular comida, porque estaban más hambrientas durante los periodos de embarazo y lactancia, y porque necesitaban

mayores cantidades de comida para alimentar a sus hijos/as (Longino y Doel, 1996:77).

Igualmente muchas de las investigaciones científicas han intentado demostrar el determinismo biológico de la identidad masculina y femenina. Prueba de ello, han sido todas las investigaciones centradas en demostrar la influencia de las hormonas sexuales, tanto en los rasgos fisiológicos distintivos de hombres y mujeres, como también en los comportamientos típicos de una mujer y un hombre<sup>556</sup>.

Lo que resulta más criticable es la evidencia científica que intenta demostrar la influencia de las hormonas sexuales en los comportamientos de mujeres y hombres. (Longino y Doell, 1996: 77-87). Estas autoras critican que los estudios que así lo han intentado demostrar se basan primero en evidencias que extraen de la experimentación directa con animales y de la observación en humanos. Pero los resultados en animales son difícilmente trasladables a conclusiones en los humanos. El cerebro humano es mucho más complejo que el de las ratas, además, las observaciones sobre humanos no toman en cuenta la posibilidad de influir en la determinación de comportamientos masculinos y femeninos de factores ambientales (la educación, la familia, la sociedad) que explican mucho más que la influencia hormonal, determinados comportamientos típicos de mujeres y hombres.

Incluso estas investigaciones buscan explicaciones fisiológicas más que ambientales para explicar determinados comportamientos típicos de hombres y mujeres, y detrás de esta búsqueda quizás se encuentra la necesidad de buscar una naturaleza humana biológicamente determinada que incluya diferentes comportamientos basados en el sexo, para así servir como legitimación de una realidad social y legal desigual para hombres y mujeres<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> Se ha demostrado la influencia de las hormonas sexuales en la determinación de sexo de los fetos humanos, ya que la exposición a los andrógenos a partir del tercero y cuarto mes de la vida del feto determina el desarrollo del sistema reproductor masculino, primero de manera interna y luego externa. La ausencia de exposición a andrógenos hace que el feto desarrolle órganos reproductivos femeninos (Nebot-Cegarra, 2007).

<sup>557</sup> La categoría “mamíferos” realizada por Linnaeus en 1758, tomaba uno de los órganos reproductivos femeninos como criterio clasificador (la mama), pero esto no significaba una mayor valoración del sexo femenino en el orden natural de la época. Continuaba una larga tradición histórica que desde Platón y Aristóteles se consideraba a las mujeres seres inferiores a los hombres, una especie inferior más cercana a los animales que al “homo sapiens”, una especie en cambio dotada de razón. De hecho, la existencia de las mamas y la capacidad de amamantar a sus criaturas es una prueba de que las mujeres estaban más cerca de los animales

Pero los seres humanos se definen como los únicos seres cuya sexualidad está libre de la determinación hormonal, que en cambio, se cree y se supone estrictamente determinada por las hormonas en el resto de los seres vivos. A pesar de ello, también cuando se estudia la evolución de la sexualidad femenina, enseguida se utilizan argumentos que conectan estrechamente sexualidad y reproducción (Lloyd, 1996: 94).

Como explica Tubert (1991:263), los excesos de determinismo biológico, que enfatizan el carácter animal del hombre, y su condición de mamífero como característica más importante, llevan a la abolición del hombre y a todo aquello que diferencia al hombre del animal como es la cultura, el lenguaje, el arte, y las instituciones<sup>558</sup>.

A lo largo de la presente tesis, se subraya como una de las conclusiones de la investigación, la importancia de la ideología que defiende la existencia de un **instinto maternal**, y todas las consecuencias que la creencia sobre este instinto maternal determinado biológicamente tiene en la maternidad de las mujeres: la especial vinculación madre y bebé en los primeros años de vida del bebé, la inclinación natural de las mujeres hacia los cuidados, el componente biológico de la asunción de determinadas tareas por parte de las mujeres que legitima la división sexual del trabajo, etc.

Todas estas asunciones que están presentes tanto en el análisis legal, como en algunas de las sentencias analizadas y ahora en buena parte del trabajo de campo, tienen también una explicación en el determinismo biológico, en el carácter natural de la maternidad femenina, y en la sujeción del comportamiento masculino y femenino a la influencia hormonal.

También muchas veces, los argumentos que subyacen a estas explicaciones de determinismo biológico son relacionados con las teorías evolutivas darwinianas, y en consecuencia, se presentan muchos comportamientos típicamente masculinos o

---

que de los hombres (Schiebinger, 1996:144-148). El término mamífero ha ayudado a legitimar la división sexual del trabajo en Europa, al enfatizar cuánto de natural tiene el hecho de que el sexo femenino amamante y cuide a sus criaturas.

<sup>558</sup> A pesar de ello, la creencia en un fuerte determinismo biológico de la maternidad y la paternidad, es una característica común y constante en las opiniones de los padres y hombres entrevistados, tal y como se irá viendo en detalle.

femeninos como un resultado de la adaptación humana según la teoría de la evolución.

Sorprende el peso que sigue teniendo el determinismo biológico a la hora de explicar las diferencias de tratamiento social y legal de hombres y mujeres en nuestra sociedad. Salvando las distancias, a veces este tipo de posicionamientos recuerdan a otros intentos históricos de fundamentar tratamientos legales diferenciados apoyándose en argumentos biologicistas, como se hizo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX con la Escuela Criminológica positivista<sup>559</sup>, o cuando se defendía la licitud de la esclavitud argumentando la inferioridad natural y biológica de la raza negra.

También **la medicina** contribuye a definir el concepto actual de maternidad. Uno de los ejemplos lo constituyen los debates actuales sobre embarazo, parto y maternidad, donde desaparecen los sujetos. El feto representa la vida sagrada, y la madre es un simple contenedor que nutre esa vida<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> La escuela de la antropología criminal de Lombroso y Ferri afianzó el positivismo penal y penitenciario a finales del siglo XIX a través de toda una suerte de estudios empíricos que demostraban que la condición criminal venía dada de características físicas y mentales de las personas. Los criminales eran personas anormales, en estadios primitivos de evolución y enfermos, susceptibles por tanto de confinamiento y tratamiento como pacientes.

<sup>560</sup> Pitch (2003:28-30) pone como ejemplo la introducción y generalización de la ecografía, como avance científico que permite realizar un mejor seguimiento médico del embarazo y del correcto crecimiento del feto. Aún reconociendo los avances de la ecografía (ha permitido una mayor capacidad de elección de las mujeres, también ha facilitado una mayor implicación de los padres) también apunta a posibles peligros:

- Produce a veces la desvinculación simbólica del feto del cuerpo de la madre. El feto pasa a ser sujeto autónomo, y la madre es tan sólo un cuerpo que funciona como contexto, como ambiente del feto.
- También puede ayudar a consagrar la supremacía del conocimiento científico obtenido por la vista, consecuencia de un pensamiento político y científico empírico que comienza en el siglo XIX y que excluye a las mujeres como sujetos sólo intuitivos, irracionales, emocionales.
- A veces permite visibilizar la madre como “ambiente” del feto o como antagonista del feto. Ejemplo de ello es la crítica a aquellas mujeres con estilos de vida perjudiciales para el feto (mujeres que son juzgadas como “malas madres” porque durante el embarazo consumen drogas, alcohol, etc.)

## **b. Ideal materno**

A continuación se analiza el ideal materno que predomina en la ciudadanía, utilizando las definiciones que madres, padres, mujeres y hombres proporcionan sobre el significado de madre y maternidad.

En las entrevistas realizadas, las madres y mujeres describen lo **qué es una madre o ser madre**, de acuerdo al rol imperante en nuestra sociedad, en el que la maternidad supone la máxima realización a la que una mujer puede aspirar. La socialización de hombres y mujeres es diferente, y también con lo que respecta a su paternidad. Las mujeres han sido socializadas para ser madres en un futuro como un hito imprescindible en sus vidas para alcanzar la etapa adulta y configurarse como mujeres (Cowan y Cowan, 2000). De ahí que las mujeres en general, y como resultado de estos procesos de socialización diferenciada estén más preparadas y ponen más medios para afrontar la maternidad, y esto facilita su identificación con el rol de madres (Menéndez e Hidalgo, 2003:95).

Algunas de las madres entrevistadas se hacen eco de este ideal materno:

*“Para mí ha sido muy importante, es una realización muy grande como persona”  
(Carlota-M1)*

*“Pues te diría que es la experiencia más grande que he vivido. Es muy complicada, es muy difícil, pero bueno” (Isabel – M8)*

*“Ser madre es el amor, es el cuidado” (Celia – M7)*

*“Madre sólo hay una...es un punto de referencia, quien te quiere sin condiciones, y lo da todo por un hijo” (Ana-M10)*

Como otras investigaciones con mujeres y hombres jóvenes también muestran, a pesar de que los y las jóvenes se reconocen como iguales, la maternidad sigue siendo para las mujeres jóvenes uno de los pocos espacios de poder y reconocimiento femenino en nuestra sociedad, sobre todo en un contexto social de baja natalidad (Torns y Moreno, 2008:110).

Además esa máxima realización como mujer no puede competir con ningún otro objetivo vital de la mujer, porque entonces sería una mala madre, una mala mujer<sup>561</sup>. Una de las madres entrevistadas deja así claro que su prioridad absoluta y se disculpa casi de tener aspiraciones personales y profesionales que van más allá de la maternidad<sup>562</sup>:

*“Lo es todo. Bueno todo...todo no porque también soy ambiciosa y también pienso en desarrollarme como persona, pero para mí, ahora, mi prioridad son mis hijos, por lo tanto, lo es todo” (Patricia – M2)*

Muchas de las madres entrevistadas siempre tuvieron claro que querían ser madres. Obviamente la maternidad como una característica inherente de la condición femenina las lleva a pensar que su deseo de ser madres responde a una inclinación natural por el simple hecho de ser mujer.

*“Yo creo que siempre ha querido. Siempre he pensado que los tendría y a partir de cierta edad quería tener hijos porque cuando yo me casé a los 32-33 y a los 27-28 estaba ya preocupada porque no tenía pareja, no podría tener hijos” (Carla-M4)*

*“Siempre quise ser madre” (Lucía-M6)*

*“La verdad es que no me planteaba no serlo” (Isabel – M8)*

*“Nunca he pensado que no quisiera serlo” (Carlota-M10)*

De esta inclinación natural a la maternidad que se presupone de toda mujer, basada en la condición biológica femenina, después se deduce su también inclinación natural hacia los cuidados. El binomio instinto maternal – cuidados aparece así fuertemente implantado en la ideología de muchos de los hombres y mujeres entrevistados.

*“Nadie discute que el momento y la decisión de tener criaturas, supone implícitamente o explícitamente que las mujeres van a ser las responsables principales de su cuidado. Ellas sienten, a diferencia de sus parejas, que dicha decisión forma parte fundamental*

---

<sup>561</sup> Debido a estos procesos de socialización diferentes para hombres y mujeres, para ellos, el hecho de convertirse en padres es importante en la construcción de su identidad personal, pero para las mujeres su papel de madres es central (Menendez e Hidalgo, 2003).

<sup>562</sup> La ambición profesional se convierte en un adjetivo negativo para las mujeres y en algo positivo para los hombres debido a la maternidad.

*de la construcción de su identidad personal y de su proyecto de vida” (Torns y Moreno, 2008:110).*

Además para algunas de estas mujeres, el género y la etnia convierten la maternidad en la única categoría de mujer posible:

*“Las mujeres gitanas estaban limitadas a ser madres...en mi cultura más te marca el estatus social si eres madre o no eres madre en todos los ámbitos” (Tere - X5)*

Tanto las mujeres que han optado por no ser madres, como los hombres y los padres comparten una definición de qué es ser madre o qué es una madre, con un fuerte componente biológico. Es destacable que el fundamento biológico sea más frecuente entre los hombres, sean padres o no, que entre las mujeres.

*“Biológicamente no hay ninguna duda sobre lo que es y socialmente puede tener diferentes significados, depende de la sociedad pero en esencia una madre es la persona que da a luz a un individuo y, en general quien lo educa durante su infancia” (Joan – P1)*

*“Dice el diccionario de la RAE la madre es la que procrea... creo que madre está más referido a un concepto biológico” (Nuria - X3)*

*“Es obvio: una madre es una señora con hijos” (Pedro –P6)*

*“Pues la señora que da a luz a los chiquillos” (Alex - P8)*

*“Es la madre biológica, realmente quien tiene el parto y cría a los hijos después” (David – P2)*

Y sobre todo los padres destacan la función de pilar primordial de la madre en la constitución de la familia, así como de sus definiciones de madre se desprende que ellas son quienes llevan la mayor responsabilidad en el cuidado y educación de los hijos/as. Se produce una identificación, por tanto, entre la maternidad y el ejercicio de los cuidados, cuidados que como se ha visto a lo largo de este trabajo van más allá del mero trabajo doméstico (entendido como las tareas básicas de supervivencia humana que hacen referencia a la comida, el vestido y la higiene), y comprenden todas las



tareas diarias materiales y también afectivas para hacer posible la supervivencia de las personas a lo largo de todo el ciclo vital<sup>563</sup>.

*“Es el referente para formar una familia, la que tiene el peso más grande en la educación de los hijos y, sobre todo, educación y trato y llevar al niño...yo creo que sigue siendo su responsabilidad... Todos queremos cooperar más y damos ayuda, pero vamos, es el referente en la familia para tener hijos y para toda la vida (...) las madres son madres y son las que cuidan realmente más al hijo y el padre, no es que sobre, el padre es necesario pero, mira...” (Antonio – P4)*

*“Para mí el papel de la madre es muy importante, básicamente porque vengo de una familia de padres separados” (Juan – P5)*

*“Una madre...es una mujer, que cría a su hijo, que debe criar a su hijo, o también tendría que cuidarlo, y educarlo para que fuera un buen ciudadano” (Adrian - Y2)*

*“Una madre?: la mujer que tiene un hijo y cuida de él” (Luis - Y3)*

*“Una mujer que normalmente pare, pero no necesariamente, pero que cría, que cuida y educa a unos niños” (Marc – P3)*

Para muchas mujeres madre es una categoría existencial de las mujeres que abarca desde el momento en que se quedan embarazadas hasta que se mueren y para casi todos los padres entrevistados/as<sup>564</sup>. Esto tiene consecuencias en la responsabilidad después sobre los cuidados de las criaturas. Las madres tienen una responsabilidad moral rígida sobre los cuidados de esos niños/as, con una disponibilidad completa,

---

<sup>563</sup> Son numerosas las autoras que han reflexionado sobre el significado de los cuidados y su consideración o no como trabajo: Balbo, 1987; Benería, 1987; Carrasco et al, 2004; Torns, 2001; 2005; 2008, por citar sólo algunos ejemplos. Nos interesa recordar la definición de cuidados que hace Torns (2008:58) como una actividad que tiene su escenario físico y simbólico en la familia, y que implica en general proporcionar bienestar cotidiano a los miembros del núcleo familiar, y en especial, hacer posible la disponibilidad laboral de los sujetos masculinos de ese hogar. Torns subraya que en estas actividades de cuidado se incluyen tanto *“las tareas relacionadas con la gestión y organización del hogar y el núcleo familiar”* como *“las tareas de mediación (emocionales o entre los servicios y la familia)”* y *“las tareas de reprentación conyugal”*. Esta autora sintetiza que el denominador común de estas actividades del cuidado es que las mujeres las desempeñan de manera mayoritaria, y están enmarcadas en relaciones de subordinación, y sobre todo, que son tareas de las que los hombres están mayoritariamente ausentes, y estas ausencias *“cuentan con un amplio consenso y prestigio social”*.

<sup>564</sup> *“La mujer siempre es madre mientras que el hombre es padre cuando puede o quiere”* (Torns y Moreno, 2008:111).

como referente diario del bienestar de esos menores. Mientras que los padres pueden decidir cuando se dedican a los cuidados de sus hijos/as, que suele ser al final de su jornada laboral, durante las tardes y/o noches, o durante los fines de semana (Torns y Moreno, 2008:111).

*“Yo creo que es para toda la vida” (Patricia – M2)*

*“Pasan de ser casadas, o simplemente mujeres, a ser madres. Es nuestra manera de vernos a nosotras mismas” (Leire - X1)*

*“Quizás la maternidad sería todo el tiempo de una vida de cuando una mujer tiene hijos. O sea, desde que tiene el primer hijo hasta que se muere” (Oscar - Y1)*

*“Para mí ser madre es estar por mis hijos y llevar mi casa. Estar por mis hijos, que no les falte nada... porque el cabeza de familia es el marido, es él el que trabaja” (María – M9)*

De esta manera parece que la maternidad alude a un estado o cualidad, en conexión con ese significado de madre como una forma de ser mujer (o la única forma de ser mujer completa) mientras que padre sólo es una cualidad añadida a la categoría de hombre, que tiene por sí mismo significado propio.

El concepto de **maternidad**<sup>565</sup> se entiende como el periodo que abarca el embarazo, parto y lactancia de las mujeres, coincidiendo casi la puesta en práctica o implementación de esta potencial fertilidad de las mujeres en una determinada edad.

*“Maternidad la asociamos más...socialmente se asocia más al periodo en que los niños son pequeños. Y madre quizás es más para toda la vida” (Ana-M10)*

*“Maternidad...pues todo el embarazo, la baja de maternidad y el cuidado y tal...hasta que el niño tiene ya cierta autonomía” (Antonio – P4)*

*“El periodo después de haber tenido un hijo. O quizás desde que estás embarazada hasta que pasan 10 meses o así. En el sentido también que yo entiendo de que a veces lo relaciono con el permiso de maternidad” (Oscar - Y1)*

---

<sup>565</sup> En las entrevistas realizadas en el trabajo de campo se preguntaba de forma diferenciada por la definición de madre y de maternidad, ya que en general, el concepto de madre está más asociado a una definición biológica del hecho de ser madre, mientras que la maternidad tenía un significado más legal de la experiencia maternal.

Esta definición de la maternidad basada en un componente biológico es importante, como se ha podido constatar en el análisis previo de las leyes y la jurisprudencia. Cuando estas leyes abordan alguna dimensión de la maternidad se basan en estos argumentos de determinismo biológico, y como señala esta representante de la administración pública la fundamentación biológica está muy presente en nuestra sociedad y leyes, y es necesario cambiar esta percepción:

*“Legislativamente hemos de empezar a dejar de hablar de madres en tanto que progenitora biológica. Y esto tiene unos efectos en muchos ámbitos de la vida de una madre que se tiene que revisar: código civil, función pública, legislación laboral, legislación social en el ámbito de la seguridad social...”(Representante Generalitat - AP2)*

Una consecuencia más de esta concepción de la maternidad es, por ejemplo, la extendida creencia de la importancia de la relación y la proximidad madre e hijo/a en el desarrollo de la personalidad de la criatura. La teoría del vínculo o del apego, que demostró la importancia del vínculo madre e hijos/as en el desarrollo de los hijos/as está muy presente (Hays, 1998:84).

Esta teoría del apego fue introducida por el psicoanalista británico John Bowlby<sup>566</sup>, que considera esencial para el desarrollo y salud mental del bebé el contacto continuo entre la madre y el bebé, o sustituto materno equivalente<sup>567</sup>.

Consecuencia de esta teoría, la actitud maternal natural y esperable es una disponibilidad constante y permanente a las necesidades del bebé, y se espera que las preocupaciones de una buena madre tan sólo se centren en esta nueva criatura, considerándose anormal, cualquier interferencia de otro interés. Como señalan Cresson y Romito (1993:48), se predicen de una buena madre características que en otras situaciones se considerarían patológicas<sup>568</sup>.

---

<sup>566</sup> John Bowlby (1951): *Maternal Care & Mental Health*, 2ª edición, serie 2, Ginebra, OMS.

<sup>567</sup> En cambio él fue criado como un niño más de las clases altas inglesas en manos de nodrizas e institutrices.

<sup>568</sup> Como pueden ser la obsesión por la vida de otra persona, la dependencia emocional hacia otro ser, el aplazamiento de cualquier interés u objetivo vital diferente a los intereses y la suerte de otra persona, etc.

La teoría del apego (“bondity theory”) fue una de las corrientes de pensamiento que apoyó que las mujeres volvieran al hogar tras la segunda Guerra Mundial y abandonaran el mercado de trabajo<sup>569</sup>.

Consecuencia de esta teoría del apego, es el estigma social que reciben las madres que no dedican todo su tiempo y energías a los cuidados del bebé. La acuñación del término “deprivación materna” por John Bowlby influyó en que se confundiera toda separación de la madre y el hijo/a con un abandono. Bowlby aseguraba que la deprivación maternal retrasaba el desarrollo físico, intelectual y social del niño/a. Aunque madres e hijos/as pueden que se separen por un abanico muy amplio de razones económicas o sociales, la ausencia maternal se interpreta como un abandono y no como una separación (Sanger, 1995:28)<sup>570</sup>.

Pero este papel predominante del vínculo queda relegado normalmente al de la madre con sus hijos/as<sup>571</sup>. De ahí, que algunas de las personas entrevistadas subrayen la mayor importancia de la maternidad frente a la paternidad, ya que lo que está en juego es también la protección de este vínculo madre e hijo/a, y entre estas personas, algunas de las representantes políticas:

*“Yo creo que la maternidad conforma una situación, no te diría yo más importante que la paternidad, en absoluto, pero distinta porque de alguna manera hay ahí una trabazón madre-hijo” (Diputada Congreso - PP1)*

*“El hecho de separar a los niños de muy corta edad de sus madres, esto no es sano, no es correcto, y está demostrado psicológicamente que un niño que lo separas del*

---

<sup>569</sup> Las mujeres siempre han trabajado pero entran de manera masiva en el mercado laboral formal con la Revolución Industrial (sobre todo las mujeres de clases sociales bajas). En los periodos de guerras mundiales, las mujeres en general se incorporaron al mercado de trabajo porque ellas se convertían en las cabezas de familia ante la ausencia de sus maridos y padres en el frente. Además había una importante demanda de mano de obra en todo un conjunto de sectores económicos relacionados con el conflicto bélico: industria de armamentos y sanidad. Tras finalizar el conflicto bélico mundial, se necesitaba que las mujeres regresaran en la medida de lo posible al hogar, a sus roles de madres y esposas, y dejaran el trabajo asalariado a los hombres. Ver en este sentido las reflexiones de Friedan (1984) en Estados Unidos o Nash (2004), Borderías (2009) y Folguera (1988) en Europa y España.

<sup>570</sup> A diferencia por supuesto de lo que se entiende por la ausencia paterna.

<sup>571</sup> Las teorías del apego no prestan excesiva atención a la figura del padre, ni parece ser esta una persona imprescindible en el desarrollo psicológico del niño/a.

*padre, evidentemente tiene una carencia, pero que no se puede comparar con la carencia que tiene un niño cuando lo separas de la madre” (Diputada Congreso - PP1)*

*“El hijo necesita a su madre, que no vale otra persona” (Celia – M7)*

### **c. Función social de la maternidad**

Algunas de las madres entrevistadas subrayan la función social de la maternidad, el beneficio que las madres aportan al resto de la sociedad por el hecho de traer al mundo una nueva vida, o incluso subrayan como esta dimensión colectiva de la maternidad no se corresponde con la visión puramente individualista que la sociedad tiene sobre la maternidad, un asunto que sólo compete a la madre que ha decidido tener un hijo/a<sup>572</sup>:

*“Es una función social, qué quieres que te diga, estamos haciendo un trabajo social brutal” (Lucía-M6)*

*“Socialmente aún no se ha aceptado la maternidad como un hecho normal y que ha de ser apoyado socialmente y por las empresas y todo... como no una ayuda personal a las mujeres, sino a la sociedad en general” (Ana-M10)*

Dentro de esta función social sólo las madres subrayan que la maternidad va más allá del hecho puramente biológico de parir un bebé. La maternidad va mucho más allá de la mera reproducción biológica, porque lo más importante no es la gestación y el parto, sino la tarea social, cultural y ética de hacer viable un nuevo ser humano. Si que es verdad que la maternidad es un resultado de una relación privada entre sujetos, pero su proyección es más bien pública, ya que el resultado final, el hijo/a, se convertirá en un nuevo miembro de la comunidad, de lo público (Tubert, 1996:10).

*“La maternidad para mí es estar y acompañar a ese menor mientras está creciendo y cuidarle y responsabilizarte y quererle y todo” (Sara-M3)*

La mayoría de las madres y mujeres entrevistadas y casi todos los padres y hombres tendían a concebir “la madre” como la persona que biológicamente da a luz al hijo/a.

---

<sup>572</sup> Las leyes sobre maternidad responden como se ha visto a esta concepción individualista de la maternidad. La LOIEMH es la primera ley quizás que habla por primera vez de una responsabilidad social y colectiva sobre las consecuencias de la maternidad (tal y como se ha analizado en su artículo 14.7)

En cambio, el concepto de maternidad es más amplio y parece que incluye una definición más social de lo que significa ser madre, por lo tanto, y aunque constituyen excepciones entre las personas entrevistadas, algunas, especialmente madres, aluden a la posibilidad de la maternidad por adopción, como una maternidad más, y en sus descripciones entran en contradicción con la propia existencia de ese instinto maternal fruto del nexo biológico entre la madre y la criatura:

*“Creo que necesitar de la madre es mejor que la tengan a que no la tengan, pero obviamente para eso somos sustituibles, yo creo....¿Qué si la madre fallece en un accidente? Puede ser sustituida en todos los cuidado de crianza y tal por otro” (Ana-M10).*

*“Todavía hay gente que tiene la cosa que si no es biológico es como su no fuese hijo tuyo” (Celia-M7)*

Las madres entrevistadas destacan una vez más la presión social que el rol materno opera en las mujeres. El ser madre es una etapa obligada de cualquier mujer, que ha de cumplir en un momento determinado de su vida y que implica muchas veces su entrada en la madurez y el mayor logro (sino el único) de realización personal<sup>573</sup>:

*“Todavía es visto como el estereotipo del rol social de, bueno, si ya has estudiado, ya te has casado, ahora te toca tener hijos, o si tienes el primero, ya te toca el segundo” (Ana-M10)*

*“En lo social, a una mujer sin hijos representa más un ser anómalo, por decirlo de alguna manera, que no una mujer con hijos, porque está haciendo lo que toca” (Martina - X2)*

---

<sup>573</sup> Desde la psicología se ha investigado la influencia que tienen los imaginarios sociales sobre lo que significa ser adulto en nuestra sociedad, y el peso que la maternidad y la paternidad juegan en esa definición de la etapa adulta de las personas, como señalan Menéndez e Hidalgo, (2003:82): *“los papeles definitorios de la etapa adulta, por su carácter normativo o cuasi normativo, funcionan como auténticas demandas o imperativos sociales, como “relojes sociales” que van delimitando lo que se espera de la persona al llegar a cierta edad, de forma que desempeñan un importante papel en la construcción y definición social del yo”*.

#### **d. El lado oscuro de la maternidad**

Pero no todo son alegrías y sentimientos positivos en torno a la maternidad, muchas de las madres entrevistadas también expresan en numerosas ocasiones las partes negativas de su maternidad con culpa: el cansancio, la falta de libertad, sus renunciadas profesionales, la desilusión en el papel desempeñado por sus parejas como padres, etc<sup>574</sup>. Pero aún así, las mujeres entienden que estas partes negativas son parte de su amor por sus hijos/as y sus parejas, resultado de la ideología de la división sexual del trabajo y del mito del amor romántico, y por tanto, no hay tanto enfado o deseos de cambio, sino simplemente resignación.

Estos sentimientos son también el resultado del proceso diferencial de socialización de hombres y mujeres en nuestra sociedad, ya que las mujeres han sido socializadas en la idea de que su rol como madres es central en sus vidas, y por lo tanto, el desempeño de cualquier actividad (incluida el trabajo remunerado) que pueda suponer un obstáculo a este papel de buena madre, lo viven como una insatisfacción permanente<sup>575</sup>.

*“Significa perder autonomía, porque estás todo el día pendiente de los niños, y pierdes tu intimidad y tu espacio, pero para mí es totalmente...lo sacrifico con todo el gusto del mundo, no lo cambiaría por nada” (Carla-M4)*

*“La forma de proyectarte el futuro, siempre decía que podía tomar decisiones de girar 180 grados o 360 de un día para otro y me sentía muy valiente de tomar decisiones así y creo que con un hijo, que es mi caso, no tomas decisiones así tan a lo loco ni tan libremente” (Ana-M10).*

*“Esta situación de presión psicológica de que tú te levantas a las 8 de la mañana y hasta las 9 o las 10 que llega tu marido estás con los bebés en casa” (Carlota-M1)*

*“La renuncia a la formación, sí, pero lo he cubierto con una formación por cuenta propia, con muchas horas de trabajo y sometiendo mi descanso personal a agravio permanente” (Lucía – M6)*

---

<sup>574</sup> En otras investigaciones cualitativas con madres de bebés (Cresson y Romito, 1993: 35-39) se subraya las consecuencias en la salud mental y el bienestar psicológico de las madres la negación que ellas mismas, sus parejas y la sociedad en general hace del trabajo de cuidados.

<sup>575</sup> Esta insatisfacción de las madres trabajadoras ha sido constatado ampliamente en la literatura de la psicología (Hidalgo, 1998; Amstey y Whitcbourne, 1988).

*“En la mayoría de las parejas no hay igualdad, siempre nos toca tirar a nosotras, entonces yo pienso que muchas se echan atrás, aún siendo muchísimo más válidas que los maridos por tirar de la familia ellas” (Daniela-M5)*

Una explicación ante esta resignación y la ausencia de deseos de cambio es que intentar modificar esta situación implicaría muchas veces cuestionar la importancia y el papel que la maternidad juega en sus vidas. La ideología de la maternidad como resultado de un instinto maternal, y la socialización en un rol de género donde domina la función primordial de la maternidad, son cuestiones demasiado fuertes en su identidad como mujeres para ponerlas en tela de juicio<sup>576</sup>.

Además la mayoría de las madres no podrían plantearse ser madres sin un padre, marido y pareja al lado, con quien compartir las responsabilidades económicas y de cuidado que implica tener hijos/as en nuestra sociedad. Las mujeres tienen en general una posición laboral y económica inferior a los hombres, y la estructura social y laboral hacen prácticamente imposible responsabilizarse de los hijos/as ellas solas. Por lo tanto, rebelarse ante esta situación, exigiría pagar un alto precio que las mujeres no están dispuestas a arriesgar.

Estos sentimientos de las mujeres deben entenderse en el contexto de los cambios que la institución familiar ha tenido, lo que algunos autores llaman la postmodernización de la familia (Meil, 2002:70). Con ello se alude al proceso por el que el modelo de familia tradicional (como proyecto de vida público, con una fuerte división sexual del trabajo y de los roles de género) pasa a un modelo postmoderno de familia caracterizado por la pérdida de legitimidad del control social sobre la familia y la progresiva individualización de los proyectos vitales de sus miembros. Esta familia postmoderna se caracteriza entonces por la emergencia de valores individualistas y de autonomía personal, descenso de la natalidad, incorporación de la mujer en el mercado de trabajo e incremento de rupturas matrimoniales<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Cuestionar cómo viven la maternidad implicaría o renunciar a tener hijos/as, o ejercer la maternidad ellas solas, desde el inicio o después de una separación o divorcio, situación ésta última tremendamente compleja y difícil dadas las características sociales, culturales y económicas de nuestra estructura social y laboral.

<sup>577</sup> Las mujeres dentro de esta familia postmoderna tienen proyectos individuales de realización profesional y personal, gozan de una mayor autonomía a la hora de tomar decisiones sobre su vida y no se sienten controladas o presionadas por las familias como en el pasado. Pero sus proyectos, deseos o experiencias sobre la maternidad no siempre se corresponden con esas características de individualización de la familia postmoderna. Puede que la decisión sobre si es



Estos sentimientos de cansancio, frustración y culpa son una consecuencia de las tensiones que las madres viven al intentar compaginar dos mundos completamente contrapuestos: el mercado de trabajo donde prima la lógica de la obtención de beneficio y el mundo familiar donde domina la lógica del bienestar de las personas<sup>578</sup>. La organización de nuestra sociedad está basada en las exigencias del mercado de trabajo, y por lo tanto el papel de las mujeres es ocuparse de manera invisible de los trabajos de cuidado.

*“Los mercados se han erigido en el epicentro de la estructura socioeconómica, implicando la negación de una responsabilidad social en la sostenibilidad de la vida. Esta responsabilidad, que alguien debe asumir y en algún lugar ha de recaer para que la vida continúe, ha sido relegada a las esferas invisibilizadas de la economía, donde se absorben las tensiones y el conflicto es socialmente aceptable al permanecer oculto”* (Orozco, 2006:18).

Este sentimiento de culpa viene corroborado por las opiniones recogidas en grandes encuestas de opinión social, como el estudio “Conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas”<sup>579</sup>, de donde se extrae el siguiente cuadro:

**Consideraciones sobre quién debe abandonar la ocupación. Frecuencias generales<sup>580</sup>**

	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>	<b>Familiar más directo</b>	<b>El que gane menos</b>	<b>Ninguno de los dos</b>	<b>Otros</b>
Después de casarse	0,4	17,5	0,0	10,2	59,3	1,5
Tras tener su primer hijo/a	0,6	<b>45,8</b>	0,0	6,4	33,2	1,2

madre o no, sí que es una decisión bastante individual y autónoma (de ahí el descenso de la natalidad) pero las consecuencias y la responsabilidad sobre la maternidad poco o nada han cambiado en esta familia postmoderna.

<sup>578</sup> Es especialmente significativo que el ser madre y continuar trabajando a tiempo completo, ha sido tradicionalmente una de las principales fuentes de culpabilidad de las mujeres, que se autoinculpan de ser demasiado egoístas como para anteponer sus intereses personales a los intereses de sus hijos/as.

<sup>579</sup> Instituto de la Mujer, 2004.

<sup>580</sup> Fuente: Encuesta población laboral. Base: total muestra.

Mientras los hijos/as sean pequeños	0,6	<b>40,4</b>	0,0	6,3	32,8	1,1
Para el cuidado de un familiar enfermo	0,9	21,3	20,4	5,6	16,4	3,0

Esta encuesta nos muestra como la ciudadanía (hombres y mujeres) siguen pensando en porcentajes importantes que la maternidad y el trabajo en el mercado formal son incompatibles, que corresponde a la mujer las responsabilidades del cuidado durante los primeros años de vida del bebé, y que es de especial importancia el vínculo madre-bebé.

La pervivencia de esta ideología como algunas autoras subrayan (Borderías, 1993; Carrasco, 2001, 2006; Orozco, 2006) es también una necesidad del sistema capitalista y la organización actual del mercado de trabajo que necesita de la pervivencia de la división sexual del trabajo, de la exaltación del instinto maternal, para seguir atribuyendo a las mujeres la responsabilidad (invisible como se ha visto) de los cuidados en la sociedad. Las mujeres viven esa doble invisibilidad, olvidando su trabajo asalariado cuando están en el hogar para no fallar como madres y esposas, y escondiendo su papel de madres en el mercado laboral para cumplir con las exigencias del trabajo asalariado.

Esta no es una cuestión que esté cambiando, o que vaya a cambiar en un futuro cercano, tal y como se extrae en estudios sobre la opinión de la Juventud<sup>581</sup>, donde todavía aparece este sentimiento de culpa de querer compaginar trabajo y familia con gran fuerza, tal y como refleja alguna de las representantes de la administración entrevistadas:

*“Más del 60% de las chicas (Encuesta sobre la Juventud española) se sienten culpables si tienen un hijo y siguen trabajando. Siguen manteniendo ese sentimiento de culpabilidad de si tengo un hijo no he de conciliar la maternidad con el empleo. Este sentimiento de responsabilidad y de culpabilidad que más del 60% de chavalas jóvenes tienen significa que estamos avanzando poco en la cuestión de la cultura social y de los valores.” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

---

<sup>581</sup> Andréu López Blasco, German Gil Rodríguez, Almudena Moreno Mínguez, Domingo Comas, M<sup>a</sup> Jesús Funes y Sonia Parella (2008): *Informe Juventud en España 2008*.

Como reflejo de estas contradicciones que suponen por un lado, profundos cambios familiares y laborales, y por otro lado, la pervivencia de un modelo de maternidad que permanece en el pasado. Algunas de las madres entrevistadas incluso se atreven a evidenciar las contradicciones que supone vivir una maternidad muy diferente a ese ideal de maternidad en el que te había educado desde pequeña:

*“Yo cuando no era madre quise ser madre, siendo madre he admitido que hay algo de ser madre que no me gustó ... nos movemos en una versión romántica, casi abstracta de la maternidad, que hasta que no eres madre no baja a lo terrenal...es como una estafa social, yo creo: la versión en la que te seduce no es luego la que el día a día te plantea” (Lucía – M6)*

*“La maternidad es la que hablan como un deseo irrefrenable de la mujer que le lleva a un estado de gozo existencial absoluto” (Lucía – M6)*

Para poder predecir si estos sentimientos contradictorios de las mujeres actuales sobre su experiencia de la maternidad, provocarán futuros cambios sociales, es importante prestar atención a la experiencia de la maternidad de las mujeres más jóvenes. Cuando se describen los cambios en la maternidad de las mujeres jóvenes en España (Alberdi, Escario y Matas, 2000) se tienden a destacar como características actuales de la maternidad la reducción de la natalidad y la maternidad tardía. También se identifican las nuevas concepciones de la maternidad por parte de las mujeres jóvenes, una maternidad entendida como un complemento de los proyectos profesionales, pero un complemento que supone a la vez un obstáculo a esos proyectos profesionales. La idea de tener un hijo/a supone renuncias al proyecto profesional y al control sobre las decisiones de la propia vida. Estas mujeres jóvenes tienen como referentes más inmediatos a las mujeres activas de los países mediterráneos entre cuarenta y cincuenta y nueve años, que han tenido que combinar con grandes dosis de sacrificios y renuncias la vida profesional con las responsabilidades familiares, dentro de una institución familiar propia de los países mediterráneos, donde la familia constituye el principal y cuasi único proveedor de cuidados en la sociedad. Las mujeres jóvenes no quieren imitar esas vidas, y éste es un factor decisivo a la hora de explicar la baja natalidad de los países del Sur de Europa.

También otras autoras corroboran estos cambios en las madres jóvenes (Brullet, 2006:91), mujeres que siguen sin tener las mismas oportunidades que sus homólogos

masculinos en el mercado de trabajo, pero que aún así manifiestan una voluntad de permanecer en el mercado de trabajo a pesar de tener hijos/as<sup>582</sup>.

Para Solé y Parella (2004:72) la vigencia del mito de la maternidad intensiva es un factor decisivo a la hora de explicar las bajas tasas de natalidad de estas nuevas madres. Las mujeres no se ven capaces de combinar las exigencias de ese mito de la maternidad intensiva con el desempeño de un proyecto profesional y personal pleno.

*“Mujeres jóvenes que han sido socializadas a través del patrón masculino del éxito profesional y desde el mito de “la igualdad entre sexos”, a partir del cual han trazado su trayectoria profesional, emocional y vital. Pero todo cambia, de pronto, cuando se enfrenta a la maternidad o al deseo de ser madres y se ven atrapadas por el imaginario de la “maternidad intensiva” (Solé y Parella, 2004:87)*

Las madres entrevistadas en esta investigación viven las dificultades y angustias que les produce la compatibilización de la maternidad y la actividad laboral, como responsabilidades individuales<sup>583</sup>. Hoy en día la decisión sobre si se tienen hijos/as o no, y cuántos hijos/as se tienen es una decisión libre y voluntaria, se perciben superados los tiempos en los que se tenían los hijos/as que mandaba Dios, y ante lo que sólo quedaba la resignación. Ahora la decisión sobre la maternidad es voluntaria, libre y por lo tanto, sus consecuencias una responsabilidad de las mujeres, que viven las renuncias que esta maternidad les proporciona, como justificadas.

---

<sup>582</sup> En qué medida consiguen cumplir esa voluntad depende de las posibilidades de escolarizar a sus hijos/as entre 0 y 5 años y el abanico de permisos parentales. Pero la red de servicios de cuidado infantil públicos de 0 a 2 años es muy deficiente, y aun siendo muy diferente según Comunidades Autónomas, en el conjunto del Estado español cubre un 1,8 de cada 10 niños/as. En consecuencia son las abuelas quienes se hacen cargo de los menores, y cada vez más las madres con contratos de trabajo fijo recurren al paro cobrando la prestación de desempleo para satisfacer las necesidades de cuidado donde no llegan los permisos laborales de maternidad y paternidad (Brullet, 2009:92).

<sup>583</sup> Constituye un ejemplo sumamente ilustrativo la investigación realizada por Solé y Parella (2004:79-80) sobre la maternidad de mujeres exitosas, donde definieron como exitosas aquellas que desempeñan trabajos considerados de éxito según los parámetros actuales sociales, predominantemente masculinos. Son mujeres que no trabajan fuera de casa solo por necesidad económica, sino para disfrutar de su autonomía económica y buscando su realización profesional y personal. Estas mujeres lo que más reivindican, por delante de medidas de flexibilidad laboral o servicios de cuidado, es una mayor corresponsabilidad masculina en las tareas del hogar.

*“Yo tenía una plaza que me gustaba, que tenía unos compañeros de trabajo geniales, que tenía un trabajo que me gustaba y que me lo pasaba bien y entonces esto en concreto lo he perdido. Ya está, fue una época, un momento, un periodo...(...) Aparte de que no he podido seguir trabajando, el balance a mí me ha compensado, sino, no lo hubiese hecho” (Carlota-M1)*

Otras investigaciones cualitativas con madres (por ejemplo Cresson y Romito, 1993) han subrayado este presunto carácter voluntario y libre de las decisiones de las madres que sacrifican o renuncian a sus proyectos personales (y especialmente laborales y/o profesionales) como una decisión tomada por la mujer sí, pero en el seno de la pareja, como la mejor decisión para el bienestar de los hijo/as y producto del amor maternal y el instinto maternal. Pero como estas autoras señalan (Cresson y Romito, 1993:45), estas decisiones libres en el seno de la pareja son falsas ya que *“la simetría conyugal es una ficción”*<sup>584</sup>.

No existe esta simetría desde el momento en que el hombre y la mujer no participan en términos de igualdad en el mercado de trabajo, los hombres encuentran trabajo en mayor proporción que las mujeres, promocionan más fácilmente, ganan más, como nos muestra cualquier estadística oficial laboral, respondiendo así al mito del hombre cabeza de familia y principal proveedor económico. Por lo tanto, a la hora de decidir quién se queda en casa y/o se responsabiliza de los cuidados en detrimento de su proyecto profesional, obviamente es mucho más rentable en términos económicos, que sea la madre quien realice esta renuncia.

Las decisiones de las mujeres para compatibilizar su maternidad y su participación en el mercado de trabajo no son fáciles<sup>585</sup>. Si la mujer opta por ser madre y quedarse en

---

<sup>584</sup> Traducción de la propia autora: *“la symétrie conjugale est une fiction”*.

<sup>585</sup> La relación entre número de hijos/as y participación de la madre en el mercado laboral ha sido ampliamente descrita: cuanto mayor es el número de hijos/as, menor tasas de participación laboral de la madre, fenómeno exactamente inverso al que sucede con los padres, que mejora su situación laboral (tanto en tasas de participación laboral como de promoción) según aumenta su número de hijos/as. Incluso el efecto de los hijos/as ha sido analizado cuando esos hijos/as son todavía un mero proyecto, como es el caso de las mujeres embarazadas (Alba y Alvarez, 2004: 430-431), donde se constata que durante el embarazo es muy probable que la mujer en el paro pase a ser inactiva, pero este abandono de la actividad no se da tanto si la mujer ya está trabajando. El nivel educativo es un factor determinante para explicar el abandono o la permanencia de la mujer embarazada en el mercado de trabajo. Cuanto mayor es el número de hijo/as que la mujer embarazada tiene, mayores probabilidades de abandonar el trabajo. Los trabajos más estables y donde más antigüedad se tiene son los que menos abandona la mujer durante el embarazo.

casa a cuidar de sus hijos, será acusada de vaga, perezosa e improductiva (Hays, 1998:198). Si la mujer opta por ser madre y trabajar fuera de casa, combinando el cuidado con el trabajo remunerado fuera del hogar, será acusada de egoísta, demasiado ambiciosa, y que antepone sus objetivos profesionales y económicos a su familia. Es decir, haga lo que haga la madre, podrá ser criticado y considerarse mal hecho.

La realidad es que una minoría de mujeres que se está ya extinguiendo sigue aferrándose al papel tradicional de ama de casa, y también otra minoría de mujeres pone en cambio por delante de su proyecto familiar a su carrera profesional. La gran mayoría de las mujeres intenta combinar ambos mundos: su maternidad con la permanencia en el mercado de trabajo (Hakim, 1996).

La entrada y permanencia de las mujeres en el mercado laboral es socialmente considerado un aspecto positivo porque aumenta los ingresos económicos de la familia, fomenta el empleo al externalizar muchas veces las necesidades de servicios en el mercado (como por ejemplo las necesidades de limpieza, el cuidado de menores, el cuidado de mayores y/o dependientes), aumenta la autonomía y poder decisión de las mujeres y las coloca en una posición de mayor protección ante pérdidas económicas producidas por los divorcios o la tercera edad. Pero como bien refleja Esping-Andersen (2006:16) también socialmente se atribuye a esta plena participación de las mujeres en el mercado de trabajo consecuencias negativas como una mayor inestabilidad matrimonial, un descenso de la fertilidad y una mayor vulnerabilidad de las familias.

Este autor, como muchos otros que se dedican a los mismos análisis sociales, no mencionan la importancia también en estos nuevos fenómenos sociales de los cambios de las relaciones e identidades de género que se están produciendo en nuestra sociedad. Tanto el descenso de la fertilidad, la mayor inestabilidad matrimonial y la mayor vulnerabilidad familiar no se deben únicamente a los cambios de las mujeres, sino a los cambios en las relaciones de género, y muchas veces, a los cambios de unas y a la ausencia de cambios de otros.

El hacer compatible la opción de ser madres con el mantenimiento de un trabajo remunerado en el mercado laboral formal es un esfuerzo y una responsabilidad individual de cada mujer, y supone un sobreesfuerzo que viven en soledad y una vez

más, como resultado de una opción individual. Los hijos/as son de los dos, pero las consecuencias de la maternidad es sólo un asunto de las mujeres:

*“Lo es, porque lo hacemos, pero no veas el esfuerzo físico, mental, que conlleva y que nadie valora, nadie, yo creo que ni los padres, ni los padres valoran ese sobreesfuerzo que hacemos” (Patricia – M2)*

*“Qué chungo. Es compatible pero a base de mucho esfuerzo y sacrificio (...). Es una liada las citas de los médicos, que si se pone el niño enfermo, que si no sé qué...o sea, en horarios, en cansancio... es mucho esfuerzo, si, si. Se compagina pero con mucho esfuerzo” (Leire - X1)*

La compatibilización en cambio entre maternidad y trabajo asalariado se percibe de forma diferente por bastantes de los padres entrevistados. Muchos no ven las dificultades de compaginar ambas dimensiones en la vida de las mujeres (postura radicalmente opuesta a la opinión de la mayoría de las madres).

*“Las mujeres siguen dispuestas a aceptar las renunciaciones laborales que supone el trabajo de cuidado, mientras que los hombres difícilmente se plantean renunciaciones familiares para atender las demandas laborales” (Torns y Moreno, 2008:112).*

Algunos/as incluso, cifran la mayor o menor dificultad, dependiendo del trabajo que quiera desempeñar la mujer, lo que se traduce en una culpabilización de la mujer que no se ocupa lo que debiera de sus hijos/as.

*“Tener hijos es sacrificar toda tu vida, una gran parte de tu vida personal y muchas mujeres también profesional; entonces una mujer que tiene una profesión brillante y un tipo de vida a todo tren y decide no tener hijos pues quizás es lo mejor que puede hacer porque si los tuviera igual serían unos desgraciados” (Carla-M4)*

Sólo una de las madres entrevistadas habla del aborto y su papel en la maternidad, y es para resaltar una vez más, que en la decisión de tener o no tener hijos/as, la decisión más importante es la que toma la mujer:

*“Si una mujer decide o está facultada para interrumpir su embarazo, pero si un hombre lo quiere impedir, creo que prevalece el derecho de la madre...el hombre también puede decidir no tener hijos, pero lo decide....decide su 50%, osea, “yo voy a aportar aquel espermatozoide”, eso es lo que puede decidir, pero en cambio la mujer puede*

*decidir no tenerlo incluso habiendo aportado ese espermatozoide. La mujer tiene más capacidad de decisión ahí que un hombre” (Ana-M10).*

#### **4.1.2. Diversidad de familias y las consecuencias en el ejercicio de la maternidad y la paternidad**

En cuanto a la diversidad de maternidades y paternidades (parejas homosexuales, madres o padres solos, etc.) la mayoría de las personas entrevistadas manifiestan una cierta aceptación de esta diversidad.

La familia ha cambiado en las últimas décadas profundamente, pero continua siendo el principal espacio de relación social, donde se produce la reproducción y el cuidado de la vida humana. Aunque ahora los nuevos modelos familiares se alejan del modelo nuclear heterosexual, donde primaba la estabilidad económica, el deseo de continuidad de un linaje, o la adquisición de un determinado estatus social, y aparecen nuevas formas de convivencia familiar donde se construyen relaciones más democráticas y más negociadas, donde se busca una correspondencia afectiva. Fruto de estas nuevos objetivos de la familia, su estabilidad es más frágil, pero no por ello la familia sigue siendo una de las instituciones más valoradas (Brullet, 2009:11).

La **monoparentalidad** se acepta inicialmente, tanto si es una mujer o un hombre sólo quienes tienen a los hijos/as y los cuidan.

La monoparentalidad se ha convertido en una realidad con un peso creciente en la sociedad española, tal y como reflejan las investigaciones sociológicas más recientes sobre este fenómeno (Flaquer, Almeda, Navarro, 2006)<sup>586</sup>.

A pesar de esta aceptación inicial por parte de las personas entrevistadas, cuando entran a analizar en profundidad las posibilidades de esta maternidad y paternidad, las personas entrevistadas apuntan las dificultades que esta opción implica, dificultades que tienen mucho que ver con los obstáculos o la poca aceptación que la sociedad, y

---

<sup>586</sup> Las estadísticas oficiales no recogen inicialmente el número de familias monoparentales, pero es posible su cálculo aproximado a través del tamaño de los hogares españoles y el censo. En los últimos años se ha producido un aumento considerable de hogares en España, los hogares ahora tienen menos miembros, son más extraños los hogares donde conviven varias generaciones, abundan los hogares unipersonales y han aumentado los hogares monoparentales.



nosotros como parte de esta sociedad, tenemos ante las formas de crianza de niños/as realizadas fuera de la institución del matrimonio heterosexual:

*“Sí que puede, pero yo creo que es más difícil” (Ana-M10)*

*“Yo creo que es mucho mejor para un niño tener el referente de un padre y una madre” (Carlota-M1)*

*“Conciliar el cuidado de un hijo una persona sola con el desnivel en los horarios de trabajo en esta sociedad sumamente complicado, los temas de vivienda están hechos para que las dos personas trabajen” (Ana-M10)*

*“Socialmente la familia te va a mirar mal, seguramente, porque eso lo hace una mujer, pero si lo hace un hombre, ya ni te digo” (David – P2).*

*“Es para darles un premio directamente” (Patricia – M2)*

La monomarentalidad puede ser una opción libremente escogida por las mujeres, pero la mayoría de las mujeres que engrosan las estadísticas sobre monoparentalidad son mujeres que han llegado a esta situación familiar por circunstancias sobrevenidas a su matrimonio o pareja inicial: viudedad, separación o divorcio.

*“Es una decisión difícil que se está tomando por parte de muchas mujeres, y otras están llegando allí por otros caminos, no por decisión primera de “quiero ser madre sola, soltera” (Sara-M3)*

La monoparentalidad, entendida aquí como la familia encabezada sólo por un progenitor varón, es una realidad mucho más difícil de ver, y que por tanto las personas entrevistadas tienen más dificultades de aceptar.

*“Me parece que es más fácil criar un niño una mujer sola que un padre solo” (Mateo - P7)*

Las estadísticas oficiales sobre monoparentalidad, nos muestran ese número importante de familias monoparentales encabezadas por mujeres, y como el estado civil de esas mujeres nos indica que son pocas aún las que llegan a esta situación como resultado de una opción personal buscada y querida expresamente.

**Familias monoparentales, según estado civil de la persona de referencia. 2008<sup>587</sup>**

Ambos sexos. Datos absolutos (en miles)	Total	432.700
	Casados/as	51.300
	Solteros/as	91.100
	Viudos/as	53.100
	Separados/as	236.500
% Mujeres	Total	87,27 %
	Casadas	81,68 %
	Solteras	88,77 %
	Viudas	76,46 %
	Separadas	90,40 %

También es significativo que algunas de las madres entrevistadas afirmen que incluso madres que no figuran oficialmente como responsables de familias monoparentales, porque tienen un marido o pareja a su lado, son monoparentales “de facto”, porque son ellas las responsables últimas del cuidado y el mantenimiento económico de sus hijos/as<sup>588</sup>:

*“Porque hay la tira de mujeres que educan solas en pareja por ejemplo” (Lucía – M6).*

Algunas de las personas entrevistadas ponen en relación la opción de monoparentalidad y monomarentalidad con las técnicas de reproducción asistida, e incluso subrayando las menores posibilidades del hombre a la hora de ejercer esa opción de paternidad. La monoparentalidad aquí se entiende según una definición social y no legal dependiendo del estado civil de la mujer<sup>589</sup>:

<sup>587</sup> Fuente: Explotación específica de la Encuesta de Población Activa, INE.

<sup>588</sup> Elisabeth Almeda es una de las autoras que han evidenciado también esta realidad en sus investigaciones (Almeda, 2004; Flaquer, Almeda y Navarro, 2006).

<sup>589</sup> El guión de las entrevistas en profundidad no incluía ninguna pregunta específica sobre las técnicas de reproducción asistida. Sorprende que sólo se mencionen espontáneamente por las personas entrevistadas para subrayar “desigualdades” entre mujeres y hombres en el tratamiento legal de las técnicas de reproducción asistida, la posibilidad de las mujeres de ser madres ellas solas y la prohibición de la maternidad subrogada como única posibilidad de los hombres de ser padres biológicos.

*“Te vas a un banco de estos de inseminación o lo que sea, y lo tienes. Y ahí no tienes que informar al padre ni nada” (Celia – M7).*

*“Si puede, porque es una mujer sana, y hoy en día hay opciones de reproducción in Vitro, adopciones y demás...” (Oriol – P10)*

*“El que la madre puede tener un hijo con una donación de semen, y el padre para ser padre biológico, necesita de una madre de alquiler, y aquí vienen las diferencias...porque legalmente nada, adoptados sí, pero biológicos no” (Gerard - Y4).*

**La homoparentalidad masculina y femenina** es generalmente aceptada. España es uno de los países con una legislación más progresista en materia de matrimonios de parejas del mismo sexo<sup>590</sup> que no solo reconocen la institución del matrimonio, sino que además, incluyen la paternidad y la maternidad como contenido también de esta institución en el caso de parejas homosexuales. Parece ser una legislación que ha contado con una amplia aceptación social, como muestran la mayoría de las personas entrevistadas en esta investigación, que no tienen problemas en aceptar la maternidad y paternidad de las mujeres y los hombres homosexuales.

*“Igual que hay padres heterosexuales que piensas “pero dónde se han metido?, ¿cómo es que han tenido hijos? Vaya desastre y vaya hijos que van a criar”. Pues igual pensaría en una pareja de homosexuales” (Ana-M10)*

*“Para mí lo importante es que un niño crezca en un ambiente que tenga cariño y que reciba alimento, educación, cariño, sobre todo, y eso se lo puede dar cualquier persona, independientemente de su condición sexual y de muchos factores, no tengo ningún problema con eso” (Marc – P3)*

*“Yo conozco a parejas de homosexuales que están mucho más preparados...chicos, que cualquier pareja hetero, mucho más” (Tere - X5)*

*“El cuidar un niño, nadie se plantea si un suegro puede cuidar de un niño o no, pues para mí lo mismo que sea gay” (Pedro –P6)*

*“Igual. Igual de cariñosos que puede ser un hombre y una mujer, o un hombre y un hombre, una mujer y una mujer...” (Juan – P5)*

---

<sup>590</sup> Permitido desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Salvando los recelos que suscitan las parejas homosexuales (especialmente las parejas compuestas por dos hombres) que se analizarán a continuación, la mayoría de las personas entrevistadas muestran una total aceptación a la parentalidad homosexual, y lo hacen en función de la total equivalencia y equiparación de hombres y mujeres en el desempeño de las responsabilidades parentales. Es destacable que en el caso de padres y madres heterosexuales no hayan llegado a expresar con tanta rotundidad y claridad, lo que en cambio sí defienden en el caso de los padres y madres homosexuales.

Sólo algunos/as de las personas entrevistadas se atreven a expresar sus recelos a padres gays, justificándolo en aras del interés de ese menor, que sufriría rechazo un mayor rechazo social, o también porque aunque aceptan la paternidad y maternidad de las parejas homosexuales, para ellos no deja de ser una cosa “contra natura” que prefieren no ver:

*“Creo que el problema es...que a los niños habría que enseñarles estas nuevas estructuras familiares, porque la sociedad, de momento, todavía no las tenemos muy encajadas” (Carlota-M1)*

*“Porque las dos madres o los dos padres le quieren, pero me choca, osea, no deja de chocarme, y aunque yo lo vea normal y lo apoyaré, pero me choca por la diferencia” (Patricia – M2)*

*“Si a mí me aseguran que no perjudica al niño, a ver, yo no tengo nada en contra de la homosexualidad; es un tema de protección del menor, de que realmente este niño sano” (Carla-M4)*

*“Eso sí que me cuesta. Veo más a un padre sólo que dos padres juntos” (Celia – M7)*

*“Me cuesta entenderlo, me cuesta más que dos mujeres. Lo veo más natural dos mujeres que dos hombres por la asociación madre-mujer, por el vínculo y por la capacidad que tiene la mujer de ser madre, que no la tiene el padre” (Antonio – P4)*

Uno de los principales argumentos en contra del matrimonio homosexual, y la posibilidad de tener hijos biológicos o adoptarlos dentro de este matrimonio, es la protección de ese interés supremo del menor. Se presupone que los niños/as que

crecen en una familia homosexual, verán impedido su desarrollo psíquico por la ausencia de una figura tradicional materna y paterna.

La protección legal de los niños/as se justifica en que son seres merecedores de especial protección, sujetos de derechos, pero a los que se les reconoce una inferioridad o mayor vulnerabilidad o incapacidad para hacer efectivos estos derechos. Una de las instituciones jurídicas más importante de protección legal de estos niños/as es **el interés superior del menor**. El interés superior del menor tiene un amplio respaldo legal en el ordenamiento jurídico español. El Artículo 39.1 de la Constitución española que habla de los principios rectores de la política social y económica, enunciando la obligación de los poderes públicos de proteger la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. La Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990, que marca una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad<sup>591</sup>. Los artículos 10 y 96 de la Constitución española obliga a que los derechos reconocidos a los niños/as en estos tratados internacionales ratificados por España, como verdaderos titulares de derechos, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil también refleja este principio del interés supremo del menor<sup>592</sup>.

Sin minusvalorar la importancia y relevancia de este principio jurídico, que se convierte muchas veces en el mejor instrumento de protección de los menores, también a veces se producen abusos o usos no fundamentados para justificar una determinada ideología o cosmovisión con la ayuda coercitiva del derecho.

---

<sup>591</sup> Exposición de motivos de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

<sup>592</sup> Artículo 2. Principios generales

*“En la aplicación de la presente ley primará el interés supremo del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (...)”.*

Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales

*“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, (...)”.*

Hay sectores sociales que afirman que un niño/a puede verse afectado psicológicamente por crecer en una familia homosexual, y esto se considera que está en contra del interés supremo del menor que el derecho debe proteger. Estas ideas se basan en argumentos psicológicos de orientación psicoanalítica, que no han podido ser probados empíricamente, y que en cambio han recibido numerosas críticas. Esta ideología afirma que los niños/as necesitan de la figura materna y paterna para el desarrollo satisfactorio de su personalidad. Judith Butler critica una parte de las asunciones a las que nos llevaría aceptar este tipo de argumentos cuando afirma:

*“Aquellos que sostienen que ser producidos por una madre y un padre es crucial para todos los humanos quizás tienen algo de razón. Pero, ¿son realmente “padres” en un sentido social los donantes de esperma, los amantes ocasionales o, incluso, los violadores? (...) ¿no están poniendo en crisis la categoría de aquellos que piensan que los niños que en su origen carecen de padres identificables están sujetos a psicosis?”* (Judith Butler, 2004:26)

Si la diferencia sexual es una parte esencial de cualquier individuo, ¿lo es por encima de cualquier condicionante social, cultural y económico?, ¿Qué pasa entonces con los niños/as criados en familias monoparentales? ¿También resultarán niños/as afectados en su desarrollo como personas por la ausencia de una de las figuras materna o paterna?<sup>593</sup>.

Otra de las razones que algunas de las personas entrevistadas esgrimen para justificar sus recelos a la maternidad y paternidad homosexual, también bajo la invocación del principio del interés supremo del menor, es el sufrimiento que se inflingirá a este niño/a, obligado a crecer en una familia atípica, anormal, estigmatizada socialmente, que será objeto de burlas y rechazo desde el colegio.

*“Aún la sociedad quizá no ha avanzado lo suficiente como para que un niño nazca...siendo de una familia que, actualmente se entiende como normal, y otro que nace en una familia de homosexuales... quizás no está suficientemente avanzada la sociedad para que ese niño lo viva como una situación totalmente normal. Y quizás, bueno, el hecho de nacer en una familia o en otra le pueda condicionar, sobre todo en*

---

<sup>593</sup> No hay evidencia empírica que haya demostrado que los niños/as que crecen en hogares monoparentales tengan un menor desarrollo emocional y psicológico que los niños/as en familias con figura materna y paterna (González Rodríguez et al, 2008; González Rodríguez; Jiménez Lagares y Morgado Camacho, 2007).

*sus primeros años en el colegio, qué dirán...Es más un tema social que no de capacitación, creo yo” (Ana-M11)*

Una vez más, en aras de ese interés supremo del menor: ¿debemos proporcionar un entorno familiar lo más “normal posible”?, y sino, ¿no permitirlo?. Pero el concepto de lo que es normal, y en concreto, qué es una familia normal, es por supuesto un concepto dinámico que ha sufrido numerosos cambios a lo largo del tiempo y según las culturas. Igualmente lo que es “normal” no está desprovisto muchas veces de una lectura de género. Probablemente lo que la sociedad ha considerado tradicionalmente como familia normal, y el derecho se ha ocupado de sancionar, es lo que por familia normal entiende un sujeto varón, blanco, de clase media y occidental.

Los niños/as en las primeras familias separadas o divorciadas, los niños/as adoptados por padres de razas y culturas diferentes, los hijos/as que sufrieron algún tipo de discapacidad o que fueron hijos/as de padres discapacitados también se enfrentaron a esta calificación social de atipicidad o no normalidad.

En estos casos donde se invoca el interés supremo del menor, lo que en cambio se busca es elevar a rango normativo, una determinada forma de entender lo que es normal, legítimo: la familia nuclear heterosexual, la maternidad y paternidad dentro del vínculo matrimonial. Y por lo tanto, la exclusión y/o la condena de todo aquello que no se ajuste a la norma: matrimonio homosexual, madres solas, etc.

A pesar de los problemas que la homoparentalidad suscita en algunas personas, hablando precisamente de las posibilidades de homoparentalidad masculina, es de las pocas ocasiones en las que se alude a la adopción, y el sentido de la paternidad alejado de la construcción meramente biológica que funciona de manera dominante:

*“A mí me gustaría tener un hijo mío...a ver, los genes, que sean tuyos o que sean de otros, el hecho es tener un hijo, ...que a lo mejor esto que dices “si fuera hijo mío, de mi sangre”...yo creo que es lo que menos importa, porque de hecho tener un hijo da igual que sea de tus genes o de....porque si no existe el vínculo emocional, pues lo biológico no sirve de nada” (Oscar - Y1)*

Incluso los celos que suscita la madre trabajadora a tiempo completo - que no cumple como debiera sus funciones de madre, y pone en peligro ese interés supremo del menor por su ambición personal y profesional - de nuevo presuponen que lo mejor

para el niño/a es pasar el mayor tiempo posible con su madre, y ser cuidado casi en exclusiva por ella. Tampoco se puede probar que esto sea lo mejor para el interés supremo del menor. Y tampoco se reflexiona sobre si tanto daño puede hacer la ausencia de la madre como la del padre, ausencia en cambio totalmente legitimada social y jurídicamente.

### **4.1.3. Los factores detrás de la decisión de tener hijos/as**

#### **4.1.3.1. Natalidad**

La natalidad mide el número de hijos/as por mujer y constituye un indicador del ejercicio de la maternidad y la paternidad en una sociedad. Sus variaciones son el reflejo de las condiciones sociales, económicas y de género que influyen en las decisiones reproductivas de las personas.

El descenso de la natalidad en España desde 1975 hasta ahora ha seguido las mismas tendencias que en el resto de Europa. Pero aquí ha sido más tarde, más rápido y de manera más intensa, hasta llegar en 1998 al valor histórico más bajo: 1,16 hijos-as/ mujer<sup>594</sup>. La tasa de reemplazo exige 2,1 hijos/as por mujer, y este nivel se alcanzó por última vez en España en 1980 (Puyol, 2003:35), y desde entonces no ha dejado de descender, a pesar de las ligeras recuperaciones de 1998 hasta ahora.

Actualmente la tasa de natalidad española ha aumentado ligeramente, pero sigue siendo una de las más bajas de la Unión Europea: 1,46 hijos/as<sup>595</sup>. Este aumento se explica por una suma de factores: el aumento de la natalidad producido por la población inmigrante que ha sufrido un espectacular aumento en España en los últimos años y que tiene tasas de natalidad muy superiores a la población autóctona, al menos en la primera generación de inmigrantes que residen en territorio español; las maternidades tardías de las mujeres nacidas en el “baby-boom” español y el período de bonanza económico de los últimos años que ha animado a las parejas españolas a tener hijos/as antes de la aparición de la crisis financiera mundial.

---

<sup>594</sup> Fuente: Indicadores Demográficos Básicos, INE.

<sup>595</sup> Fuente: Indicadores Demográficos Básicos, INE, 2008



A pesar de esta ligera recuperación, todavía es más importante el descenso de natalidad desde 1975 hasta ahora. Descenso que puede explicarse tanto por la despenalización, difusión y venta de anticonceptivos en España a partir de 1979, como también por los profundos cambios en los proyectos vitales de hombres y mujeres

Tal y como señalan Alberdi y Escario (2007:23) las razones detrás del descenso de natalidad pueden sintetizarse como *“una estrategia colectiva, no buscada, pero sí decidida individualmente por los hombres y las mujeres españolas, en ese deseo de vivir mejor reduciendo las cargas familiares y aumentando el nivel de vida de los hogares”*.

Los planteamientos a la hora de decidir tener hijos/as (económicos, laborales, culturales) son los mismos en los hombres y las mujeres, pero en el caso de las mujeres, el periodo de tiempo con el que puede alargarse la juventud tiene un límite más estrecho: el reloj biológico de la maternidad, lo que el dicho popular recoge como *“se me pasa el arroz”* (Alberdi y Escario, 2007:140)<sup>596</sup>

*“Cuando te vas haciendo más mayor entonces te da más miedo de que “que yo no voy a poder ser madre”, porque biológicamente se te pasa la edad” (Tere - X5)*

En España, las razones para tener hijos/as actualmente tienen totalmente superado el imperativo de tener hijos como un seguro para la vejez, aunque ahora existan otra variedad de razones detrás: proyectarse, experimentar la maternidad y la paternidad, la compañía y el cariño de alguien propio....(Alberdi y Escario, 2007:161). De la misma manera las razones que llevan a decidir cuántos hijos/as se quieren tener, también han cambiado. Muchas de las personas entrevistadas, y especialmente los padres, hablan de factores puramente económicos:

*“Yo con uno me quedaría perfecto. Yo eso de tener tres o cuatro, no. Ahora, me gustaría tener uno, igual es egoísta, pero ahora de momento. Quizá a mi mujer le gustaría tener más, no sé.(...)pero... ¿sacrificarme más? No lo sé. Yo de momento, lo tenemos bastante claro los dos, de que con otro no podríamos, porque anímicamente nos puede. Igual es que nosotros somos débiles, pero es que es un bestia, no puedo”.*  
(Oriol – P10)

---

<sup>596</sup> La noción de reloj biológico es una construcción social. En investigaciones sobre padres homosexuales se ha visto que se utilizan igualmente términos similares o se habla del “tic-tac” biológico.

Pero otras personas entrevistadas, ya sin distinción de madres, padres, hombres y mujeres, aluden a cuestiones que van mucho más allá de los condicionamientos puramente económicos, que tienen que ver más con factores culturales: vivimos en una sociedad mucho más individualista y materialista, donde los hijos/as suponen una carga, unos obstáculos, o un olvidarse de uno mismo como prioridad vital, para pasar a ocuparse de los hijos/as ante todo:

*“Yo pienso que últimamente la sociedad es tan individualista y tan materialista que interpone eso por encima de todo, hasta de poner tener hijos” (Tere - X5)*

*“Un egocentrismo en el buen sentido de la palabra, “yo”, “yo”, “yo”, “yo”. Cuando una madre pasa a ser madre, no soy yo, sino “él”, “él”, “él”, “él”, “mi hijo”, “mi hijo”, “mi hijo”, “mi hijo”. Para la madre esa va a ser siempre su faceta. Y eso en todas las culturas, creo yo” (Tere - X5).*

Es importante en cambio, cómo sociólogos/as relevantes (ver por ejemplo Esping – Andersen, 2006; Alberdi y Escario, 2000; 2007) atribuyen la baja fertilidad a factores que van mucho más allá de estas preferencias “postmaterialistas” de las familias. Creen que las personas, tal y como muestran repetidamente las encuestas de opinión, quieren formar una familiar y tener hijos/as. Si no tienen el número de hijos/as que desean se debe más bien a la penalización de la maternidad en el mercado de trabajo, ante la ausencia de protección social, y a la incoherencia entre los nuevos proyectos vitales de las mujeres y la persistencia del papel tradicional de los hombres (Esping-Andersen, 2006:16-19)<sup>597</sup>.

A pesar de esto, es destacable la persistente interpretación de que las bajas tasas de natalidad sí son un problema de la sociedad, pero que está en manos de las mujeres y de ciertos cambios estructurales (a través de una mejora del mercado de trabajo, de la vivienda, o de la red de servicios de cuidados infantil). El papel de los hombres o de las cambiantes relaciones de género en nuestra sociedad suele estar ausente de los análisis del descenso de la natalidad (ver por ejemplo Puyol, 2003). De ahí que en numerosas ocasiones las medidas o propuestas políticas que se sugieren para

---

<sup>597</sup> Hay algunas autoras como Aler (2006:36) que afirman que las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral evidencian la separación en la sociedad moderna entre los espacios privados de reproducción y los espacios públicos de producción. Estas políticas nacen para solventar el obstáculo que la maternidad supone para el mercado de trabajo. Y esta autora se pregunta porque no es preocupante el obstáculo que representa el mercado de trabajo para la maternidad.

aumentar las tasas de natalidad tienen a las mujeres como principales destinatarias: véase por ejemplo las políticas de conciliación de vida familiar y laboral para las mujeres trabajadoras, las políticas de protección de la infancia o ayuda de cuidado infantil en edad no escolarizada para las mujeres, las deducciones por maternidad, etc.

*“La reproducción y los cuidados de las generaciones venideras no son únicamente una responsabilidad privada, individual y familiar, sino que también son una cuestión de responsabilidad pública, por lo que suponen el fundamento y garantía del bienestar colectivo” (Aler, 2006:37).*

Es digno de subrayar que algunas de las madres entrevistadas destaquen que la decisión sobre si se tiene hijos/as o no, recae finalmente en la mujer. No sólo por razones puramente biológicas, si la mujer quiere puede dejar de tomar medidas anticonceptivas, que generalmente son métodos femeninos, y quedarse embarazada, aunque su pareja no fuera consciente o quisiera. Pero más allá de esta realidad biológica, también subyace la idea de que los asuntos de la reproducción, y también sus responsabilidades inherentes, son una cosa de mujeres:

*“Yo creo que finalmente la maternidad la decide la mujer... el hombre también puede decidir no tener hijos, pero lo decide...decide su 50%, osea, “yo no voy a aportar aquel espermatozoide”, eso es lo que puede decidir, pero en cambio la mujer puede decidir no tenerlo incluso habiendo sido aportado ese espermatozoide, digamos. Una mujer tiene más capacidad de decisión ahí que un hombre” (Ana-M10)*

La asunción de que las cuestiones relativas a la reproducción son un asunto principalmente de las mujeres, incluyendo la decisión de tener o no tener hijos/as, así como de cuántos hijos/as tener, está estrechamente vinculado al hecho de que posteriormente, las consecuencias de tener un hijo/a, y las responsabilidades sobre el cuidado de esta nueva criatura, también son un asunto casi exclusivo de las mujeres. Las cuestiones a valorar sobre quién va a cuidar de ese hijo/a, quién verá su carrera profesional y/o sus proyectos personales mermados o truncados, quién verá su tiempo libre y su ocio sustancialmente disminuido estarán casi exclusivamente del lado de la mujer. De ahí que su “poder de decisión” se vea más grande e importante por parte de muchas de las mujeres entrevistadas.

El arraigo de la ideología sobre el instinto maternal se muestra de nuevo cuando las personas hablan de su decisión de ser madres. Unas veces su deseo maternal

siempre había estado presente, de ahí que es más fácil aun hablar de un instinto maternal de origen biológico que toda mujer lleva dentro y que en un momento u otro de la vida, se plantea materializar. La mayoría de las madres entrevistadas responden con claridad sobre su decisión a ser madres. Unas siempre lo habían tenido claro que querían ser madres:

*“Siempre supe que quería ser madre” (Isabel – M8)*

*“Nunca he pensado que no quisiera serlo” (Ana-M10)*

Otras mujeres, sobre todo aquellas con un nivel educativo alto, un proyecto profesional propio y una mayor conciencia de igualdad de mujeres y hombres, explican el carácter racional de su decisión materna. Para ellas fue una decisión racional o sobrevenida sobre un aspecto de sus vidas que nunca se habían planteado:

*“Me pude plantear algo más que era mucho más importante que lo demás, que era tener un hijo” (Celia – M7).*

*“En mi caso, es curioso...Es que simplemente no pensé en la maternidad. Es que nunca me había dado cuenta de que existían los niños...Vivía en un mundo donde los niños no estaban, no me daba cuenta que existían....de repente me quedé embarazada, sin plantearlo y sin estar dentro del mapa. Y no sé, decidí que sí, pero un poco...pero ni por atracción a los niños ni por...decidí que sí porque decidí que sí” (Sara-M3).*

Por lo tanto, la decisión de tener hijos/as está influida por factores económicos, por la ideología materialista e individualista de las sociedades actuales, pero también por las persistentes desigualdades de género en relación a las responsabilidades sobre la reproducción humana. Aspecto este último, muchas veces olvidado por los análisis sociológicos y sobre todo, no abordado como objetivo de las leyes y políticas públicas.

#### **4.1.3.2. La maternidad como una opción libre de las mujeres**

La ley de despenalización de anticonceptivos, del 11 de octubre de 1978, legalizó el uso de métodos anticonceptivos reversibles, y en el año 1983, los métodos anticonceptivos irreversibles, como la ligadura de trompas y la vasectomía<sup>598</sup>.

La actual legislación sobre el aborto vigente en España<sup>599</sup> tiene su origen en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio, de despenalización del aborto de en determinados supuestos, que como su nombre bien indica, no es una legislación que regulaba el aborto, sino que sólo lo despenalizaba en ciertos casos, manteniéndose su prohibición en el resto, llegándose a considerar un delito penal (artículos 144-146 del Código Penal español).

Dicha ley necesita ponerse en el contexto social y político de España en 1985, fecha en la que la transición democrática era aun muy reciente, tras un largo periodo de dictadura franquista, en la que la prohibición del aborto había sido absoluta, y la natalidad un bien socialmente valioso, buscado, protegido e incluso premiado (los famosos premios a la natalidad del régimen franquista). Un periodo histórico donde la igualdad de derechos civiles y políticos de las mujeres con los hombres era aún una novedad. Por ejemplo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y ley 30/1981, de 7 de julio de reforma del código civil español en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales tenía como objetivo adaptarse al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española de 1978<sup>600</sup>.

Dentro de este marco legal y social, las personas entrevistadas entienden que la maternidad es una opción libre de las mujeres en nuestra sociedad, porque se ha generalizado el acceso a los métodos anticonceptivos, y también al aborto (a pesar de que esta afirmación pueda parecer contradictoria a la luz de la legislación vigente). Se ha generalizado la idea de que las mujeres tienen un control sobre sus cuerpos y su

---

<sup>598</sup> Que dejaron de considerarse así como formas de mutilación.

<sup>599</sup> La recién aprobada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que se analiza en el capítulo segundo y tercero de la presente tesis.

<sup>600</sup> Las mujeres dejaban de ser incapaces legalmente, y podían trabajar, viajar al extranjero, abrir una cuenta bancaria, etc. sin la autorización de sus padres y/o maridos.

capacidad reproductora, que las permite evitar embarazos no deseados. El alto nivel de planificación familiar que existe convierte el control de la reproducción en una norma social explícita aceptada, de forma que se acepta que sólo se debe tener los hijos/as que se puedan cuidar y mantener (Meil, 2002:32).

*“Porque el hombre gitano, en teoría, el que manda es él y él es el que dice “pues quiero 3, quiero 4, quiero 5”. Así que ellas, si son libres, porque ella misma puede pensar “Tú quieres 3, quieres 4, pero la que manda en mi cuerpo soy yo” (María – M9).*

*“Yo creo que hay suficientes medios como para que si no se quiere ser madre, no se sea...yo creo que hay suficiente información sobre planificación familiar como para...” (Ana-M10)*

*“La prueba es que hay muchas más mujeres que no tienen hijos en la sociedad actual que en las anteriores, muchísimas más, por lo tanto, demuestra que hay una libertad” (Joan – P1).*

*“En mi ámbito social entiendo la maternidad como algo escogido y muy pocas veces como algo no deseado” (Pedro – P6)*

*“Más libremente escogida que hace 20 años sí, y que 50 también, que 40...por el tema de los medios anticonceptivos, por el tema de la independencia de la mujer” (David – P2)*

Pero a la luz de las entrevistas, se puede diferenciar la libertad que tienen las mujeres para evitar embarazos no deseados, y por otro lado, si la maternidad es una opción libre en la vida de las mujeres hoy en día y en nuestra sociedad. Ahí en cambio, hay una cierta unanimidad en afirmar por parte de las mujeres y las madres, que no puede hablarse de una verdadera opción libremente adoptada por las mujeres, porque debido a los fuertes condicionamientos sociales y culturales, la mujer se ve muchas veces forzada a cumplir con el mandato reproductor que viene impuesto por el rol de mujer y madre dominante en nuestra sociedad:

*“Pienso que si tú no quieres ser madre pero tu pareja te insiste, me parece que al final siempre acabas teniendo hijos” (Isabel – M8)*

*“Hay muchas madres que lo son no por quererlo ser, sino porque toca” (Ana-M10)*

*“La maternidad no es una opción. Porque los conceptos sociales que hay hacia la mujer marcan tanto que inevitablemente la mujer no sabe ver su vida sin la maternidad, un tanto por ciento muy elevado de las mujeres. Y sienten un vacío en sus vidas si no son madres. Y al final la sociedad te hace pagar el coste también si no tienes hijos”* (Tere - X5)

*“Con los hombres da igual que en la pubertad que a los 40 o a los 30. Hay menos exigencias. Con las mujeres hay exigencias cuando ya llegan a mi edad, entonces es que te machacan viva, no te dejan en paz. “No te queda tiempo, corre”. Me dan la chapa. Cuando viene un soltero, me machacan viva. Es insoportable, es una carga, es agotador”* (Tere - X5)

*“Yo creo que hoy en día no tenemos capacidad de elegir si no los tenemos, si no los queremos tener, y creo que esto condiciona el hecho de la decisión de querer tenerlos”* (Lucía – M6).

A pesar de la libertad reproductora y de planificación familiar, las personas entrevistadas desmienten la afirmación que algunos autores<sup>601</sup> hacen de que vivimos ya en una sociedad donde la maternidad es una opción libre, y también es una opción válida el vivir en matrimonio sin hijos/as o la maternidad en solitario<sup>602</sup>.

La supuesta libertad de las mujeres al decidir sobre su maternidad, queda en entredicho cuando las madres tienen que decidir si participan en el mercado de trabajo y cómo lo hace. Como afirma Carrasco (2006:52), estas decisiones están fuertemente influenciadas por la tradición patriarcal, las circunstancias familiares de esa mujer (cuántas personas dependen de sus cuidados, con qué recursos económicos cuentan, con qué tipo de soporte de otras mujeres cuenta), la oferta de servicios públicos de cuidado y la legislación del mercado laboral. Estos factores en cambio, no ejercen la misma influencia en las decisiones de los hombres.

El fuerte condicionamiento social llega a estar tan presente en la decisión de las mujeres sobre su maternidad, que una de las mujeres entrevistadas refleja claramente cómo esa falta de libertad se traduce en qué hay un variado repertorio de modelos de mala madre, aquellas que por acción u omisión están transgrediendo el modelo de

---

<sup>601</sup> Ver por ejemplo Meil (2002:33)

<sup>602</sup> Esta supuesta libertad de la mujer sobre la decisión o no de ser madre, es necesario conectarla con el debate sobre la autonomía procreativa en positivo y en negativo abordado en el capítulo segundo sobre el rol del Estado.

maternidad imperante en nuestra sociedad, el referente de buena madre que ha de cumplirse:

*“Está mal visto ser madre a partir de según qué edad, está mal visto antes de según qué edad, está mal visto no ser madre...así que está absolutamente condicionado el hecho de ser madre o no” (Martina - X2)*

Aunque puede predicarse para hombres y para mujeres, es especialmente cierto en el caso de las mujeres que las familias no constituyen espacios para tomar decisiones libres, sino que constituyen más bien ámbitos de limitación a la libre decisión (Meier, Peterson, Tertinegg and Zentai, 2007:111).

Estos modelos de buena o mala madre se desprenden también de las leyes sobre técnicas de reproducción asistida. Las leyes relativas a estas nuevas formas de reproducción, incluyen algunos límites éticos y morales a las posibilidades de ser madres de algunas mujeres. Por ejemplo, impidiendo que ciertas mujeres puedan ser madres gracias a las técnicas de reproducción asistida (las mujeres mayores de una determinada edad; las mujeres solteras o lesbianas en determinados ordenamientos jurídicos) porque se consideran posibilidades poco éticas o inmorales, excesos, al fin y al cabo del abanico de alternativas que abre las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no existen del mismo modo modelos sociales de buenos o malos padres que se reflejen en las leyes sobre reproducción asistida humana.

La mayoría de las encuestas que se realizan en Europa y España indican una diferencia entre el número de hijos/as que hombres y mujeres tienen realmente, y el número de hijos/as deseados<sup>603</sup>.

Como se ha visto anteriormente, a la hora de decidir tener hijos/as o no, y cuántos, el factor económico parece ser la razón más citada por parte de las personas entrevistadas para explicar esta diferencia:

---

<sup>603</sup> Por ejemplo en el estudio “Fecundidad y valores en la España del siglo XXI” del Centro de Investigaciones Sociológicas realizado en el 2006, las tasas de natalidad actuales, que difícilmente superan el 1,4 hijos/as por mujer, contrasta con que el 52,9 % de las personas entrevistadas les gustaría tener dos hijos biológicos y el 15,3 % tres hijos/as. También dentro del mismo estudio, el 41,2 % de las personas entrevistadas consideraban que el número ideal de hijos/as es de dos, el 23,1 % considera el número de tres hijos/as como el ideal, y tan sólo el 4,2% prefiere un hijo/a (porcentaje inferior incluso a los que consideran que el número ideal de hijos/as es de cuatro, opinión del 6,9% de las personas entrevistadas).



*“Ahora les queremos dar, aparte de educación y todo, les queremos llevar al mejor colegio, tienen que tener las mejores vacaciones, los mejores juguetes, los mejores vestidos...y eso, bueno, la sociedad del consumismo yo creo que ha influido” (Ana-M10).*

*“Vosotros pensáis “cuánto me va a costar el hijo al año, si voy a tener una habitación, si no lo voy a tener, qué futuro le voy a poder dar?”. Los gitanos no lo pensamos tanto. El tener un hijo es un regalo, no sé si me explico, el resto ya vendrá” (Tere - X5)*

Pero también las personas entrevistadas mencionan la pérdida de libertad personal (que podría relacionarse con esa ideología individualista dominante hoy en día), y esta opinión es especialmente repetida entre los padres entrevistados:

*“Pues si no hubiese tenido que aguantarlos, me hubiera gustado tener muchos, más... tener una criatura más pues son parte proporcional de gastos, parte proporcional de noches sin dormir, parte proporcional de médicos, parte proporcional de... la vida no está planteada... o no nos la planteamos para tener más, somos más cómodos o pasamos de problemas, o pasamos de noches de...” (Alex - P8)*

Los hijos/as como una merma de la libertad individual aparece más frecuentemente entre los padres y los hombres, que entre las mujeres y las madres, a pesar de que como se ha señalado ya, y demuestra el mercado de trabajo, las repercusiones negativas en el caso de la maternidad son muy superiores que en el caso de la paternidad. Aunque todos los indicadores muestran, que las madres en mayor grado que los padres, ven dañado su tiempo y su libertad personal, son ellos en cambio quienes más lo manifiestan y acusan. Los posibles cambios que la nueva familia postmoderna y la mayor igualdad de mujeres y hombres ha producido no ponen en crisis el arraigo del instinto maternal, de la división sexual del trabajo y del mito del amor romántico entre las mujeres.

Lejos de las aspiraciones de Rich de que la maternidad se convierta en un trabajo elegido libremente por las mujeres (Rich, 1976:280), la maternidad que nos relatan la mayoría las personas entrevistadas se acerca más a una maternidad tradicional atrapada o en contradicción con un proyecto personal y profesional tradicionalmente masculino. En cambio, como se ha visto y se analizará con más detalle, la experiencia de la paternidad se ha feminizado muy poco, y en ningún momento supone una contradicción con el mantenimiento de un proyecto personal y profesional tradicionalmente masculino, que permanece inalterado.

Pero también se ha aludido, cuando se mencionaban los factores detrás de la decisión de tener hijos/as otras razones, que tienen que ver mucho más con cuestiones de desigual reparto de responsabilidades sobre el cuidado de nuestra sociedad, y sobre desigualdad de género, que hacen que las mujeres no quieran tener los hijos/as que les gustaría tener, por el alto precio personal y profesional que tendrían que pagar:

*“Porque vivimos en un mundo desigual y la manera en que las mujeres estamos en el mundo condiciona también esa libertad” (Lucía – M6)*

*“También hay todo el tema de que muchas mujeres en teoría quieren tener hijos pero, tal y como están las cosas... y porque, además, desean otras cosas” (Sara-M3)*

*“Creo que en este país la huelga más organizada que se ha hecho, es la huelga que ha hecho una generación de mujeres de decidir no tener hijos.” (Diputada Congreso - PP2)*

Es interesante como también aquí aparece una cuestión de etnia y clase. No se valora socialmente igual el número de hijos/as que tiene una mujer de clase media y/o alta, blanca y autóctona, con el número de hijos/as que tiene una mujer gitana o inmigrante:

*“No hay derecho a ser madre. Es más: a la que tienes tres hijos la gente te mira por encima del hombro, sospechosos o pobre. No tienes derecho a tener tres hijos. Eso la infanta, la Cristina sí, tú no. Estás loca” (Tere - X5)*

*“Sancionarlas a cuestionar su maternidad y cuestionar si tienen derecho o no tienen derecho, simplemente porque son pobres. “Tú no tienes derecho a ser madre, tú no vas a ser madre, tú no tienes derecho” (Tere - X5)*

En este sentido la justicia reproductiva es un asunto de igualdad de género, pero también de raza y clase (Ehrenreich, 2008:8). Las leyes y políticas públicas reproductivas tradicionalmente han configurado el ideal de ejercicio reproductivo de las mujeres: por razones eugenista y natalistas. Las mujeres blancas de clases privilegiadas eran forzadas a tener hijos/as como un deber para la nación. La buena madre era la que se quedaba en casa para cuidar de sus hijos. Las mismas leyes y políticas públicas intentaban controlar la reproducción de las mujeres negras, de minorías étnicas o de clases sociales bajas. La mala madre era la que se quería quedar en casa a cuidar de sus hijos/as (beneficiándose de los subsidios sociales).

*(Qué persiguen las políticas públicas de protección a la maternidad?) “A tener más niños, yo creo que sí. Sí, realmente que la población autóctona (digámoslo así en este caso), tenga más hijos. Porque a las inmigrantes, a las gitanas las atiborran a anticonceptivos, con lo que sólo son los autóctonos. No sé si me explico. Esos no nos interesan, nos interesan que nazcan los blanquitos, de raza aria.” (Tere - X5)*

El movimiento que defendía el derecho al aborto como uno de los derechos reproductivos de las mujeres, hablaba de “maternidad voluntaria”, libremente elegida por las mujeres (Davis, 2008:87). Pero ese no es el caso de las mujeres negras y de minorías étnicas pobres que necesitan el aborto también pero por razones bien diferentes: sus circunstancias sociales y económicas harían imposible criar y mantener más hijos/as.

En opinión de algunas de las políticas entrevistadas, en esta diferencia entre el número de hijos/as deseados y el número de hijos/as que las parejas finalmente tienen, hay una cierta responsabilidad de las administraciones públicas, del Estado en suma:

*“Es evidente que cuando le preguntas a la gente cuántos hijos le gustaría tener, te dice 2 o 3 y tiene 1,3 pues aquí pasa algo, quiere decir que las administraciones públicas, cada una en su responsabilidad no provee de lo que es necesario para que los derechos en hagan realidad” (Diputada Congreso - PP1)*

Pero como se verá más adelante, cuando se analice la opinión de las personas entrevistadas sobre cuál es y cuál debería ser la actuación estatal sobre la maternidad la paternidad, no siempre es compartida y unánime esta responsabilidad estatal, ni se traduce en demandas sociales explícitas de una mayor intervención legal.

#### **4.1.3.3. No tener hijos /as como una opción vital**

Las personas que no quieren tener hijos/as se ven obligados a aportar razones para ello (la falta de tiempo, la gran responsabilidad que supone criar a un hijo/a hoy en día, etc.) porque aunque la maternidad y paternidad ya es hoy una opción libre en nuestra sociedades desde la generalización de los métodos anticonceptivos en la década de los 60-70, el mandato social de ser padres todavía está muy interiorizado en nuestra cultura (Alberdi y Escario, 2007:164). Tanto que algunas de las madres destacan en

este sentido que sólo se puede hablar de verdadera opción la que toman aquellas personas que deciden no ser madres:

*“Yo creo que la opción escogida es la no-maternidad” (Ana-M10)*

*“No estoy interesada en adquirir ese compromiso de responsabilidad, ni de cuidados no de afectividad, no en este momento” (Nuria - X3).*

Llega a ser tan fuerte la presión social por ser madre que algunas de las madres entrevistadas incluso mencionan cómo se llega a utilizar la mentira como excusa frente a la sociedad que presiona para que cumplas el mandato como mujer:

*“Se trata de una compañera que no quieren ser padres con su pareja y acaban diciendo que no pueden” (Isabel – M8)*

*“Muchas veces todavía, aunque sea de forma lamentable, pues eres un bicho raro si no eres madre o si no quieres ser madre...eres un poco desnaturalizada si dices que no quieres ser madre” (Martina - X2)*

Aunque la mayoría de las personas entrevistadas opinaban que la opción de no tener hijos/as era una decisión plenamente respetable tanto para hombres como para mujeres, algunos/as todavía compartían las dudas en entender una decisión así:

*“Opino que es perderse algo único. Es decir, si no tienes hijos pues no sé qué haces en el mundo, ¿no?” (Antonio – P4).*

*“Yo creo que se pierden algo brutal, lo más bonito que te puede pasar en la vida, pero si lo eligen a lo mejor...tampoco serían capaces de...es que es un sacrificio muy grande tener hijos” (Carla-M4)*

Una vez más, la vinculación madre y biología del sexo femenino es más fuerte entre los hombres y padres entrevistados. Por ello, según ellos la decisión de no ser madres llega a ser una cuestión “contra natura”, de excesiva racionalidad. En el caso de la mujer un exceso de racionalidad es algo negativo, y se deduce que una mujer demasiado racional es una mujer sin sentimientos.

*“No tengo ninguna idea en contra de estas mujeres, pero sin embargo pienso que es demasiado racional, y pierde y se desconecta de la propia naturaleza” (Adrian - Y2)*

*“A nivel genético estáis preparadas para ser madres, a nivel social la sociedad también te empuja a ser madre, si no lo haces te trata como a una persona extraña y egoísta...”*  
(Luis - Y3)

*“Es una acción de la cual te puedes arrepentir mucho, porque biológicamente y yo creo que también psicológicamente, una persona en este caso una mujer está preparada en una serie de tiempo de su vida para serlo, y cuando pasa ese tren, yo creo que muchas de esas mujeres que llenaron ese tiempo, es difícil que no tengan ese sentimiento de porqué no lo he hecho”* (Adrian - Y2).

La decisión de no ser madres es subrayada por muchas de las mujeres entrevistadas como una decisión antinatural, porque lo normal, lo natural, la consecuencia del instinto maternal que existe en toda mujer por el hecho de serlo, es querer tener hijos/as. La decisión de no ser madres o padres es juzgada por los hombres más como una falta de cumplir la función de perpetuar los genes, de transcendencia.

Sólo una de las políticas entrevistadas se atreve a formular que muchas de las mujeres que han decidido no ser madres lo han hecho como un precio personal a pagar para poder vivir en un mundo en igualdad de oportunidades que sus compañeros varones.

*“Pero en la práctica, las mujeres de una cierta edad se han encontrado, bueno, que o son madres o tienen igualdad... Creo que ante una indicación muy clara de nuestras madres, de nuestras progenitoras... de “tú has de tener tu trabajo, tu libertad, tu igualdad”. Eso ha prevalecido respecto a la necesidad de tener hijos o no”* (Diputada Congreso - PP2)

#### **4.1.3.4. Maternidad tardía**

La edad media de las mujeres en España en el momento del nacimiento de su primer hijo/a se ha ido retrasando progresivamente en los últimos años, hasta alcanzar la edad de 29,3 años, la edad más alta de la Unión Europea<sup>604</sup>. Muchos son los factores que pueden explicar este retraso de la maternidad: las dificultades de acceso al mercado de trabajo, las peores condiciones laborales de las mujeres, las dificultades

---

<sup>604</sup> Fuente: Indicadores Demográficos Básicos, 2007.

en el acceso a la vivienda, la tardía edad de emancipación juvenil en España<sup>605</sup>, los cambios en las relaciones de género, etc.

En nuestra sociedad la maternidad tardía es presentada como un problema, y aparece asociada a la ruptura de modelos familiares, a la pérdida de valores morales o de responsabilidad social de las personas (sobre todo de las mujeres)<sup>606</sup>.

Sampedro, Gómez y Montero (2002:13-14) destacan que la obsesión actual por la productividad biológica femenina (medida en número de hijos/as por mujer) ha llevado a identificar la maternidad con la fecundidad, cuando obviamente no es lo mismo ser madre, ni significa lo mismo la maternidad en nuestra sociedad, que el simple hecho biológico de parir hijos/as.

De las personas entrevistadas, sólo una de las madres entrevistadas hace alusión a esta realidad social<sup>607</sup>, que sin embargo tiene múltiples consecuencias: los mayores problemas de fertilidad, los mayores índices de prematureidad (aproximadamente el 9,9 % de los hijos/as biológicos son prematuros<sup>608</sup>), y el menor número de hijos/as, etc.

*“Pese a que se diga que se ha retrasado la edad de ser madre, creo que (luego habrá gente que piense que no), yo creo que es mejor, te da tiempo a vivir muchas más cosas. Por lo menos yo pienso que hasta los 30 yo he hecho lo que he querido y a partir de ahí es cuando me lo he planteado (...) , pero no creo que hay nada malo tampoco” (Isabel – M8)*

---

<sup>605</sup> La etapa juvenil se alarga ahora en España hasta los 29 o 35 años, y esta prolongación de la juventud se debe a que se haya alargado el periodo de formación de los jóvenes, la precariedad del empleo y las dificultades de acceder a la vivienda (Torns y Moreno, 2008.103).

<sup>606</sup> El propio concepto de maternidad tardía contiene una definición mediatizada por el entorno social y cultural donde se da. Porque médicamente puede considerarse maternidad tardía la que se produce a partir de los 35 años, ya que es a partir de esta edad cuando los embarazos se consideran de riesgo, se informa sistemáticamente a las mujeres sobre el diagnóstico prenatal, y también es la edad máxima para ser donante de óvulos.

<sup>607</sup> Aunque los datos socio-demográficos de todas las madres entrevistadas muestran que en general tuvieron su primer hijo/a acercándose a la media española de edad en el momento de su primer hijo/a, media bastante alta.

<sup>608</sup> Fuente: Estudio “Fecundidad y valores en la España del s. XXI”, 2006, Centro de Investigaciones Sociológicas.

Y esa misma madre subraya la doble moral aplicable a la maternidad y la paternidad tardía. Se critica a las madres egoístas que se empeñan en ser madres muy mayores, con todas las consecuencias negativas que esta decisión puede acarrear para sus hijos/as, pero en cambio se tolera y se acepta socialmente la paternidad en hombres mayores<sup>609</sup>:

*“En el caso de la paternidad, parece que lo alargan siempre, desde que pueden hasta que ya no pueden y no tendría un periodo de tiempo. Parece que es más comprensible que un padre sea a los 50, que a los 60, que lo sea una madre, que nos parece algo rarísimo, que es muy criticado. Que al final es lo mismo, porque le vas a dar los mismos años de dedicación a tu hija, es lo que te queda” (Isabel – M8).*

El escenario cultural en el que las mujeres españolas toman sus decisiones sobre la maternidad es la visión de un proyecto vital donde los hijos/as se encuentran “al final de un largo proceso”. Primero buscan encontrar una pareja para toda la vida, la estabilidad profesional, una vivienda en propiedad y haber disfrutado de un periodo de ocio y libertad en pareja antes de tener hijos/as (Sampedro, Gómez y Montero, 2002:18).

Hay dos características del mercado de trabajo y del modelo de bienestar español que refuerzan la idea de que la maternidad es una cuestión familiar o individual y no una responsabilidad social: la existencia de un mercado de trabajo con formas de inserción laboral que hacen muy difícil la conciliación de vida familiar y laboral y un sistema de protección social que descansa en la familia, como principal sustentadora de cuidados y de protección social, en donde existe una marcada división sexual del trabajo.

La maternidad tardía es muchas veces, no tanto una decisión libre y espontánea de las mujeres, sino una estrategia de adaptación a estas estructuras sociales y laborales que penalizan la maternidad.

*“La maternidad tardía como estrategia destinada a obtener una mayor estabilidad laboral y una posición de más fuerza en el mercado laboral cobra enorme sentido, ya que existe una conciencia clara de que los hijos amenazan el empleo y la promoción profesional de las mujeres.” (Sampedro, Gómez y Montero, 2002:32)*

---

<sup>609</sup> Este diferente tratamiento social a la maternidad y la paternidad cuando mujeres y hombres son mayores, ya se ha visto cuando se ha analizado las posibilidades que las nuevas técnicas de reproducción asistida ofrecen y que permiten ser madres a mujeres más allá de la menopausia.

Las estrategias que utilizan las mujeres para compaginar maternidad y trabajo pasan por una reducción del tiempo dedicado al trabajo y una movilización de recursos económicos (servicio doméstico, guarderías), y no tanto por una mayor corresponsabilidad por parte de los padres<sup>610</sup>.

Las madres se debaten entre un discurso de la compatibilización, donde el trabajo se ve como un logro irrenunciable de las mujeres, conseguido después de lucha de generaciones de mujeres, que aporta independencia económica y mayores derechos a las mujeres que trabajan; y también en un discurso de renuncia, donde no se defiende la opción de vida como ama de casa, sino la resignación a una opción de vida vistas las dificultades insalvables de compatibilizar trabajo asalariado y las responsabilidades derivadas de la maternidad

La creencia en el instinto maternal, la idea de que el deseo de tener hijos en el caso de las mujeres en un fenómeno natural, instintivo, *“que puede posponerse pero no perderse”*, frente a una paternidad construida y aprendida, hace que, a pesar de que la gran mayoría de las mujeres elige y decide cuando ser madres de una manera racional y meditada, este carácter natural del instinto maternal refuerza la asunción femenina de los cuidados de ese bebé (Sampedro, Gómez y Montero, 2002:33-34).

No debe extrañarnos, por tanto, que del análisis legal de las principales disposiciones sobre maternidad y paternidad, se obtenga la conclusión de que lo que se está buscando, al fin y al cabo, es un fomento de la natalidad y del bienestar de las generaciones futuras a través del refuerzo del rol de madres y cuidadoras de las mujeres.

#### **4.1.4. Cambios en la maternidad**

Todas las personas entrevistadas, especialmente las mujeres y las madres, destacan los cambios en el ejercicio de la maternidad que se ha producido en las últimas décadas en España, sobre todo utilizando como parámetro el modelo de maternidad que vivieron sus madres y el modelo de maternidad que ahora se vive más frecuentemente. El rol de madre-esposa no es tan fuerte como antes, donde la entrega

---

<sup>610</sup> Las madres acuden a estas estrategias de externalizar cuidados y reducir sus jornadas de trabajo no porque piensen que estas son las mejores opciones para compatibilizar los cuidados de sus hijos/as y sus responsabilidades laborales, sino porque ante la ausencia de corresponsabilidad masculina, estas son las únicas estrategias con las que pueden contar.



de las mujeres al cuidado de los suyos y a su papel de ama de casas era casi absoluto:

*“Creo que la mujer antes estaba mucho más sacrificada” (Carlota-M1)*

*“Mi madre era sus hijos, su casa y ya está. No se planteaba más cosas, no daba más allá” (María – M9)*

*“Mi madre no trabajó nunca, su dedicación ha sido plena, exclusiva a nosotros” (Isabel – M8)*

Las madres ahora gozan de ciertos márgenes de libertad, de elección, de tiempo para ellas, más allá de sus deberes como madres y esposas:

*“Entonces la diferencia clave es que para ella era una obligación clarísima y muy contextualizada, todo el mundo estaba de acuerdo en esto y, en nuestro caso, hay al menos abierto, una grieta donde se habla más de responsabilidad que de obligación, por un lado, de derecho y no obligación “ (Lucía – M6)*

El acceso a la educación y al mercado de trabajo supone uno de los elementos que explican los cambios producidos en cómo se vive la maternidad por las mujeres hoy en día<sup>611</sup>:

*“Años setenta, primeras trabajadoras que pretendían seguir o tener una carrera profesional parecida a la de un hombre y que se esforzaron mucho para llegar a eso. A veces me parece que nosotras lo tenemos más fácil” (Eva-M11)*

*“Era costumbre que en el momento en el que una mujer se quedaba embarazada se iba de la empresa y la empresa te daba el finiquito. Aquella que se quedaba, la miraba todo el mundo mal. Te tenías que ir” (Oriol – P10)*

---

<sup>611</sup> Torns y Moreno (2008: 115) apuntan también diferencias del discurso de las madres según la clase social. Las mujeres jóvenes de clase trabajadora se adscriben más fácilmente al rol tradicional de madres cuidadoras guiadas por el instinto maternal. Las madres de clases medias y altas, tienen más dificultades para identificarse con esta visión de la maternidad. Intentan en todo caso, mostrar su dedicación a la maternidad como un privilegio que ellas han escogido “libremente”.

*“Que yo haya tenido más formación universitaria que la que pudo haber tenido mi madre en su momento me otorga más opciones, más posibilidades de elección que las que ella pudo tener en su momento para la crianza familiar” (Ana-M10)*

A pesar de que los cuidados de los hijos/as es una experiencia todavía hoy marcadamente femenina, la mayoría de las madres entrevistadas subrayan también que viven responsabilidades como madres mucho más compartidas que las que vivieron sus madres<sup>612</sup>. Parece ser que hoy hay muchas más posibilidades de encontrarse con la participación del padre en las tareas de cuidado de los hijos/as, aunque aún se esté lejos de una verdadera corresponsabilidad.

*“Estaba más sola porque se ocupaba ella básicamente y que en este sentido mi experiencia está siendo distinta” (Sara-M3)*

*“Yo he vivido en una familia en la que mi madre no trabajaba y mi padre trabajaba 12 horas al día para sacarnos adelante y además...ahora no tiene nada que ver. La diferencia es que los dos tenemos que trabajar (Oriol- P10)*

Las madres de hoy en día apuntan que su incorporación en el mercado de trabajo es uno de factores que explican las evoluciones en el ejercicio de la maternidad y la paternidad. Pero algunas de las madres entrevistadas evidencian, que sus madres ya trabajaban de manera remunerada en el mercado de trabajo formal, y esto no cambiaba la situación de que sus madres eran las responsables en exclusiva del trabajo doméstico y de cuidados:

*“La carga familiar toda caía sobre ella (la madre), aparte de tener ayuda en casa, pero por lo demás, la tocaba a ella. Mi padre era de esos que no sabía dónde estaba el azúcar, incluso ella trabajando” (Daniela-M5)*

A pesar de que las madres entrevistadas destacan la evolución y el progreso que supone el modelo de maternidad que ellas están viviendo, con respecto a la maternidad que vivieron sus madres, también se desprende que las madres actuales no quieren vivir su maternidad en las condiciones (muchas veces muy sacrificadas y anuladoras) de sus madres.

---

<sup>612</sup> Aunque como señalan Torns y Moreno (2008:111) las madres jóvenes tienden a sobrevalorar la implicación de sus parejas en las responsabilidades sobre los cuidados de los niños/as y a infravalorar o dar por natural su propia dedicación como madres.

*“El rechazo de las hijas a seguir el modelo de sus madres, un modelo cada vez menos atractivo e incompatible con las nuevas oportunidades de ser reconocidas como ciudadanas con autonomía económica y capacidad de consumo – pues esa es la condición efectiva para el reconocimiento social en las actuales coordenadas culturales - ha hecho que muchas mujeres repriman la posibilidad de plantearse otros modelos de maternidad e incluso repriman el deseo de ser madre, como consecuencia de sentirse incapaces tanto de reproducir como de cambiar los modelos patriarcales de madres” (Aler, 2006:24).*

Una de las mujeres sin hijos/as entrevistadas ejemplifica de manera muy clara esta nueva posición de las mujeres:

*“Yo, o tengo un hijo con una pareja que me ayude, que se involucre, que tenga el mismo rol... o lo tengo sola. Para repetir lo mismo no... O sea, no me parece justo, ahora no me parecería justo, para nada. No lo toleraría. Yo quiero mucho a mi padre pero en estos momentos las cosas no son así. Se ha dado un salto generacional donde han cambiado las cosas (...) Estamos desarrollando nuestro potencial (...) Antes era un rol única y exclusivamente de madre y ahora es....abarca todo, igual que el del hombre” (Leire - X1).*

Una de las académicas entrevistadas señala una paradoja de la situación actual, y de los cambios más recientes que se han producido en nuestra sociedad, en la que se combina una tasa de natalidad bajísima, pero al mismo tiempo un aumento espectacular de la maternidad y la paternidad por adopción, o de la búsqueda de la maternidad y paternidad biológica a toda costa a través de las técnicas de reproducción asistida<sup>613</sup>:

*“En realidad en Cataluña vivimos una situación de la más peculiar. Aquí es la parte del planeta dónde las adopciones internacionales es mal alto. Y también es la parte del planeta, y sobretudo del Estado español, dónde existen más clínicas de fecundación asistida y hay todo un turismo de fecundación asistida. Y la tasa de natalidad es la más baja” (Antropóloga - A1)*

---

<sup>613</sup> Aproximadamente el 2,7% de las personas con hijos/as biológicos ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener ese hijo/a según el Estudio “Fecundidad y valores en la España del s. XXI”, 2006, Centro de Investigaciones Sociológicas.

También se hace eco de las críticas que desde el pensamiento feminista muchas veces se han hecho a la utilización masiva de las técnicas de reproducción asistida, recurso que, como se ha visto, sí que está protegido jurídicamente a través de una definición amplia de los derechos reproductivos de las personas.

*“El recurso a la fecundación asistida siempre hay un componente biologista “a ver si conseguimos un hijo propio”... esta manía genealógica de tener hijos de la propia sangre, de los propios genes.” (Antropóloga - A1)*

Lema Añón (1999:212) considera una paradoja la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en la sanidad pública: *“si no se convierten en un privilegio al que sólo se puede acceder quien se lo pueda pagar, con independencia de otras consideraciones. Sin embargo, garantizada por una sanidad pública con recursos escasos, se impone por encima de prioridades en otros campos, y se asume como principal estrategia en el lucha contra la esterilidad.”*

Es importante observar porqué en el caso de las técnicas de reproducción asistida, se duda de la pertinencia de incluirlas dentro de las prestaciones de la sanidad pública española. Los argumentos en contra utilizan razones de eficiencia<sup>614</sup>, la escasez de recursos económicos para cubrir las demandas médicas<sup>615</sup>, y de la necesidad de prevención ante problemas de esterilidad que muchas veces son el resultado de estilos de vida<sup>616</sup>. Pero sorprende que estos argumentos aparezcan cuando se trata de tratamientos médicos de los que se benefician mayoritariamente mujeres, y no se dude de la inclusión en la sanidad pública de otros tratamientos médicos, tan o más costosos (por ejemplo trasplantes de corazón, atención a accidentes en la realización de deportes de riesgo, enfermedades derivadas del consumo de tabaco, etc.) que igualmente son resultado muchas veces de estilos de vida.

Dentro de los cambios más recientes de la maternidad está la mayor aceptación de que las mujeres tengan proyectos individuales que les implique temporalmente

---

<sup>614</sup> Las técnicas de reproducción asistida son caras, como muchos de los tratamientos médicos cubiertos por la sanidad pública, y sus tasas de éxito son relativamente bajas.

<sup>615</sup> La sanidad pública como un sistema de recursos económicos limitados frente a una demanda creciente de nuevos tratamientos médicos a incluir bajo la cobertura de la sanidad pública.

<sup>616</sup> Sobre todo por postponer la maternidad a edades donde la fertilidad disminuye considerablemente.

separarse de sus hijos/as<sup>617</sup>. Incluso también hoy en día se aboga por la necesidad de que los niños/as se separen de las madres, de ese estrecho ligazón físico y emocional inicial, para que ellos tengan su propia individualidad (Rich, 1976: 37). Pero Rich reclama también la necesidad de que las madres recuperen su propia individualidad y dejen de ser sólo madres, categoría en la que una vez entras, nunca abandonas. En este sentido, una de las mujeres entrevistadas también comparte esta idea:

*“La necesidad de esta criaturita de estar con su madre; que no sé si existe tal necesidad más allá del periodo de lactancia, no sé, yo lo pongo en duda; así como todo el rato, todo el rato cuidado, no sé, tal vez no sea necesario...yo creo que a las criaturitas les va bien que estén con otras personas, que sean cogidas por otras personas, que sean partícipes del mundo desde otros ojos más allá de los de la madre”*  
(Martina - X2)

Otro de los cambios de la maternidad es que la experiencia de la maternidad se ha convertido en un elemento que aísla a la mujer. Antes las mujeres vivían en entornos donde había espacios comunes donde los niños/as acudían a jugar y correr, el cuidado de estos menores se podía compartir, y mientras se cuidaba a los menores las mujeres mantenían espacios de comunicación informal con otras madres (Rich, 1976; Aler, 2006).

Ahora las madres viven en unidades familiares aisladas, principalmente en ciudades o en áreas residenciales en las afueras de los núcleos urbanos, donde escasean zonas comunes seguras para los niños/as, y donde no existen apenas relaciones vecinales y familiares extensas, donde el cuidado se ha privatizado e individualizado.

Por otro lado, algunas de las madres entrevistadas destacan que la maternidad ha cambiado radicalmente los espacios de relación que tenían. Ahora apenas tienen, fuera de los que participan en calidad de madres:

*“Cambian muchas veces los espacios de relación que tienes, a pesar de que sigo manteniendo espacios de relación sin niños y expresamente y los fomento .... Se te crea todo un mundo de relación en torno a ellos que no tienes si no están ellos. Y eso te marca”* (Sara-M3)

---

<sup>617</sup> A pesar de cómo se ha visto, del dominio de la teoría del apego, y de la interpretación dada a la privación materna desde la década de los cincuenta hasta ahora.

Los cambios en la experiencia de la maternidad vienen influidos como se ha visto también, por la supremacía del conocimiento científico, por los avances médicos, y por los cambios en las relaciones de género. Esto lleva a situaciones también paradójicas como resume Marsico (2003: 152-153) *“Muchas feministas esperan que la paternidad asuma algunas de las características de la maternidad, la primera de todas el cuidado (...), sin embargo, ocurre lo contrario: la maternidad parece que se va modelando cada vez más hacia una experiencia de tipo masculino. Por una lado el embarazo y el feto se objetivan, mientras que, por otro lado, la experiencia y la subjetividad de la mujer no se escuchan ni se comprenden”*.

#### **4.1.5. El natural y animal instinto maternal**

La creencia en un instinto maternal es un fenómeno muy dominante, sin casi excepciones en el caso de los hombres y padres, y con algunas excepciones en el caso de las mujeres y madres. Cuestionar este carácter natural del instinto maternal es abordar un fenómeno casi “sagrado” de nuestra sociedad.

*“Hacer problemático lo que es sagrado es entenderlo como algo que no es ni natural ni dado, sino como una realidad socialmente construida”* (Hays, 1998:37).

Tanto los padres como los hombres no dudan en la existencia de este instinto maternal, aunque su definición a veces es confusa, unas veces se identifica con una función protectora y cuidadora a los hijos/as y otras veces se identifica únicamente con el deseo de ser madre:

*“Pues cambiar el pañal, con caca y con pipi me da igual....pero todo es más, no más duro, porque lo tienes que hacer y punto, pero para mi no es un placer, en cambio para ella parece que...bueno, placer tampoco es como más...se siente más protectora del niño”* (Antonio – P4)

*“¿En qué consiste? Pues en eso, en la búsqueda de ser madre”* (Alex - P8)

Casi todos los padres y hombres creen en una base biológica de este instinto maternal. Consideran que es una característica más del ser humano como mamífero, que ha pervivido como consecuencia de la propia selección natural:

*“Un instinto maternal puramente subconsciente que existe en cualquier animal” (Joan – P1).*

*“Si. El tirazón este que hay en el tema de hijos, el haber estado en el interior de la madre, yo creo que sí” (Oriol – P10).*

*“Aunque intentemos ser personas, al final somos animales, y por lo tanto hay un instinto que por mucha civilización y mucha historia que pase, no podremos erradicar, eso sale, de una u otra forma” (Adrian - Y2)*

*“Creo que el cuerpo de una mujer cuando queda embarazada y después pare un hijo, sufre unos cambios hormonales (...) Hemos evolucionado desde mamíferos y desde primates y el rol de madre tiene un componente, sino genético, yo creo que tiene un componente fisiológico, genético de que las hormonas regulan nuestro comportamiento” (Marc – P3)*

Tienden a dar toda suerte de explicaciones para explicar ese determinismo biológico, con una fuerte creencia en la influencia de las hormonas en el comportamiento de hombres y mujeres:

*“Todos los instintos tienen una base hormonal, después se intelectualizan, y después tienen una base en la que el cerebro está configurado de otra forma, el cerebro del hombre y la mujer” (Joan – P1).*

Estas diferencias biológicas se han utilizado históricamente para justificar desigualdades sociales de las mujeres. Como se ha puesto de manifiesto en esta investigación, deberíamos mantener ciertas cautelas ante lo que se presenta como conocimiento científico objetivo. Cuando se ha analizado la relación entre maternidad y ciencia<sup>618</sup>, se han recogido por ejemplo, algunas de las críticas feministas a la presunta objetividad y neutralidad del conocimiento científico, que en ocasiones presenta como “científico” y “empíricamente” probados argumentos para defender las diferencias de género atribuidas a mujeres y hombres en nuestra sociedad.

Un ejemplo que ilustra esta necesidad de hacer estas reservas, es precisamente el trabajo de algunos autores, como Cresson y Romito (1993); Romito (1990), Escribá; Más; Romito y Saurel-Cubizolles (1999) cuando muestran que tradicionalmente se

---

<sup>618</sup> Tanto en el capítulo primero como en el presente capítulo.

considera patológico, y objeto de diagnóstico psicológico y psiquiátrico, comportamientos y estados mentales de las madres cuando no dan abasto con sus responsabilidades naturales ante la reproducción. Es el caso de la depresión postparto, que responde a un estado de la madre que no puede hacer frente a un sinnúmero de sobrevenidas responsabilidades paralelas (hacerse cargo del nuevo bebé, del trabajo doméstico, del cuidado del marido en un ambiente de soledad y falta de soporte y reconocimiento social), y que tiene un origen más social que biológico y hormonal, como en cambio la ciencia presenta<sup>619</sup>. La depresión postparto<sup>620</sup> es mayor entre aquellas mujeres que no tienen pareja, que tienen problemas económicos, o entre las que tienen pareja pero mantienen una relación pobre, cuando ellas son las responsables mayoritarias del trabajo doméstico y cuando el hijo/a ha estado enfermo durante el primer año de vida (Escribà, Más, Romito, Saurel-Cubizolles, 1999:297)<sup>621</sup>.

Cuando se aborda el instinto maternal y su legitimidad biológica la opinión de las mujeres y madres en cambio varía. Las madres mayoritariamente creen en la existencia de este instinto maternal, aunque no dan tantas explicaciones de su posible fundamentación biológica u hormonal, sino simplemente como una característica que diferencia a hombres y a mujeres:

*“El instinto maternal siempre lo tiene la hembra. El varón es totalmente diferente. No sé, es que es una cosa que no se puede explicar” (María – M9)*

---

<sup>619</sup> Cresson y Romito (1993:52-53) también muestran que los factores sociales en general tienen un impacto diferente en la salud mental de hombres y mujeres, y por ejemplo se ha demostrado que el matrimonio tiene un efecto beneficioso en la salud mental de los hombres, pero justo el contrario en las mujeres. Las mujeres se deprimen más si están casadas, según aumente su número de hijos/as, si son amas de casa a tiempo completo y cuanto menos participa su marido en las tareas domésticas y en los cuidados de los hijos/as.

<sup>620</sup> La depresión puerperal es un trastorno equiparable a otro episodio depresivo. En el Manual de Diagnóstico y Estadística de Trastornos Mentales, 4.<sup>a</sup> edición (DSM-IV) aparece la primera definición del «trastorno depresivo de inicio en el posparto», según la cual se trataría de un episodio depresivo mayor, que comienza en las primeras cuatro semanas tras el alumbramiento de un hijo/a. Ha habido numerosos estudios sobre la prevalencia de la depresión postparto, los primeros afirmaban que un 10-20% de las mujeres presentan esta enfermedad durante las 4-6 semanas posteriores al parto (Cooper; Murray (1993), aunque hay estudios posteriores que sitúan esta incidencia en valores inferiores alrededor del 13 % (O'Hara; Swain, 1996).

<sup>621</sup> En cambio estas autoras no encuentran en su investigación una relación significativa de la mayor incidencia de la depresión postparto con factores como el nivel educativo de la madre, si el hijo constituye el primero o segundo, la clase social, o factores perinatales (cesárea o no, sexo del bebé, parto prematuro, alimentación natural o artificial, etc.) (Escribà, Más, Romito, Saurel-Cubizolles, 1999:296).



*“Es una cosa que no lo puedes expresar porque lo llevas dentro. Es una cosa espontánea que te sale, el instinto maternal es espontáneo” (María – M9)*

*“Yo siempre he querido tener hijos, nunca me he planteado no tenerlos” (Daniela-M5)*

*“Sí, fijo, yo creo que sí, porque las mujeres somos completamente distintas a los hombres y es el instinto que llevamos las mujeres ... damos prioridad en nuestra vida a los hijos” (Daniela-M5)*

Y la explicación de su existencia basta con su propia experiencia individual o la constatación que las niñas pequeñas ya tienen actitudes típicamente maternas sin entrar a cuestionar el fuerte componente cultural de estos comportamientos<sup>622</sup>.

*“Ese apego por cuidar a un niño pequeño o a una persona desvalida....porque yo lo he visto en niñas muy pequeñas que ya lo tienen” (Ana-M10)*

*“Sí, totalmente, porque yo nunca me había planteado tener hijos y de repente me vino algo, una necesidad. Y vamos, yo nunca lo hubiera pensado y de hecho la gente se quedaba alucinada cuando supo que yo iba a tener un hijo porque no entraba dentro de mis esquemas antes de los 33, 32 que me quedé embarazada” (Patricia – M2)*

Sólo las mujeres que no tienen hijos/as o las madres que provienen de ámbitos académicos o profesionales cercanos al pensamiento feminista son quienes llegan a dudar de la existencia del instinto maternal, o lo explican como una construcción social más de nuestra sociedad:

*“Ha sido construido y entonces a las mujeres se nos ha enseñado que tenemos un instinto y que tenemos que tener esa necesidad” (Nuria - X3)*

*“No creo que sea un instinto maternal. Creo que es algo más social, referente al estatus social que también tiene mucho que ver. Es como la sociedad ha marcado durante la historia a las madres o a las mujeres que son madres o a las que no son madres. En todas las culturas. Eso lo llevamos tan adentro que hace que la mujer inevitablemente saca su instinto maternal, porque no tiene más remedio, porque es como la sociedad nos ha concebido” (Tere - X5)*

---

<sup>622</sup> Contrariamente a lo que Beauvoir afirmó en 1949 en “El Segundo Sexo”, para muchas de las mujeres entrevistadas, nacemos mujeres y no nos hacemos o nos hacen mujeres.

*“Ni viví la maternidad como una cosa idílica entre nubes ni nada. No, no lo vivo como un instinto de maternidad. Si creo que como mujeres estamos biológicamente preparadas para ello y que en algún momento decides si esa es tu opción o no. Pero como instinto no. Ahora, un instinto de cuidados a ese ser que depende de ti una vez que lo tienes, creo que sí, pero no creo que sea sólo propio de las madres, o no debería serlo” (Ana-M10)*

Incluso se explica como un factor más de esa construcción social del instinto maternal, la presión social a la mujer en edad fértil para que cumpla su mandato de mujer: ser madre. Ninguna de las mujeres entrevistadas lo menciona explícitamente, pero en las siguientes citas están definiendo y desmitificando lo que socialmente se califica como “reloj biológico”, ese “tic-tac” interior de que “se te pasa el arroz”:

*“Y tu entorno lo fomenta, porque a una determinada edad, cuando no tienes hijos, la gente te empieza a preguntar...hay un engranaje alrededor de la reproducción humana” (Sara-M3).*

Es destacable como algunas incluso precisan que lo que se entiende popularmente por instinto maternal corresponde simplemente al instinto reproductor que hombres y mujeres tienen para cumplir el mandato natural de supervivencia de la especie<sup>623</sup>:

*“No creo que sea instintiva la maternidad, sino la reproducción, la necesidad de reproducción ... es el deber de mantener la especie” (Lucía – M6)*

*“Es para que todo siga, no? Porque si no nos reproducimos...” (Sara-M3)*

Cuando piensan que el instinto de maternidad es algo cultural y socialmente construido, dan un contenido diferente a los comportamientos y sentimientos que se clasifican como instinto maternal:

---

<sup>623</sup> Las leyes de protección de la maternidad y la paternidad analizadas en el capítulo anterior, supuestamente protegen la realización y las consecuencias de este instinto maternal. Si se buscara la protección de ese instinto de reproducción de los seres humanos, las leyes se acercaría más a legislar para permitir una autonomía reproductiva en positivo y en negativo, y se hablaría entonces en el ámbito laboral de permisos parentales o de permisos por nacimiento de hijo/a o permisos por cuidado. Este tipo de instituciones jurídicas estarían también más cerca de proteger el interés supremo del menor que constituye uno de los principios jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico.

*“Yo lo veo así como una responsabilidad hacia ese ser que depende de ti, ... pero no como un instinto que sólo tengamos las madres y no podrían tener los padres” (Ana-M10).*

*“Las prácticas sociales y cotidianas hacen que una cosa se vuelva necesaria, etc., y por ejemplo, el instinto maternal quiere decir que por la noche te despiertas de golpe, sospecho yo que si tú cuentas con que el otro no se va a despertar..., pero si sabes que una criatura tierna, totalmente dependiente de ti está a tu cargo, no te preocupes que lo oirás llorar, la cosa es el proceso por el que experimentas esa responsabilidad respecto a la criatura y en qué medida le está vedado al hombre o no le está vedado” (Socióloga - A2).*

Sólo una de las madres entrevistadas, utiliza el ejemplo de la maternidad por adopción como muestra de que el instinto maternal es algo socialmente construido:

*“Porque yo no creo que exista el instinto maternal, lo que creo es que cuando tienes un hijo, como sabes que es tuyo, forma parte de ti, te sale lo que se llama instinto maternal, que es volcarte en él y cuidarlo....¿pero si es adoptado qué pasa? Pues también, porque es tuyo, tú eres la responsable de ese ser, entonces te sale lo que se puede llamar instinto maternal o responsabilidad o lo que quieras” (Carla-M4)*

La construcción cultural del instinto maternal es uno de los resultados de los procesos de socialización de hombres y mujeres.

*“Tal proceso de socialización condiciona las posibilidades materiales de vida, las actitudes y las representaciones simbólicas de ambos géneros y posiciona a las mujeres en situación de subordinación respecto a los hombres. Ya que en esa socialización diferencial de género se consigue que esas diferencias devengan desigualdades y que, además, éstas permanezcan invisibles” (Carrasquer, Torns; Tejero y Romero, 1998:97).*

Como estas autores señalan, este proceso de socialización diferente para hombres y para mujeres se produce en el seno de la familia, permaneciendo así oculto, y ayudando a que las diferencias culturales entre hombres y mujeres, como por ejemplo la especial dedicación de las mujeres al cuidado, se presente socialmente como una característica inherente y natural de la condición femenina en la forma de instinto maternal ligado al sexo femenino.

La existencia del instinto maternal sobre todo cumple una función para madres y para padres. Los padres justifican su menor implicación en los cuidados y responsabilidades de los hijos/as, sobre todo cuando son pequeños, debido a que las mujeres son las principales responsables llevadas por el instinto maternal, instinto de naturaleza puramente natural y biológica. Y las madres también se apoyan en la existencia de ese instinto natural que las lleva a considerar las responsabilidades domésticas y de cuidado como una prolongación de su identidad como mujer, lo que las dota de un reconocimiento moral frente a la familia y al resto de la sociedad.

Alberdi y Escario (2007:81-84) hacen un interesante análisis del aprovechamiento social que se hace de la creencia generalizada de que existe un instinto maternal de naturaleza natural y biológica. Prueba de que dicho instinto no existe, es que hay numerosas mujeres que no quieren ser madres, o que hay madres adoptivas que quieren igualmente a sus hijos/as aunque no hay ese vínculo biológico.

Pero la creencia en ese instinto maternal hace muy difícil a las mujeres que no quieren tener hijos/as, reconocer abiertamente esta opción vital, porque significa transgredir al rol de género por excelencia. También este instinto maternal funciona como una barrera que invisibiliza las tareas y sentimientos negativos asociados a la maternidad, las madres que se quejan de estas consecuencias negativas de la maternidad son malas madres, al fin y al cabo, y carecen de instinto maternal. Esto también hace aún más difícil reclamar igualdad de responsabilidades en la crianza de los hijos/as, ya que se asume que las mujeres deben de ser responsables en exclusiva de estas tareas, siguiendo los dictados de su instinto maternal interior, que las hace anteponer los intereses de sus hijos/as a los propios, personales o profesionales.

A la luz de la mayoría de las entrevistas realizadas, la maternidad es biológica y la paternidad cultural. Por ello, una misma realidad, como puede ser el cansancio de padres y madres después de una jornada laboral, cuando regresan a casa y tienen por delante todavía sus responsabilidades domésticas y de cuidado, no se interpretan socialmente por igual. A pesar de que es bastante común hoy en día que ambos, padre y madre, desempeñen un trabajo remunerado fuera de casa, el cansancio del padre se entiende como un cansancio legítimo pues es producto de una actividad laboral asalariada que merece un descanso. El cansancio de la madre no se permite, porque su instinto maternal la permite y la exige seguir cuidando y atendiendo a las necesidades de hijos/as (es decir, trabajando para otros/as).

Las investigaciones que desde la psicobiología (por ejemplo Baron-Cohen, 2005; Brizedine, 2007) ha intentado demostrar la existencia de un determinismo biológico para la configuración de un instinto maternal, e incluso de un comportamiento típicamente masculino y femenino frente a la paternidad y maternidad, se basa en investigaciones realizadas sobre adultos en los que ya ha influido una educación y una determinada construcción cultural de lo que es femenino y masculino. Por lo tanto, es muy difícil explicar tan sólo en términos biológicos los comportamientos masculinos y femeninos, no se sabe cuánto de determinismo biológico y cuanto de construcción social hay, ya que son personas adultas con una trayectoria social y cultural que ha influido en sus patrones de comportamiento<sup>624</sup>.

Además, aun en los casos que se admita un condicionamiento biológico, u hormonal, del comportamiento de hombres y mujeres, también es propio de los seres humanos el actuar por encima de las leyes de la naturaleza, como seres racionales que actúan voluntariamente, y no sólo guiados por sus instintos animales<sup>625</sup>.

De todas formas este determinismo biológico en el caso de la reproducción está, como se ha visto a lo largo de las entrevistas, muy presente en la mentalidad dominante de hombres y mujeres. También se ha visto la importante función social que tiene la creencia en este instinto maternal, para explicar y justificar la desigualdad posición de hombres y mujeres respecto al las responsabilidades de los cuidados así como el mantenimiento de la división sexual del trabajo.

La ideología de la maternidad intensiva es un elemento más que forma parte del llamado instinto maternal. La maternidad intensiva (Hays, 1998:44) defiende unas

---

<sup>624</sup> Pero los estudios antropológicos (Birke, Himmelweit, Vines, 1990:22-23; Margaret Mead, 1935) han demostrado que los papeles de hombres y mujeres varían según las culturas y a lo largo de la historia. Las teorías que defienden este determinismo biológico intentan en cambio universalizar y explicar los hábitos concretos de una sociedad, y elevarlos a la categoría de “naturales” (por ejemplo Morgado, 2005;2006). Obviamente la biología nos determina como seres humanos, pero una de las características también biológicas de los seres humanos es su capacidad de adaptación y de actuar por encima de sus instintos y guiados por la razón. Los seres humanos somos capaces de adaptarnos y cambiar la sociedad y el entorno en el que habitamos, pero igualmente nuestro comportamiento está condicionado por ese entorno en el que estamos. Nuestros deseos (incluido el deseo de ser madre) y nuestros comportamientos (incluido aquellos guiados por el llamado instinto materno) no puede ser puramente natural, de la misma manera que no puede ser puramente social.

<sup>625</sup> La institución de la maternidad exige a las mujeres “instinto maternal” en vez de inteligencia, entrega en vez de realización personal y relación con los demás en vez de desarrollo personal (Rich, 1976:42).

relaciones humanas desinteresadas y donde prima la relación humana y la entrega. Propugna unas relaciones contrarias a las que triunfan en nuestro modelo económico capitalista y estatal, donde prima el comportamiento racional y utilitario. Pero aunque resulte paradójico, a medio y largo plazo la ideología de la maternidad intensiva sirve y contribuye a este modelo económico y social<sup>626</sup>.

## **4.2. Perspectivas socio-jurídicas sobre la paternidad**

### **4.2.1. Padre y paternidad**

En las entrevistas realizadas, también se ha investigado sobre los elementos que forman parte del concepto social dominante de padre y paternidad.

Las madres se identificaban como una categoría esencialista de la maternidad, pero no ocurre lo mismo con los **padres**, que son primero hombres o personas, y luego además, padres de criaturas. Igualmente se limita más el uso de padre como un adjetivo, no como una categoría, y más limitado al periodo de vida que los hijos/as son más pequeños.

*“Es como si estuviera antes: ser hombre que ser padre, como si fuera más importante ser hombre que ser padre” (Pablo - Y5)*

---

<sup>626</sup> La maternidad intensiva (Hays, 1998:238-241) es una ideología al servicio de diferentes intereses:

- a) El Estado, es el primer interesado en las formas de control social y de la institución familiar a la que las prácticas de la maternidad intensiva contribuye. A través de la maternidad intensiva además se educa a los futuros ciudadanos/as de acuerdo a los valores que el estado promueve.
- b) También es una ideología al servicio del sistema capitalista: si la principal responsabilidad de las mujeres es ocuparse del hogar y de los hijos/as, esto ayuda a que las mujeres acepten peores trabajos y peor remunerados en el mercado de trabajo, porque al fin y al cabo sus trabajos son un complemento del salario familiar que lo proporciona el trabajo del marido, padre de familia. Además así se asegura la formación barata, continuada y flexible de futuros trabajadores sin que al sistema capitalista le cueste casi. Y también la maternidad intensiva contribuye a formar futuros consumidores que permitan la continuidad de la lógica del mercado.
- c) También sirve a los hombres. Esta ideología justifica la ausencia de los hombres en el cuidado de los hijos/as y en el trabajo doméstico. Ayuda a que los hombres no tengan que competir con las mujeres en el mercado de trabajo. Y legitima la continuidad del sistema de subordinación de la mujer en nuestra sociedad.

En general casi todas las personas entrevistadas tienden a definir a un padre esencialmente por las funciones sociales de cuidado, educación, autoridad moral, y responsabilidad sobre sus hijos/as:

*“Es la persona con la que tú, bueno, que te ayuda a crecer, a madurar, a tener unos referentes, a entender un poco la sociedad” (Carlota-M1)*

*“Para mí un padre debería ser como una madre, debería. Para mí, como yo lo he vivido, no es igual que una madre. El padre es la persona que se encarga de lo que se encargan todos los padres de todas las culturas: la responsabilidad de que la familia no se tuerza, la responsabilidad de que el hijo vaya por el buen camino, la responsabilidad de traer el pan a casa, la responsabilidad de casarte, de tal, de cual, de darte..ese es el padre” (Tere - X5).*

*“Padre es esa figura en la que te miras, que te va a enseñar....eso es lo que te suena que te han enseñado con la palabra padre. Padre suena a responsabilidad, suena a crianza de los hijos pero no en sentimientos” (Gerard - Y4)*

Las pocas veces que se menciona al padre como una categoría puramente biológica, se trata de remarcar que es sólo quien ha participado para hacer posible el nacimiento de un nuevo ser, o se subraya esa función de transcendencia, que los hijos/as suponen una continuación de ti mismo una vez tú hayas desaparecido de esta vida:

*“El padre es el que puso la semilla, bueno, y todo lo demás” (Ana-M10)*

*“Entonces un padre es aquel que fecunda, básicamente, y con el que te lo tienes que currar para que haga algo más allá” (Martina - X2)*

*“Es como dejar algo en el mundo tuyo, es como un poco una continuidad tuya...” (Pablo - Y5)*

El deseo de ser padre no está tan arraigado en los hombres y padres entrevistados. Muchos ni se lo han planteado o ni se lo habían planteado hasta el momento que fueron padres. No hay un estigma social asociado a esta falta de instinto paternal, que produciría un deseo irrefrenable y claro de ser padre, y por ello los padres entrevistados no tienen ningún problema en reconocer abiertamente su falta de deseo paternal:

*“Te diré que nunca me lo había planteado, nunca había sentido esa necesidad de querer ser padre...” (Pedro – P6)*

*“Cuando tuvimos el primer hijo fue extraño, fue chocante... Yo creo que al principio no te estableces como padre... al menos yo, no logré establecer unos lazos, unos vínculos afectivos impresionantes...” (Javier - P9)*

*“Sí quería ser padre, pero tampoco me pasaba toda la vida pensando en que iba a ser padre. Los hombres somos así” (David – P2)*

*“Si me preguntas si en algún momento deseé ser padre, nunca de una forma concretada de quiero ser padre. Era “bueno, podría ser una cosa chula tener hijos, ¿no?”(Marc- P3)*

Estas diferencias entre las madres y los padres se explican en parte por las diferentes formas de socialización desde que somos niños y niñas pequeños. A los hombres se les enseña en el “ser”, de ahí por ejemplo la importancia del trabajo remunerado en la construcción de la identidad de los hombres, que llega a ser una identidad laboral, como se analizará más adelante. A las mujeres se les educa en el “hacer”, y por eso, ellas construyen su identidad en la manera que cumplen el rol esperado de cuidadoras, que hacen y actúan las tareas esperadas. Por eso, cuando las mujeres están con sus hijos/as, se consideran que “son” y que no “hacen”, porque no es un trabajo, sino es una manera de estar en el mundo inherente a la propia condición de mujer.

El concepto de **paternidad** se entiende como una definición casi exclusivamente legal, que incluye más deberes y derechos de los padres en relación a los hijos/as, estrechamente vinculados a momentos de anormales o excepcionales de la vida de los padres: la reclamación o posible investigación de la paternidad, los derechos y deberes de los padres en caso de separación y divorcio, etc.

*“Padre es el que lo tiene reconocido en el registro civil” (Ana-M10)*

Hay diferencias patentes entre la visión de la maternidad y paternidad de hombres y mujeres; a las madres las ha cambiado la vida la maternidad, aparece una nueva persona que pasa a ser totalmente dependiente de ellas:



*“Si cambia mucho porque te cambia la vida. De no tener a nadie a cargo, tienes una personita...Pero bueno, tienes muchísimas responsabilidades, ya tus actos implican a otra persona” (Ana-M10)*

*“Tener un hijo, si realmente lo asumes, es que lo tienes en la cabeza cada día, no te puedes olvidar” (Sara-M3)*

Y condiciona todos los aspectos de su vida, hay un antes y un después completamente diferenciado:

*“El hecho de ser madre te forma, te forma en otros aspectos, te da también una formación que la podemos considerar escuela, otro tipo de escuela” (Sara-M3)*

*“Pues que te cambia todo, te da un vuelco, porque ya tienes responsabilidad, sabes que tienes que estar por tus hijos y por tu casa” (María – M9)*

*“El padre puede pasar más o menos, pero la mujer ya queda atada...a su vida, bueno, le cambia todo...sus preferencias, sus necesidades, todo.” (Antonio – P4).*

*“Pues ser madre para mí ha supuesto (y esto se lo he dicho a mucha gente), para mí ha supuesto ser mejor persona” (Carla-M4)*

Con la llegada de los hijos/as las madres entran en esa categoría esencialista como “madres” que no abandonarán ya jamás, y que constituyen la forma de ser más normal y esperable en nuestra sociedad. Pero el mismo acontecimiento tiene consecuencias completamente diferentes en el caso de los hombres. A los padres la paternidad les ha hecho más responsables, más maduros, y en todo caso, tienen menos tiempo libre y de ocio.

*“Sobre todo cuando un hombre gitano, porque tiene más responsabilidad, no sale tanto... sobre todo esto. (Se vuelve más maduro) porque sabe que tiene una responsabilidad, que tiene una casa y que tiene unos hijos” (María – M9)*

*“No es explícito, pero implícitamente es un hombre más maduro, se le considera un hombre más maduro, se le considera un hombre con más responsabilidades y, por tanto, que puede ejercer con más eficacia la responsabilidad, es un hombre considerado más estable, más equilibrado, que lleva una vida más ordenada, al contrario: que tiene más obligaciones y por tanto no abandonará nunca una vida más... recta, que es la familia y el trabajo...” (Lucía-M6)*

*“Yo creo que incluso se ve como más positivo, haber alcanzado una situación de madurez” (Ana-M10)*

*“A los hombres se les da un reconocimiento social por ser padres” (Nuria - X3)*

*“Sientes que hay gente que depende de ti en el mundo y esto te cambia mucho la forma de concebirlo todo y la forma en que lo afrontas todo. Te vuelves mucho más vulnerable, muchísimo más vulnerable. Es un cambio terrible, realmente.” (Joan – P1)*

*“Más tranquilidad en tu vida, no tanta juerga y tanta historia. Vamos, que yo pienso que sí que cambian las cosas...también en la parte sentimental o con tu pareja y todo esto, pues cambiará. Es una nueva persona que entra a formar parte de la relación” (Oscar – Oscar - Y1)*

Para los hombres entrevistados, en general, la paternidad es una forma de entrar en la vida adulta, aunque no implica un cambio en su forma de ver y sentirse hombres en la vida. La mayoría de los padres no tienen ningún problema en expresar abiertamente las contradicciones de la paternidad: es un gran contratiempo.

*“Es una personilla que no deja de hacer putadas, eres dependiente de todo lo que te haga. No deja de hacer barbaridades y eso” (Javier - P9).*

*“Lo primero, es un bicho que llora y a veces molesta más que otras cosas pero...” (Pedro – P6)*

Los principales cambios en su vida implican recortes en su tiempo de ocio, en su participación en el espacio público, curiosamente en lo que sucede de puertas para fuera, no tanto a nivel personal<sup>627</sup>:

*“Sería más lo social, tu familia, tu ocio, tu gasto, tu inversión...yo de hecho me he comprado el piso por el hijo” (Antonio – P4)*

*“Las vacaciones ya son ir a un sitio, donde puedas estar tranquilito, se acabó hacer rafting, barranquismo y yo que sé, todo este tipo de cosas” (Javier - P9).*

---

<sup>627</sup> De nuevo aparece la contradicción de que quien normalmente sufre una menor discriminación en su tiempo libre, los hombres, son quienes en cambio se quejan mucho más de este cambio en sus vidas.

*“Yo el fin de semana lo paso con mi mujer y mi hijo, es que nos condiciona a los dos, y nos vamos de vacaciones... antes nos íbamos de vacaciones, alquilábamos un coche donde nos íbamos y nos hacíamos cientos de kilómetros (...) Ahora no, ahora buscamos un hotel, pensión completa para no salir de allí. Te condiciona de esa manera pero, es lo que comentábamos, ya lo sabíamos.”(Oriol – P10)*

*“En cuanto al ocio por supuesto, no es lo mismo moverte tu sola o con tu pareja a un viaje por Europa, o tu sola o con tu pareja un fin de semana romántico a Sitges que moverte con 2, o con 3 personitas que están demandando todo el rato. Ahora me he cagado, ahora quiero comer, claro, te cambia todo” (Adrian - Y2).*

Algunos padres entrevistados se atreven a reconocer, que su responsabilidad como padres es menor que la responsabilidad como madres que tienen sus compañeras. Los argumentos que estos padres utilizan generalmente tienen que ver con su necesidad de tener plena disponibilidad para sus trabajos, y también porque como su salario es generalmente superior, la desigual asunción de las responsabilidades sobre los hijos/as comunes se presenta en términos de costes de oportunidad, la familia deja de ingresar menos si es la mujer quien sacrifica trabajo e ingresos, mientras que la pérdida económica será mucho mayor si el principal proveedor de ingresos familiares, el cabeza de familia varón deja de trabajar para atender a los niños/as (Torns y Moreno, 2008:114).

*“Yo creo que a veces soy egoísta y me olvido del sentimiento de ser padre” (Oriol – P10)*

*“¿Qué si creo que los tienen? (Igualdad derechos y obligaciones de madres y padres) No. ¿Qué los deberían tener? Sí. Porque estamos en una sociedad machista, queramos o no. Y te confiesa el primer culpable. Partícipe-culpable, de ayudar poco en casa y estas cosas” (Oriol – P10)*

Diferentes investigaciones sociológicas recientes muestran que la participación del padre en los cuidados de los niños/as sólo se incrementa cuando la madre trabaja fuera de casa a tiempo completo (Carrasco, 1991, Carrasco y Alemany, 1994; Brullet, 2009:97). Y aun así, la madre sigue destinando el triple de tiempo que el padre a la atención primaria básica (hacerse cargo de la comida, vestirlos, etc.) y el doble de tiempo a la atención secundaria (cuando el cuidado del menor se realiza al mismo tiempo que otra actividad doméstica). En cambio, en la dedicación de atención

primaria de calidad (lo más cercano al tiempo de sociabilidad) no hay diferencias tan notables entre padres y madres (Gutierrez-Domenech, 2007).

Brullet (2008:53) sostiene que existen diferencias en la participación del padre en los cuidados de niños/as según la clase social, y que los cambios hacia una mayor implicación de los hombres han sido mayores en el caso de las clases sociales obreras. Sus investigaciones empíricas demuestran que las familias de clase social media y alta, suelen tener mayores ingresos económicos con lo que pueden pagar el desplazamiento de los cuidados a alguien fuera del hogar para que la mujer pueda también tener un proyecto laboral propio, y eso hace más fácil el mantenimiento de la división sexual del trabajo y los roles de género tradicionales. Mientras que en las clases obreras, la necesidad de que las mujeres también trabajaran, ha forzado que algo cambiara en el reparto de los cuidados de los niños/as ante la imposibilidad de otro tipo de estrategias familiares.

Un dato que ilustra esta situación, y que debe además entenderse en el contexto de horarios laborales dominantes en el mercado de trabajo español, es la información del Panel de familias e infancia<sup>628</sup> que muestra que el 54 por ciento de las madres que trabajan fuera de casa llegan a sus hogares antes de las 18 horas, mientras que sólo el 28 por ciento de los padres lo hace.

Cuando las madres y mujeres entrevistadas definen qué es la paternidad, muchas veces su descripción expresa lo que debería ser la paternidad, y al mismo tiempo evidencian, lo que generalmente no es la paternidad:

*“Tú puedes ser padre de un hijo con el que no ejerzas a paternidad nunca de la vida... paternidad es el ejercicio permanente, continuado, eficaz de ser padre... pero que hay un interés realmente de que el padre sea algo más que este señor que está en casa los domingos y que el padre realmente ejerza la paternidad. De momento en presencia”*  
(Lucía-M6)

*“Entienden por padre tener el hijo, o sea, poner el semen y darle dinero”* (Nuria - X3)

O sencillamente, reflejan la definición de paternidad y padre que cumple los modelos de género tradicionales: el padre como cabeza de familia, que ejerce su paternidad

---

<sup>628</sup> Panel de familias i infància, Departamento d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat de Catalunya (2008).

como autoridad última de la casa, y que tiene unas funciones muy diferenciadas con respecto a la madre, en el cuidado de los hijos/as:

*“Creo que el hombre todavía en la sociedad, por mucho que digan, tiene otro papel”  
(Carlota-M1)*

*“El cabeza de familia es el marido, es él el que trabaja” (María – M9)*

*“Yo creo que si a los hijos no los marcas siempre en cualquier momento se te pueden escapar y si un hijo sale bien es porque el padre ha estado ahí siempre.” (Antonio – P4)*

También hay varias personas entrevistadas, que reflexionan sobre la necesidad de aunar los términos maternidad y paternidad, porque deberían corresponder a unas mismas funciones con respecto a los hijos/as. La maternidad y la paternidad deberían hacer referencia por igual a quiénes se ocupan, quieren y a acompañan a estas nuevas criaturas en su evolución hacia la vida adulta:

*“Habría que inventar un concepto que uniera maternidad y paternidad” (Lucía-M6)*

*“Madre y padre, y que ya son dos palabras construidas, ¿sabes? O sea, que a lo mejor debemos construir una nueva para lo que queremos decir” (Nuria - X3)*

Pero a pesar de esas exigencias de igualdad en las responsabilidades parentales del cuidado, los escasos permisos legales de paternidad<sup>629</sup> y la casi nula participación de los hombres en los derechos y políticas públicas de conciliación de la vida familiar y laboral<sup>630</sup>, nos muestran una realidad social mucho más cercana al papel tradicional de hombre-padre. Ese hombre-padre no se ha feminizado en la proporción en la que se ha masculinizado la mujer, participa más en los trabajos domésticos, aunque siguen estando muy lejos de las estadísticas de las mujeres, pero sus mayores salarios, su pertenencia a sectores económicos fuertes, hace que los costes de oportunidad sean mucho mayores en el caso de que los hombres abandonen o reduzcan su participación en el mercado de trabajo para corresponsabilizarse de los cuidados (Esping-Andersen, 2006:19).

---

<sup>629</sup> Como se ha visto en el capítulo anterior, tan sólo de trece días y aproximadamente el 80% de los hombres pueden acoger a esta posibilidad legal.

<sup>630</sup> El porcentaje de hombres que solicitan reducción de jornada por cuidados, excedencias por cuidado de familiares, o que disfrutan alguna parte de la baja maternal establecida legalmente es todavía mínimo.

#### 4.2.2. Cambios en la paternidad

También hay bastantes madres, padres y académicas que evidencian el cambio reciente del modelo de paternidad. Muchos padres hoy en día son mejores padres porque se implican en mayor medida en el cuidado de sus hijos/as, y porque parecen compartir las responsabilidades con las madres de unas tareas que hasta hace poco, eran responsabilidad en exclusiva de las mujeres:

*“Yo creo que conservan todavía unos rasgos de incorporación reciente al disfrute pero también a la responsabilidad que implica tener un hijo o una hija, y yo creo que está en un proceso de cambio en ambos lugares” (Ana-M10)*

*“Un buen padre, un buen ejercitador de la función paterna implícitamente es aquella persona que es una buena madre... Y ni el padre ni la madre tienen funciones específicas de la función paterna, ha desaparecido la función paterna y hay como una presión para que el hombre se incorpore al ejercicio de la función materna” (Socióloga - A2)*

*“Yo he hecho de padre y he hecho de madre, porque me he sentido maternal cuando he tenido que ser maternal, si es que existe una palabra maternal y paternal... Yo he hecho muchas actuaciones maternas que se suponía que le tocaba a la mujer, pero yo las he hecho, estoy aquí, no me he muerto, ahora lo digo un poco así en risa... Que todo eso que está como establecido, y que parece que la sociedad “Uy! ¡Eres paternal y estás haciendo una cosa que es maternal!”. No pasa nada, porque yo creo que todos estamos capacitados para las dos cosas porque creo que es una sola” (Juan – P5).*

Los padres de antes no tenían apenas responsabilidades en los cuidados de los hijos/as. Cumplían perfectamente con el rol de cabeza de familia cuya principal misión era procurar el sustento económico del hogar:

*“Mi padre pues no hacía nada, explicarnos un cuento como mucho” (Carlota-M1)*

*“Era lo que se esperaba, que trabajara hasta más horas de la noche, que tuviera que traer más dinero a casa dentro de sus posibilidades y la madre estuviera más por casa, digamos, en las labores domésticas”(Ana-M10)*

Y no había ningún problema en una figura paterna que apenas se veía o simplemente se veía los fines de semana:

*“Mi padre trabajaba... mi padre se iba a las 7-7:15h de la mañana y volvía a casa... volvía a comer, casi siempre, pero hasta las 22h de la noche no volvía a dormir. Yo a mi padre lo veía el fin de semana” (Javier - P9)*

*“Yo me acuerdo de pequeño ir a casa de amigos y el padre era aquella persona lejana que daba un poco de miedo, la madre era aquella persona cercana” (Pedro – P6)*

*“Él aparecía por ahí, era el padre, pero tampoco se supone que tuviera que hacer muchas cosas, bueno, lógicamente vivir con mi madre y jugar un rato... llevarnos un domingo allí al bosque y jugar al fútbol y a la bicicleta” (David – P2)*

Las personas entrevistadas, mayoritariamente mujeres y madres, reconocen que aunque los modelos de paternidad han evolucionado hasta un papel de padre mucho más activo, tampoco se implican en el cuidado y responsabilidades con los hijos/as en igualdad de condiciones que las madres:

*“Yo sin estar cerca de lo deseable dentro de un padre, mi padre está a mitad de camino” (Alex - P8)*

*“Yo creo que mi padre no ha dado un biberón en su vida, ni ha cambiado un pañal, me parece. Y yo, vamos, biberones y pañales no paro. Hago menos pero vamos... y voy al pediatra y estoy trabajando” (Antonio – P4)*

*“El hombre se empieza un poco más a implicar, al menos en la casa. Obligado o no obligado, pero un poquito más” (Carlota – M1)*

*“Se implican más, pero hasta el momento su grado de implicación en la familia es relativo” (Ana-M10)*

En este sentido es pertinente recordar la importancia del papel de los padres en la educación y el desarrollo de la personalidad de los niños/as. Tal y como Alberdi y Escario manifiestan (2007: 50-51) *“Los beneficios de un padre presente y que participa activamente en las tareas de cuidado de sus hijos son fundamentales para el desarrollo de sus hijos/as”*.

Los hombres, en general, no están asumiendo su parte de responsabilidad en los cuidados *“más allá de negociaciones individuales o de un ligero incremento de lo que*

*debe calificarse más como ayuda que como redistribución de tareas” (Orozco, 2006:25).*

Cuando se ha investigado los posibles cambios en la implicación de los padres en los cuidados y en el trabajo doméstico (Meil, 1997: 81-95) se observa tan sólo un ligero aumento de la implicación de los padres en las tareas de cuidado. Y no en todas las tareas de cuidado por igual, sino especialmente en las actividades lúdicas y de ocio durante las tardes – noches y los fines de semana. Los factores que influyen en esta mayor implicación son la hora de llegada al hogar, la edad de los hijos/as, la posición laboral y el nivel educativo de ambos<sup>631</sup>.

Si es así, ¿por qué socialmente se tolera a un padre ausente y no a la madre ausente? En ambos casos los efectos en el desarrollo de la personalidad de los hijos/as son iguales, y en cambio social y moralmente está mucho más penalizado una madre ausente que un padre ausente.

Para los hombres la paternidad supone el inicio de una etapa vital para la que no se sienten que están preparados. Es más, muchos acaban de cerrar su etapa como hijos/as, que en la sociedad española se prolonga muchísimo (Alberdi y Escario, 2007: 63). Y además, aun habiéndose independizado, se mantiene el “cordón umbilical” con la familia: se visita regularmente, se come, etc.<sup>632</sup>. A pesar entonces de estos cambios a modelos de paternidad más implicados en los cuidados de los hijos/as, la paternidad se percibe en la mayor parte de los padres entrevistados como una fuerte merma en su libertad personal, en mayor medida que las madres, porque para ellos significa una entrada en la vida adulta y una finalización de su juventud a la que se resisten a poner fin.

---

<sup>631</sup> La participación de los padres es mayor cuanto antes llegan a casa, cuanto menor es el hijo/a y cuanto mejor es la posición laboral de la mujer y los niveles educativos de ambos.

<sup>632</sup> Un dato que ilustra ese mantenimiento de los lazos con la familia originaria es que uno de los motivos más importantes en la elección de la primera vivienda de la pareja es la cercanía al hogar de los padres (CES 2003).



### 4.2.3. El no tan “instinto” paternal

Las personas entrevistadas tienen ya posturas mucho más heterogéneas sobre la existencia del **instinto paternal**, y no parece haber grandes diferencias entre madres, mujeres, padres y hombres.

Algunas de las personas entrevistadas creen también que se trata de un instinto natural, inherente a la condición del hombre, pero aun así, lo describen de una manera más débil, o de naturaleza “sobrevenida”:

*“Sí, yo creo que hay muchos hombres que quieren tener hijos y yo creo que eso es...bueno, de alguna forma es un instinto paternal, el querer ser padre” (Eva-M11)*

*“Pero instinto como tal no tenía como para decir “quiero tener un hijo”.Lo tienes cuando conoces a alguien con quien te gustaría tener” (Antonio – P4)*

*“Es más débil, eh? Más débil o se siente diferente, pero yo creo que sí que hay “ (Javier - P9)*

Su contenido es diferente al instinto materno, en el caso de los padres, cuando existe este instinto tiene una naturaleza protectora, más cercana a las funciones tradicionales del padre como cabeza de familia, sustentador económico del hogar, al responsable último en la educación de los hijos/as, a ese papel más de paternidad como una dimensión de transcendencia:

*“El instinto paterno, esto no está tan fomentada esta idea, de cuidado. En el sentido de protección sí, pero como en un sentido masculino de fuerza (y de economía) (Pablo - Y5)*

*“Si hay sentimiento de protección hacia tus propios hijos y tal pero no creo que sea igual que el de la mujer. No, no creo, no sé...porque somos así. “ (Alex - P8)*

*“El instinto paternal quizás es un instinto más de enseñanza, de educación pero quizás no es tan instintivo. Es más un rol, un deseo de transmitir cosas pero no un instinto” (Adrian - Y2)*

Incluso hay algunos de los padres que esgrimen argumentos biológicos para explicar el diferente rol del padre en los cuidados de los hijos/as, como consecuencia de un instinto paternal diferente a la madre, y condicionado hormonalmente:

*“La testosterona no sólo condiciona el cerebro masculino, sino que además está presente en una parte muy importante de su vida y esto, pues claro, no se puede cambiar. La mayoría de hombres son seres cazadores, y libres en potencia y, entonces, la paternidad es un hecho sobrevenido pero no vivido como algo deseado o imaginado” (Joan – P1).*

De nuevo aquí los argumentos de determinismo biológico sirven para elevar a la categoría de natural e inherente al sexo, determinados comportamientos de género, que la antropología y la sociología han demostrado que tienen más de socialmente y culturalmente construido que de natural y biológico.

### **4.3. La conciliación de la vida familiar y laboral desde la ciudadanía**

Desde los poderes públicos se habla de políticas de conciliación<sup>633</sup>, pero la realidad es que la conciliación es una estrategia privada de cada pareja con sus recursos. Los servicios de cuidado infantil en España generalmente se han regulado como competencias de educación, y no como políticas de género (Bustelo y Lombardo, 2007: 44-47).

El trabajo de cuidado se entiende que es un asunto privado de las familias y la principal actuación del Estado en este ámbito, son las disposiciones en materia de migración, permitiendo la entrada legal de un número importante de mujeres extranjeras por el sistema de contingente para cubrir la escasez de mano de obra como empleadas del hogar.

La mayoría de las mujeres empleadas del hogar son mujeres migrantes extracomunitarias, de América Latina y países del Este<sup>634</sup>. Es una estrategia de conciliación que está influida por la clase social, ya que tienen este recurso las mujeres de clase social alta, 54,5 por ciento, frente al 11,5 por ciento de mujeres de clase social obrera (Fernández y Tobío, 2006:35).

Es importante también para entender los déficits y escaso desarrollo en nuestro país de los sistemas de cuidado infantil, el análisis que ofrecen Carrasco y Rodríguez (2000:52) que explican que el escaso número de servicios de cuidado infantil en nuestro país no se debe tanto a que se trate de un segmento del mercado con pocas posibilidades de beneficios, sino que también no existe tanta demanda como se

---

<sup>633</sup> Conciliación y corresponsabilidad son conceptos diferentes, aunque a veces, aparezcan como sinónimos. La conciliación es un objetivo de las políticas públicas cuando desarrolla medidas que buscan ayudar a las personas, principalmente a las mujeres que son quienes tienen la responsabilidad de los cuidados, a compaginar en el espacio público, sobre todo en el mercado de trabajo, sus responsabilidades laborales con sus responsabilidades de cuidado. La corresponsabilidad intenta alcanzar una mayor igualdad de hombres y mujeres en el reparto de los cuidados en la esfera privada, para así poder subsanar los problemas de conciliación que hombres y mujeres puedan tener en la esfera pública.

<sup>634</sup> En el último proceso de regularización extraordinario (2005), el 32 % de las solicitudes estaban vinculadas al empleo doméstico. El 83% de las trabajadoras de este sector son mujeres.

esperaría ya que se entiende que los cuidados es una tarea altruista asociada a la maternidad<sup>635</sup>.

El término “Conciliación” se ha desvirtuado de su significado original. En la década de los 70 surgió como una reivindicación del movimiento feminista, y hoy en día sigue siendo una demanda de las mujeres, pero en cambio, domina su significado en la sociedad como una medida de flexibilización limitada al mercado de trabajo. Las políticas de conciliación hasta recientemente en España están dirigidas sólo a las mujeres, porque son quienes tienen que “conciliar”. Los hombres no tienen este problema y a lo sumo “ayudan”.

Las políticas de conciliación clásicas (Bustelo y Lombardo, 2007:54-55) abogan por medidas de ampliación del Estado de Bienestar, a través de un sistema de cuidado infantil, se presentan como políticas “liberalizadoras de las mujeres”. Pero no se entra a cuestionar en ningún momento que las mujeres sean las principales responsables del cuidado.

Un objetivo es la conciliación, y otro bien diferente es la corresponsabilidad, que pretende conseguir mayores grados de igualdad entre hombres y mujeres en la asunción de las responsabilidades sobre el cuidado y el trabajo doméstico, de forma que, desaparezca la presunción dominante de que las mujeres son las responsables en último lugar del cuidado de los demás. Presunción que supone uno de los principales obstáculos de las mujeres para participar en el mundo público, y en especial en el mercado de trabajo, en condiciones de igualdad con sus homólogos masculinos. Las políticas de corresponsabilidad son aún minoritarias e innovadoras, y descansan en la idea también de que el cuidado ya no es un asunto sólo privado de la familia, sino también del Estado<sup>636</sup>.

---

<sup>635</sup> Este dato coincide con las demandas expresadas por las mujeres y madres de la presente investigación, así como en otras investigaciones similares (Solé y Parella, 2004), donde las mujeres piden mayor implicación de sus parejas, mayores niveles de corresponsabilidad y no tanto políticas de conciliación y sistemas de cuidado infantil públicos.

<sup>636</sup> En el capítulo tercero de análisis legal se ha visto que las leyes carecen de instrumentos jurídicos de carácter vinculante para alcanzar la corresponsabilidad. La principal medida ha sido la introducción del permiso de paternidad, de una duración tan escasa, que ha tenido un impacto más simbólico que real.

La conciliación<sup>637</sup>, cobra una especial relevancia en el estado español, no solo como resultado de la trasposición de directivas europeas al respecto, o por influencia de políticas europeas, sino también por el aumento de participación laboral femenina y el descenso de las tasas de natalidad.

Pero el mismo término de conciliación es revisable, como apunta Torns (2005:18), porque conciliación implica mediar entre dos mundos contrarios o contrapuestos. Pero los dos ámbitos, laboral y familiar no son ni equitativos ni democráticos. El mundo laboral tiene herramientas como la negociación colectiva para resolver las discrepancias entre los agentes sociales implicados. Pero el conflicto que produce la división sexual del trabajo permanece oculto en el ámbito privado de las familias.

Alberdi y Escario (2007: 211), identifican tres razones fundamentales para explicar el reparto asimétrico entre madres y padres de las tareas de cuidado y domésticas:

- La identidad masculina se ha construido mediante su identidad laboral, por lo tanto, el trabajo es el centro de sus vidas, y su dedicación completa un elemento incuestionable.
- Lo doméstico se equipara socialmente a la mujer, la identidad femenina pasa por lo doméstico.
- Las mujeres tienen muchos más obstáculos para conseguir un reparto más equitativo, para ellas coincide generalmente en el tiempo la creación de la familia, las demandas reproductivas y las demandas de consolidación y promoción profesionales. La llamada doble o triple jornada laboral de las mujeres.

La conciliación se concibe por parte de la mayoría de los hombres y padres entrevistados en esta investigación como una responsabilidad exclusiva de las mujeres.

A lo largo de las entrevistas realizadas en el trabajo de campo hay una unanimidad total por parte de madres y mujeres, y también de muchos de los padres y hombres, sobre el desigual reparto de obligaciones entre hombres y mujeres en nuestra sociedad en relación a los cuidados.

---

<sup>637</sup> Como se ha visto en el capítulo tercero tiene su origen en las políticas europeas en el ámbito laboral

*“La sociedad es muy poco respetuosa con las madres, que están (estamos) haciendo una función, estamos llevando a cabo, prácticamente en solitario, la función por excelencia, que es la reproducción y educación de la especie” (Lucía-M6)*

*“Socialmente se entiende que eso lo haga la madre y en muchas parejas ni se plantea otra posibilidad (Ana-M10)*

*“La mayoría de los padres, o muchos padres, no se responsabilizan de la misma manera que las mujeres... se ha establecido que los hijos o las hijas necesitan más de las madres durante los primeros tres o cuatro años, y eso lo han justificado desde diferentes teorías médicas y psicológicas incluso, y yo las pondría en duda” (Nuria - X3)*

*“La sociedad está montada así y no es obstáculo porque un hombre nunca se plantea, en general, dejar de hacer algo porque sea padre, es decir... Para eso está la madre que cuida a los hijos, ¿no?” (Antonio – P4)*

Los hombres tradicionalmente no se han hecho responsables del trabajo de cuidado y esto les ha permitido desarrollar su actividad prácticamente en el espacio público y aceptar la separación de espacio público y privado sin problemas. Pero para las mujeres vivir entre la división de espacio público y privado, y sus lógicas diferentes, ha tenido un precio personal y profesional muy alto.

*“Asumir el trabajo de cuidados y participar en otros ámbitos sociales les ha significado estar moviéndose en un continuo, en un ir y venir entre los distintos espacios de relaciones, (doble presencia ausencia) entre el trabajo remunerado, el no remunerado, los servicios públicos, las relaciones familiares, etc.” (Carrasco, 2006:47).*

Los niveles de mayor igualdad en el reparto de las tareas de cuidado se encuentran entre las parejas donde las mujeres son más jóvenes y tienen mayor cualificación profesional<sup>638</sup>.

Una de las dimensiones del precio personal que pagan las mujeres por esta desigualdad es que la salud mental y física de las mujeres se resiente, la doble o triple jornada mina el estado físico y mental de las madres<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> En cambio la mayor cualificación profesional de los hombres no significa una mayor implicación en el trabajo de cuidado, sino una mayor externalización fuera del hogar a través del servicio doméstico como han señalado Fernández y Tobío, 2006 y Brullet, 2008.

*“Esta situación de presión psicológica de que tú te levantas a las 8 de la mañana y hasta las 9 o las 10 que llega tu marido estás con los bebés en casa....cualquier gestión simple que yo tenga que hacer, tengo que cargar con las dos niñas a todos los sitios” (Carlota-M1)*

*“A costa de la salud mental y otras saludes. Pero sí, claro, si es acumular una doble jornada, sí, lo hacemos” (Lucía-M6)*

*“He pasado y estoy en una época de mucho estrés” (Isabel – M8)*

Desde la medicina y la ciencia se ha evidenciado que las mujeres presentan una mayor incidencia en algunos problemas de salud mental y física (depresión, ansiedad, fatiga crónica, fibromialgia, etc.), que algunas autoras han demostrado se deben más a factores ambientales que a factores biológicos de las mujeres (ver por ejemplo Valls, 1994; 2009).

Esta desigualdad también supone una fuente de discriminación para las mujeres, especialmente en sus oportunidades formativas y profesionales. A nadie se le escapa que el principal obstáculo de las mujeres en el mercado de trabajo es la asunción social de que ellas, y sólo ellas, son las responsables de los cuidados de los demás. Eso constituye una barrera en el acceso al mercado de trabajo, en su promoción profesional. Incluso son las propias mujeres las que se culpan de no avanzar más profesionalmente porque anteponen los intereses de su familia a sus ambiciones profesionales, y eso es el llamado “techo de cemento” que las mismas mujeres se construyen:

*“Me desapunté del doctorado cuando creo que era algo importante, era una cosa que quería hacer, y que, además, luego me he vuelto a apuntar, ¿no? Cuando los dos ya han sido un poquito más mayores” (Sara-M3)*

*“Que somos nosotras mismas las que no queremos... como damos más importancia a nuestra familia no queremos llegar a más muchas veces” (Daniela-M5)*

---

<sup>639</sup> También se ha señalado anteriormente como la depresión postparto se debe más a las consecuencias de desigualdad de género en los cuidados y no tanto por razones hormonales y biológicas como se cree.

Es una fuente de discriminación en el ámbito laboral de tal manera, que incluso su “excesiva” protección legal puede conseguir los efectos contrarios: el miedo de los empresarios a esta super protección legal se convierte en un elemento disuasorio más a la hora de contratar a mujeres<sup>640</sup>. Una legislación que aborda la maternidad y los cuidados desde una óptica paternalista llega a conseguir el efecto contrario que inicialmente se planteaba, y se convierte en un elemento más de discriminación de la mujer en el ámbito laboral:

*“Eso nos lo dijo una vez la jefa, que flaco favor a las mujeres hacía la nueva ley, porque si daba tantos permisos a las madres a lo mejor se planteaba no contratarlas” (Isabel – M8)*

Se repite el argumento de que las propias mujeres somos responsables de esta desigualdad, porque se permite, o porque se fomenta. Esta culpabilización de las mujeres por ajustarse a los roles de género dados, por no rebelarse ante una situación objetivamente injusta. Pero esta falta de reacción puede entenderse por la dificultad de revertir unos roles de género tan fuertes, por el precio personal que implica transgredirlos, y porque muchas veces y especialmente en el caso de la maternidad, suponen los únicos reductos de “poder” de las mujeres o de cierto reconocimiento social (como buenas madres que hacen lo que deben por sus hijos/as y por lo tanto son buenas mujeres).

*“Es que nosotras también ya no dejamos que ellos hagan porque nosotras nos adelantamos” (Carlota-M1)*

*“Hay cosas machistas de las cuales ni yo misma me puedo librar (Tere - X5)*

*“Porque no ven que la otra parte pueda hacerlo o aunque sí que pueda hacerlo, no pensamos que puede hacerlo, pensamos que sin nosotras no puede ser” (Daniela-M5)*

Los padres que dedican tiempo a sus hijos/as son vistos como hombres que realizan un sacrificio de sus obligaciones laborales, y socialmente son muy valorados. En cambio en las madres, la valoración social es precisamente la contraria, su dedicación principal tiene que ser sus hijos/as, y cualquier tiempo que se dedique a otros asuntos, es tachada de mala madre:

---

<sup>640</sup> El llamado efecto “boomerang” ya descrito por la doctrina en el capítulo tercero de análisis legal.



*“El trabajo es sagrado para el hombre, y entramos en lo mismo, para la madre el trabajo no es una obligación pero tienes derecho a ello” (Gerard - Y4)*

*“Se supone aun en muchas esferas que el padre tiene que trabajar y se le exige de responsabilidades para con sus hijos, y no, no.” (Juan – P5)*

*“Claro a ojos de todos la madre es por el hecho de ser madre, todo el mundo asume que si el padre deja el trabajo por la tarde porque tiene que recoger a sus hijos del colegio es un sacrificio. Si lo hace la madre es su obligación” (Gerard - Y4)*

*“Ir a reuniones del colegio, que tiene que ir tu madre, yo me lo estoy imaginando la película, si va el padre es un favor que está haciendo, está ayudando, la madre tiene la obligación de ir, el padre tiene el derecho” (Gerard - Y4)*

*“Me lo llevo a la boda de mi hermana a mi hijo, porque tengo también derecho a criarlo”, le caían flores, “mira qué buen padre que es, se ha venido con su hijo, que ha ido a Canarias a buscarlo, para ir a la boda de su hermana y siempre que puede va a Canarias que está en la otra punta de España para buscar a su hijo, para verlo” y la mujer... no es lo mismo. Si la mujer llegara y se lo dejara al padre y viniera ella de vez en cuando para verlo, “es una zorróna ésta, se lo deja para ir por ahí de picos pardos. ¿Tú crees que una madre puede dejar un hijo...?” (Tere - X5)*

La mínima ausencia de las mujeres en la entrega completa al cuidado de sus hijos/as es suficiente para recibir los descalificativos sociales de mala madre. En cambio, la ausencia paterna de los cuidados es tolerada socialmente sin excesivo problema:

*“A nivel social todavía si una mujer no cuida tanto, no aparece tanto en la vida de un niño parece que es una mala madre, mientras que si un padre puede ser un poco mal padre y se le permite, socialmente no está mal visto como una madre que no esté tan encima del niño” (Luis - Y3).*

Los hombres aun cuando se convierten en padres no dejan de tener plena disponibilidad horaria y geográfica en la mayor parte de los casos para sus proyectos profesionales o de formación. Sus vidas laborales no sufren ningún cambio con la paternidad<sup>641</sup>.

---

<sup>641</sup> Todo lo contrario, como las estadísticas laborales muestran, su posición en el mercado de trabajo mejora según aumenta el número de hijos/as que tienen.

*“Ellos si tienen que hacer un curso, lo hacen, sea a las 10 de la noche, sea a las 7 de la mañana” (Carlota-M1)*

*“Ellos pueden seguir siendo padres y haciendo su carrera” (Nuria - X3)*

*“Laboralmente yo tuve un hijo, fui al hospital, lo traje a casa, estuve unos días de vacaciones y tal, y luego volví a trabajar e hice exactamente lo mismo que antes: teniendo un hijo en casa, acoplando horarios, durmiendo menos pero haciendo lo mismo” (Pedro – P6).*

No ocurre nada en sus vidas en el ámbito público con la paternidad, al revés, incluso su posición en el mundo público, y en especial en el mercado de trabajo mejora o se refuerza con su paternidad, justo todo lo contrario a lo que le ocurre a la madre:

*“Nada ha sido más compatible en esta sociedad que ser padre y trabajar” (Sara-M3)*

*“A un hombre cuando es padre le dan más trabajo, porque como tiene hijos tiene que ganar más dinero y el Estado le permite..., vamos le da esa facilidad a los hombres” (Nuria - X3)*

Estas opiniones de las personas entrevistadas coinciden con los resultados de otras investigaciones (Torns, 2005:24) sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, que concluyen que *“los hombres no quieren pensar”*, es decir, que los varones prefieren ignorar o ni plantearse la logística familiar – doméstica, y *“las mujeres no quieren ceder”*, que sintetiza las reticencias de las mujeres a ceder el mayor o menor poder que las supone ser las responsables en exclusiva del trabajo doméstico y de cuidados, aunque lo asuman como una subordinación y/o explotación.

Las diferentes estrategias de las personas y de las familias para compaginar trabajo y las responsabilidades familiares difieren según la clase, la etnia, las redes sociales y los contextos locales (Williams, 2004). No se trata tanto de opciones libremente elegidas, sino que están fuertemente influenciadas por consideraciones morales e ideas normativas sobre lo que es mejor para los niños/as.

Como muestra Tobío (2005), la mayoría de las necesidades de conciliación se resuelven sustituyendo el papel esperado de la madre como principal cuidadora, por

otra mujer, en primer lugar la abuela<sup>642</sup>, y según la clase social, otra mujer, generalmente inmigrante a través de una contraprestación económica. Después y considerándolo estrategias complementarias, aparecen medidas de optimización del tiempo, el recurso al centro escolar, reducciones de movilidad, y las actividades extraescolares. Y en último lugar y de manera residual, el reparto más equitativo entre padres y madres del tiempo de trabajo dentro y fuera del hogar.

La red familiar es también el principal recurso cuando suceden acontecimientos extraordinarios que requieren cuidados esporádicos<sup>643</sup>, como enfermedades de los menores, vacaciones escolares, salidas de los padres por ocio, etc. Pero esta red familiar vuelve a ser en el cuarenta por ciento los abuelos maternos, el treinta y seis por ciento las abuelas paternas y el veintidós por ciento los abuelos paternos<sup>644</sup> (Fernández y Tobío, 2006:33).

Como las dificultades de conciliación de vida familiar y laboral sigue siendo un problema de las mujeres, éstas cifran como momentos especialmente críticos la atención de los niños/as enfermos, la descoordinación entre los horarios escolares y laborales, las vacaciones escolares y los niños/as de cero a tres años (Fernández y Tobío, 2006:41).

---

<sup>642</sup> Las abuelas maternas más que las suegras, y las abuelas más que los abuelos (Fernández y Tobío, 2006:31).

<sup>643</sup> Situaciones que no tienen tanto de extraordinarias, sino que se escapan de la planificación regular de organización de los cuidados de los menores en el día a día.

<sup>644</sup> En este tipo de situaciones “extraordinarias” la ayuda de otros parientes femeninos (hermanas, tías, cuñadas) también es importante y en cambio la ayuda de parientes masculinos casi inexistente.

#### **4.4. Reflexiones sobre los cuidados en nuestra sociedad: quién cuida, a quién cuida, por qué, cómo y cuándo.**

Históricamente, el cuidado de los niños/as se ha encomendado a mujeres, fueran madres o no. Casi siempre han sido las mujeres las cuidadoras y quienes además han ocupado una posición de subordinación (Hays, 1998:51-84)<sup>645</sup>.

Pero el hogar como espacio ideal para la mujer y su comportamiento como madre y esposa sólo dedicada al trabajo doméstico y a los cuidados es un concepto que surge a finales del s. XIX con la Revolución Industrial. Antes la mujer siempre trabajaba dentro y fuera del hogar como los demás miembros de la familia (Rich, 1976: 49).

Esta nueva ideología de la mujer confinada al espacio doméstico surge por la mayor preocupación sobre la salud infantil, en seria amenaza por la masiva incorporación de la mujer a la actividad industrial en condiciones pésimas<sup>646</sup>. Y también gracias a la ideología patriarcal que veía el trabajo asalariado de la mujer como una amenaza al propio trabajo masculino<sup>647</sup>.

No es hasta el s. XIX que aparecen referentes históricos de una visión positiva de la infancia, como una etapa de inocencia y candidez<sup>648</sup>. Las madres, imbuidas por primera vez de sentimientos y afecto hacia sus hijos/as, ven revalorizado su papel como educadoras de los nuevos ciudadanos de la república.

Con el nacimiento histórico de la separación de la esfera pública-privada, también aparece la ideología de la madre como guardiana de ese espacio privado, de ese hogar dulce y fuera de las corrupciones del mundo capitalista que se guía por

---

<sup>645</sup> Era diferente la madre biológica, que sí que confería estatus social, y la mujer quién cuidaba, que se encomendaba si se podía a otras personas (por ejemplo amas de cría). Sólo a los hijos/as valiosos de las clases aristocráticas se les encomendaba a hombres para ser cuidados.

<sup>646</sup> Las mujeres trabajaban un número elevadísimo de horas, percibían salarios irrisorios, tenían muchas veces unas pésimas condiciones de trabajo, etc.

<sup>647</sup> Las mujeres cobraban menos, trabajaban igual número de horas, y eran especialmente valoradas para determinadas tareas que requerían una mayor destreza manual o precisión.

<sup>648</sup> Como se ha visto en el capítulo primero fuertemente influenciada por los preceptos filosóficos de Rousseau en su “Emilio” que hablaba de la necesidad de educar a ese niño por naturaleza bueno.

principios de competitividad y productividad. La esfera privada se inspira en unos principios radicalmente diferentes, y la figura de la madre se ensalza como principal garante de este espacio de los afectos y las relaciones humanas desinteresadas.

Pero esta división público-privada, y la exaltación de la madre como guardiana del hogar, sólo eran aplicables a las clases medias y altas. Como se ha mencionado anteriormente, las clases obreras siguen pautas organizativas de economía familiar hasta bien entrado el s. XX en Occidente; todos/as trabajan ya sea en el campo como en la ciudad, y el cuidado de los niños/as es una tarea de las mujeres, sean sus madres, otras mujeres de la familia, o mediante redes de solidaridad y ayuda mutua de vecinas y compañeras.

A finales del s. XIX y principios del s. XX, las cuestiones relativas a la reproducción, así como el cuidado y educación de los niños/as pasaron a ser objeto de estudio, análisis y enseñanza científica, por lo tanto, el saber tradicional de las madres ya no es el correcto. Quienes sabían y podían dictar cómo se cuidaba y educaba a los niños/as eran los médicos, que empíricamente demostraban que era lo mejor para cada uno de los estadios de la evolución infantil<sup>649</sup>.

Si el cuidado es una parte tan importante y que tanto tiempo y espacio ocupa en la vida humana, ¿Cómo es que está invisibilizado y tratado de una manera marginal?. Uno de los puntos de partida del presente trabajo de investigación es precisamente constatar que las leyes no se ocupan de los cuidados, y en cambio sólo se ocupan de la maternidad, protegiéndola cuando las mujeres lo asumen en silencio y dentro de su rol de madres – cuidadoras, las responsabilidades de cuidadoras de la sociedad. Según Tronto (1993:111) porque reconocer su importancia supondría reconsiderar nuestros sistemas políticos y morales y las desigualdades de los que ostentan el poder; porque los que ejercen el poder se basan en valores como “la autonomía”, “el individualismo”<sup>650</sup>, y admitir la importancia del cuidado en sus vidas destruiría todos sus sistemas de legitimación del poder.

Como se ha manifestado en el análisis legal previo, el cuidado se fragmenta, se trivializa, se asocia con el mundo de lo privado, de los sentimientos.

---

<sup>649</sup> Aquí es donde aparecen ideas sobre crianza infantil basada en horarios rígidos, sueño, no coger a los bebés cuando lloran, etc. que han perdurado y perduran en las enseñanzas y consejos a las madres.

<sup>650</sup> Los hombres hechos a sí mismos, los llamados “self-made men”.

Por lo tanto, las mujeres siguen siendo las responsables de los cuidados o de la elección de cuáles son las estrategias privadas la mayoría de las veces para compatibilizar “trabajo” y “labor”. Como apunta Mackinnon, (1989: 441) *“a las mujeres se les ha asignado la responsabilidad básica del cuidado de los hijos, pero no controlan las condiciones en las que deben criarlos ni, por tanto, las repercusiones de tales condiciones en sus propias vidas”*.

Estas estrategias familiares y privadas para asumir las tareas de cuidado de los niños/as pequeños debe ponerse en relación con las críticas (Bubeck, 1995: 222-223) sobre si el cuidado ejercido desde la esfera pública es verdadero cuidado, ya que se considera que para haya cuidado debe existir una relación de afectividad, de “parentesco”, cuidar con quienes compartimos una relación familiar o emocional similar, una historia común o un conocimiento mutuo.

Hay algunos autores/as (por ejemplo M<sup>a</sup> Jesús Izquierdo, 2004) que utilizan las diferencias entre cuidado y servicio, dependiendo si la persona que recibe la atención podría hacérselo a sí mismo o no y si es imprescindible o no para la supervivencia humana. Para ella es cuidado aquello que no puedes realizar por tí mismo y es imprescindible para la supervivencia humana. Las demás tareas son servicios<sup>651</sup>.

La relación de parentesco en estas definiciones de cuidado no es un elemento imprescindible. Para hablar de verdadero cuidado no es imprescindible que la persona que cuida tenga una relación de parentesco o proximidad. Para que exista verdadero cuidado, sí que es imprescindible una disposición hacia el cuidado de la persona cuidadora, porque el cuidado no sólo es la satisfacción de necesidades materiales de la persona que necesita ser cuidada, también hay una serie de necesidades de cuidado de carácter emocional. La satisfacción de esas necesidades de cuidado de carácter emocional requieren que la persona cuidadora tenga esa predisposición hacia el cuidado, pero una vez más, esto no se garantiza tan sólo porque exista una relación de proximidad o parentesco entre la persona que cuida y la persona que recibe los cuidados. Puede existir una mayor disposición o compromiso hacia el cuidado por

---

<sup>651</sup> Para esta autora, por ejemplo, las amas de casa son sólo parcialmente cuidadoras. Parte del trabajo que hacen se lo hacen a personas que se lo podrían hacer, y parte del trabajo lo hacen desde una posición de corresponsabilidad. Por lo tanto las amas de casa son más servidoras que cuidadoras. El trabajo doméstico en principio podría ser una tarea y una responsabilidad de todos/as. La parte de trabajo doméstico que se ha convertido en cuidado es una mera convención social.

parte de un profesional en la esfera pública que por parte de un familiar hacia el familiar dependiente, cuyo cuidado puede verse como una pesada carga.

¿Hasta qué punto el cuidado debe ser entendido como una responsabilidad privada y hasta qué punto como una responsabilidad social y pública?. Es importante en este sentido que la mayoría las mujeres entrevistadas no cuestionen que los cuidados deban realizarse en el seno familiar, lo que cuestionan, si lo hacen, es que en el seno familiar sólo estén ellas como cuidadoras.

Las mujeres se posicionan como cuidadoras, y los demás como objetos de cuidado, y en cambio vivimos en un contexto social y político de seres autónomos, invisibilizado la precariedad humana y la existencia de necesidades, porque reconoceríamos el poder que el cuidador/a tiene sobre mí. Por esta razón se degrada el cuidado, la cuidadora y la tarea de cuidado, convirtiéndolo en antagónico del imaginario político de los sujetos autónomos.

Tradicionalmente, y sobre todo en el pensamiento más contemporáneo progresista, se consideraba que era necesario *“Superar el reino de la necesidad para alcanzar el reino de la libertad”* donde se expresaba así la opción de elevarse por encima del cuerpo y de las tareas biológicas de cuidado hacia el mundo de las construcciones culturales (Amorós et al. 2003:90).

Frente a este planteamiento ha sido el pensamiento feminista radical quien ha reivindicado la importancia de los trabajos sobre el cuidado, denominando el trabajo doméstico y el cuidado “tarea civilizadora”<sup>652</sup>. Por ello es importante analizar porqué el derecho no se ha ocupado tradicionalmente del cuidado y porqué actualmente existen tantas reticencias a hacerlo.

Las razones van mucho más allá de considerar que el cuidado pertenece a la esfera privada de las personas y que, por lo tanto el Estado, y en consecuencia sus leyes, debe de abstenerse de interferir.

El Derecho, desde el nacimiento del Estado de Derecho en la modernidad occidental, ha cumplido con la función de positivizar los valores morales dominantes de una determinada sociedad. El derecho al establecer que es lo justo en una sociedad lo que

---

<sup>652</sup> Las Mujeres de la Librería de Milán (1996): *El final del patriarcado*.

hace en la mayoría de los casos es garantizar a través de normas jurídicas los valores morales dominantes compartidos por la mayoría en una determinada sociedad<sup>653</sup>.

A pesar de estas posibles razones que explican la ausencia de los cuidados del ámbito de la moral social compartida, y en consecuencia del derecho, como se ha visto en el capítulo primero, una parte del pensamiento feminista prestó especial atención a esta exclusión del cuidado del ámbito público y de la actuación del Estado y sus leyes. Son estas autoras feministas defensoras de una ética del cuidado como nuevo paradigma de justicia que debería inspirar las normas de convivencia, de resolución de conflictos y de actuación estatal en nuestras sociedades las que han analizado esta exclusión (por ejemplo Gilligan, 1982; Tronto, 1993)<sup>654</sup>.

Para invertir esta exclusión del cuidado del mundo del derecho, muchas han sido las filósofas y juristas que han defendido la creación de una ética del cuidado, y unos sistemas jurídicos basados en esta nueva visión moral y de ideales de justicia<sup>655</sup>.

En el siglo XVIII en la Europa occidental se producen una serie de cambios económicos y sociales que tienen repercusiones en la concepción moral imperante: la revolución Industrial, la aparición del “homo economicus”, la individualidad, u otras instituciones sociales diferentes a la familia, el mercado laboral, etc.

Es en este momento cuando se pasa de una moral de máximos aristotélica a una moral de mínimos, una moral universal donde se incorpora el concepto “del otro”<sup>656</sup>.

---

<sup>653</sup> Sorprende que las responsabilidades y el buen cuidado no fuera objeto de la moral social legalizada por el derecho, cuando en cambio el cuidado se trataba y se trata de una actividad esencial para la supervivencia humana.

<sup>654</sup> Algunas autoras que defienden la necesidad de una ética del cuidado, han analizado ese olvido por parte del derecho de valores morales que tuvieran relación con el cuidado. Tronto (1993:9) por ejemplo hace un recorrido histórico de la construcción moral en la cultura occidental. Desde el siglo XIX todos los filósofos admiten la definición de lo que debe ser la moral según Kant: no es el producto de una determinada sociedad sino el producto de la razón. Aunque el cuidado debería ser un valor moral por excelencia entonces como pertenece al ámbito de las mujeres se asocia con los sentimientos, con la naturaleza, y no con la razón.

<sup>655</sup> No es objeto de esta tesis entrar en la formulación de esta ética del cuidado, ni en las sucesivas críticas que se han realizado. Nos ha parecido relevante tan solo que estas ideas dejaron patente la exclusión del cuidado del ámbito moral, público y jurídico, y las consecuencias que esta exclusión supone. Y también como esta exclusión sigue plenamente vigente a la luz del análisis legal realizado en esta investigación.

<sup>656</sup> Por ejemplo sólo es a finales del s. XVIII cuando se empieza a cuestionar la moralidad de la esclavitud.



Como subraya Tronto (1993:112) “*La preocupación sobre el cuidado se entiende como un signo de debilidad*”<sup>657</sup>. También es importante enlazar esto con el hecho de que la maternidad en nuestra cultura es el ejemplo por excelencia de cuidado, y por desgracia, también de la debilidad, de ahí las leyes que “protegen” la maternidad no como un bien valioso sino como un factor de debilidad de las mujeres.

En esta exclusión de los cuidados de la moral natural de los hombres de la que debía ocuparse el derecho, de nuevo se asocia las responsabilidades sobre el cuidado a la esfera de lo animal, del puro instinto maternal de las mujeres. Su dedicación a los cuidados es una consecuencia de su disposición cuasi-animal debido a su condición reproductora, donde ni se cuestiona que no se realice.

El cuidado, por tanto, ha sido principalmente el trabajo de los esclavos, los criados y las mujeres en la historia occidental (Tronto, 1993:112-115). Una excepción podría ser la medicina, en principio, campo profesional dedicado al cuidado. En cambio los médicos más prestigiosos son hombres, pero su prestigio no viene de la dimensión de cuidado de la medicina, sino de ser la medicina una pieza fundamental de la ciencia. Los médicos más valorados son los que más alejados están de las tareas de cuidado y su prestigio viene de su estatus de investigadores científicos<sup>658</sup>.

A pesar de esto, los estudios feministas han demostrado que el cuidado es una práctica, no surge de manera “natural” a nadie, aunque sí que es verdad que puede surgir de manera más fácil a unos que a otros (Bubeck, 1995; Izquierdo, 2004; Carrasco et al. 2001; Torns, 2008).

La división sexual del trabajo que da lugar a cuidadores y a luchadores no puede utilizarse como evidencia de esta predisposición natural hacia el cuidado, ya que la propia división sexual del trabajo está cuestionada. Hay en cambio evidencia que demuestra que cuanto más y mejor cuidado se recibe de niño/a, mejor cuidador/a se es de mayor (Bubeck, 1995: 218). La disposición a cuidar parece que es una actitud

---

<sup>657</sup> Traducción de la propia autora de “*A concern about care is a sign of weakness*”.

<sup>658</sup> Véase lo apropiado de estas reflexiones en los análisis recogidos en este trabajo de investigación sobre las técnicas de reproducción asistida, y los avances científicos que se han dado en este campo muchas veces más impulsados por objetivos de prestigio médico que por verdadera necesidad social.

aprendida, ya que no parece que tengamos la obligación moral de ir más allá de los que nuestros genes egoístas nos indican. Por lo tanto, esto despierta preguntas acerca de quién aprende a cuidar, por qué no todo el mundo aprende a cuidar de igual manera, etc.<sup>659</sup>.

El cuidado gratuito no siempre está disponible, especialmente en nuestras sociedades donde la familia nuclear se ha reducido o ya no existe como principal fuente de cuidado sin contraprestación. Pasar el problema del cuidado al mercado privado crea una nueva clase social de cuidadoras que se hacen cargo del cuidado de aquellos/as que se pueden permitir pagar por ello.

En vez de preguntarse porqué las mujeres cuidan tanto, ¿porqué no preguntarse porque los hombres no cuidan lo suficiente?. ¿Hasta qué punto el cuidado debe ser entendido como una responsabilidad privada y hasta qué punto como una responsabilidad social y pública?<sup>660</sup>

Para intentar captar toda la complejidad del problema Soledad Murillo utiliza el término de la **domesticidad**, que incluye los cuidados, más allá de la existencia o no de cargas familiares y del estado civil:

*“Una vinculación específica y sustentada por un aprendizaje de género. Por ello, lo doméstico no se estrecha a los límites del hogar, es más una actitud encaminada al mantenimiento y cuidado del otro (...) cuando un sujeto no se percibe autorreflexivamente y, en cambio, está atento a cubrir las necesidades afectivas y materiales de otros sujetos”* (Soledad Murillo, 1996:9).

Además Murillo destaca que este concepto de lo doméstico no se limita a la definición clásica y tradicional de familia compuesta por madre, padre e hijos/as. Aunque los modelos de familia y las formas de convivencia humana cambien en nuestras

---

<sup>659</sup> Dietmut Elisabet Bubeck (1995: 254-258) afirma que todo el mundo debería de cuidar. La abolición de la división sexual del trabajo nos convertiría en sociedades más humanas y con más calidad de vida. Pero esto no resuelve el dilema de explotación de las cuidadoras. La reeducación de los “guerreros” en “cuidadores” ayudaría, y aminoraría la carga del cuidado de las mujeres que mayoritariamente realizan este trabajo, pero no lo haría desaparecer.

<sup>660</sup> El diagnóstico contenido en las leyes analizadas va justo en la dirección opuesta: cómo ayudar a las mujeres a que sigan cuidando tanto.

sociedades, persisten ejemplos de domesticidad que muestran como se trata más de una actitud que una tarea<sup>661</sup>.

Por lo tanto, la exclusión del cuidado del campo del derecho obedece a que no se considera una cuestión moral de todos/as sino un factor de desventaja sólo en femenino. Ya se ha explicado muchas veces la necesidad de ocultar la condición de dependientes y vulnerables de los seres humanos (Carrasco et al, 2001; Izquierdo, 2004), pero no se ha afirmado tanto la necesidad también de ocultar el cuidado para no evidenciar que su asunción en exclusiva por las mujeres constituye un déficit de justicia, igualdad y democracia de cómo nuestras sociedades, mercados de trabajo y Estados se organizan.

El dejar aparte las relaciones de dependencia (con niños, personas mayores, enfermos) es otra vez coherente con un modelo en el que priman las relaciones igualitarias, horizontales y contractuales y que tiene como resultado penalizar e invisibilizar las relaciones verticales, entre ellas el trabajo de cuidado, *“en una insidiosa deconstrucción de lo maternal, precisamente como representación simbólica de la dependencia necesaria”* (Pitch, 2003:124).

Más allá de los y las defensores de una ética del cuidado, las formulaciones jurídicas más recientes que tratan de convertir el cuidado en un objeto del derecho lo hacen a través de su calificación como trabajo, o en palabras de Fineman (1995: 162) que reivindica el término carga (“burden”) para denominar la responsabilidad de las mujeres sobre los cuidados. Carga porque supone un trabajo no considerado socialmente como tal, trabajo que se entiende gratuito, y que supone un obstáculo en la participación de las mujeres en la esfera pública.

Las entrevistas realizadas corroboran muchas de las reflexiones anteriores sobre los cuidados. Los hombres son generalmente educados y criados en nuestra sociedad para que su identidad personal se construya a través de su identidad laboral. Desde bien pequeños a los niños se les inculca que es imprescindible su realización profesional y su éxito laboral para alcanzar su forma de estar en el mundo, y para ser valorados como hombres de provecho. Esto explica muchas veces la prioridad que los

---

<sup>661</sup> Por ejemplo cuando en una pareja en la que los dos desempeñen una actividad profesional cualificada, las necesidades de movilidad geográfica o de tiempo del varón prevalezcan sobre cualquier otro interés de la mujer. O cuando se exija una dedicación a los cuidados hacia los enfermos o mayores de cualquier mujer sola aunque trabaje y no conviva con la familia, por delante de cualquier reclamación a sus hermanos varones.

hombres y los padres otorgan a las demandas de sus trabajos, y el porqué sus trabajos ocupan una posición prioritaria en sus vidas<sup>662</sup>. Su ambición profesional está socialmente bien considerada, porque en coherencia con esta educación, un hombre laboralmente ambicioso es aquel que lucha por triunfar en el mundo profesional y cumplir así el mandato de hombre de provecho, de cabeza de familia, que provee económicamente al hogar.

*“Quizás los hombres a ser (creo, ¿eh?, a lo mejor me equivoco), a ser más ambiciosos en el terreno laboral que las mujeres, creo que somos más ambiciosos” (Alex - P8)*

*“El trabajo es sagrado para el hombre, y entramos en lo mismo, para la madre el trabajo no es una obligación pero tienes derecho a ello” (Gerard - Y4)*

*“El trabajo para ellos es todavía más” (Carlota-M1)*

En este mismo sentido, estas Alberdi y Escario (2007) también hablan de esta identidad laboral de los hombres, para hablar de cómo la identidad personal de los hombres se construye a través de sus trabajos, y no sólo como medio de subsistencia, sino porque su dedicación cuasi-absoluta al trabajo, difícilmente pueden dedicarse a otras actividades familiares o sociales: *“Las mujeres no son sólo su trabajo, son mucho más: son madres, son hijas, son esposas, son amas de casa” (Alberdi y Escario, 2007:39)*<sup>663</sup>.

Las mujeres y las madres participan hoy de manera casi generalizada en el mercado de trabajo. Pero ellas no han sido educadas para realizarse laboralmente ni para construir su identidad personal a través del trabajo. Por eso, la ambición laboral de ellas está socialmente penalizada. No está bien visto una madre profesionalmente ambiciosa. En cambio, sus renunciaciones en el mundo laboral, se justifican porque ellas saben priorizar lo que realmente es importante: la familia y a los suyos. Algunas de las madres explican sólo así como puede darse la situación de que mujeres aparentemente mucho más valiosas que sus maridos, en cambio no prosperen laboralmente a la altura de sus facultades y potencialidades.

---

<sup>662</sup> En las investigaciones sociológicas se constata generalmente un desencuentro entre el tiempo que los hombres piensan que dedican a sus hijos/as y lo que piensan las mujeres. Esta diferencia surge seguramente del concepto de “valioso” que tienen los hombres de su tiempo (Alberdi y Escario, 2007:263).

<sup>663</sup> De esta manera la identidad masculina se ha creado en la exclusión del cuidado a los demás, evitar el cuidado de los otros (Alberdi y Escario, 2007: 64).

*“Renunciamos a ello. Pero no porque no seamos válidas, todo lo contrario, sino porque damos prioridad a otras cosas, como la familia” (Daniela-M5)*

En cambio, a las mujeres se les ha enseñado, y ellas en general han interiorizado, que no hay mejor opción de vida que consagrarse al cuidado de los demás. Murillo (1996:XVIII) expresa con ironía los recelos que suscita esa sacralización de los cuidados:

*“Considero que por mucho que eleven guirnaldas sobre las prácticas de afecto y cuidado, también sustraen tiempo y eficacia a quien las prodiga...”*

Dentro de las tareas de cuidado se produce una diferenciación entre los cuidados a los hijos/as propiamente dichos y las tareas domésticas, ingrediente imprescindible del cuidado, pero que los hombres y padres diferencian claramente. Puede que hablen de la necesidad de compartir las responsabilidades de cuidar a los hijos/as, el tiempo dedicado a los niños/as, a acompañarlos, a llevarlos de un sitio a otro, a jugar con ellos, a cuidarlos físicamente (bañarlos, darlos de comer, echarlos a dormir, etc.). Pero no incluyen tareas domésticas también asociadas a esas labores de cuidado, que terminan recayendo en las mujeres y madres (lavar, planchar, etc.).

*“Cuando mi compañero estaba vivo, también era un pensador que cualquier tarea doméstica o familiar le parecía una mediocridad” (Lucía-M6)*

Es interesante cómo aún en parejas en las que padres y madres participan activamente tanto en el trabajo de cuidado como en el trabajo doméstico, la responsabilidad de gestión, de planificación de cómo organizar ese espacio privado, de la asignación de recursos económicos y tiempos sigue siendo una responsabilidad de la mujer, y puede que delegue parte de la ejecución al hombre<sup>664</sup>:

*“Hay un tema logístico, que todavía manejo yo en la cabeza muchas cosas...y que sí, delego la ejecución pero no la organización, la planificación” (Ana-M10)*

---

<sup>664</sup> Que se corresponde con la clasificación anteriormente citada de Torns (2008) de los tipos de trabajo incluidos en el trabajo doméstico, correspondiendo estos a la gestión del hogar o “management”.

Esto muestra una vez más que estas mujeres siguen asumiendo la responsabilidad del cuidado, aunque ahora sea políticamente correcto que los hombres ayuden.

Algunos autores (Meil, 2002:34) afirman que los cuidados siguen siendo asumidos por las familias, aunque debido a los profundos cambios que se están produciendo en las familias y en las relaciones de sus miembros, esta solidaridad familiar no desaparece pero cambia de naturaleza y características: las familias siguen ocupándose de sus mayores y de los menores, pero esta ayuda es más puntual y de emergencia, y no está dispuesta a una dedicación a tiempos completo y permite la entrada de cuidadores o instituciones cuidadoras externas a la institución familiar<sup>665</sup>. Aunque este análisis obvia una vez más, la dimensión de género de los cuidados. La responsabilidad incluso de la gestión, planificación y logística de los cuidados, y de la asistencia de emergencia recae desproporcionadamente en la parte femenina de esas familias.

---

<sup>665</sup> Por ejemplo, las familias se responsabilizan del cuidado de sus mayores cuando dejan de ser autónomos, pero esta responsabilización consiste en estar ahí para solucionar los problemas, y en buscar una solución a la falta de autonomía: a través de una residencia de ancianos, asistencia domiciliaria o un cuidador/a privado.

#### **4.5. La ciudadanía y la legislación sobre maternidad y paternidad**

Aunque popularmente se habla del derecho de las madres y padres, o el derecho a la maternidad y la paternidad, la mayor parte de las personas entrevistadas no tienen claro si existe una protección jurídica específica en nuestra legislación vigente al derecho a ser madre o padre. A veces algunas de las personas entrevistadas confunden esta hipotética protección jurídica, con la existencia simplemente de alguna regulación legal sobre maternidad y paternidad.

*“El derecho a ser madre no está reconocido” (Carlota-M1)*

*“Como derecho, como exigir, no” (María – M9)*

*“No con entidad propia. En todos los ámbitos hay alguna ley, algún servicio, algún tal... que reconoce expresamente alguna cosa de maternidad, pero no con entidad propia” (Lucía-M6)*

*“Creo que hay un artículo que dice que tú puedes tener hijos si quieres o no. No sé muy bien cómo, pero sí se nombra, sí” (Nuria - X3)*

*“Yo creo que no hay un derecho específico en esta materia desarrollado, pero que sí que uno de los derechos básicos de la Constitución” (Diputada Congreso - PP2)*

*“Sería como estos derechos económicos y sociales vinculados a muchas otras cosas donde no es un derecho exigible del Estado de “mire, yo quiero ser madre... la protección es colectiva pero la titularidad es siempre individual” (Ana-M10)*

*“Sí, desde la protección de la familia, entendida la familia en sentido amplio, el que la mujer procrea un hijo y a la vez forma familia, por lo tanto toda la normativa constitucional que protege a la familia, sí.” (Eva-M11)*

A la luz de las entrevistas realizadas, coloquialmente se habla de derecho a la maternidad, pero aparte de no existir jurídicamente hablando, ni siquiera se puede hablar de la maternidad como una elección. Una cosa es poder elegir entre ser madre o no, que podrían incluirse en los derechos reproductivos y otra cosa es que se den

las condiciones necesarias para poder elegir (derecho a ser madre) dada la estructura del mercado de trabajo o la organización de los tiempos de vida en nuestra sociedad.

*“Que consigamos que se aseguren condiciones para tener hijos que reduzcan dramáticamente las enormes dificultades que implica tener hijos hoy en día. Es el tener hijos, la maternidad es un término que no me parece muy apropiado, y lo digo intuitivamente...”(Antropóloga - A1)*

Algunas de las representantes de los poderes públicos entrevistadas, consideran que las disposiciones contenidas en la Ley de Igualdad y en las nuevas disposiciones legales que aluden a la maternidad y la paternidad, están tratando de proteger exactamente eso: una visión del Estado como garante de que cada uno pueda ser madre o padre cuando quiera. La posición aquí del Estado no es de configurador de derechos, de tutelador de derechos, sino garante del ejercicio de un derecho que se presupone existe.

*“¿Qué es lo que el Estado y desde el gobierno hemos intentado siempre garantizar? En un gobierno además tan garantista en cuanto a los derechos, es decir, que ninguna mujer deje de tener un hijo porque las condiciones sociales se lo impiden... nosotros queremos que las mujeres que quieren ser madres puedan serlo, es decir, ofrecerles garantías para que esto no merme su carrera profesional, ni que les condicione su vida personal.” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Algunas de las personas entrevistadas entienden que sí que existe un derecho a la maternidad. Pero no porque el estado a través de sus leyes y sus políticas no defina ese derecho, su contenido y sus titulares, y además lo categorice como derecho individual, sino porque a lo largo de numerosas disposiciones o intervenciones, configura el modelo de madre y de padre respaldado por el ordenamiento jurídico, las buenas madres y los buenos padres, y a su vez, a quienes no se valora como buenas madres y buenos padres, y por lo tanto se penaliza:

*“En el fondo sí que hay un cierto derecho a ser madre y creo que se plasma también en la sociedad, en las estructuras, en sus políticas y en sus leyes... cuando se están haciendo juicios sobre las custodias. Todo lo que pasa en la sociedad y las dinámicas en relación a las experiencias de maternidad y paternidad generan también un modelo de cuidados” (Sara-M3)*



También varias de las personas entrevistadas, entre ellas algunas académicas y políticas, muestran sus reticencias a la formulación de cualquier derecho de las madres o de los padres, porque lo entienden como dotar de privilegios jurídicos a los adultos por encima del interés y de los derechos de los menores, los hijos/as. Es un ejemplo una vez más, de la utilización del interés supremo del menor no siempre bien entendida. Dotar de una formulación jurídica a los derechos de los progenitores por su condición de padres no quiere decir automáticamente que estos derechos se sitúan por encima de los derechos de sus hijos/as, o que esto significa automáticamente una vulneración o merma del interés supremo del menor<sup>666</sup>.

*“Para mí la primera cuestión son las criaturas, y de ahí se derivan derechos para la madre... si se intentara acuñar como una expresión jurídica yo no sería capaz de dotarla de contenido” (Socióloga - A2)*

*“Una cosa es la protección de la infancia, y la protección de las mujeres, y de los hombres. Pero de la maternidad en sí, no se si tiene que haber una tutela jurídica específica... Creo que más bien no.”(Diputada Congreso - PP2)*

El derecho paterno o el derecho a ser padre sí que en cambio han existido históricamente como una serie de reconocimientos al “pater familias” por el hecho de ser padre. De ahí a que esta madre recuerde la connotación legal del término de paternidad.

*“Lo del pater-familias, que tenía... sobre castigar y sobre el poder absoluto que tenía, incluso también sobre las decisiones sobre el hijo (la parte de custodia, etc.)... Todo el poder que se le daba a través de la legislación al pater-familias se ha ido reduciendo, porque al final, incluso el hijo era su esclavo...”(Sara-M3)*

Cosa diferente es la alusión a la posibilidad de investigar la paternidad, tal y como está contenida en la Constitución española. Sobre todo los políticos/as entrevistados recuerdan cuál es la finalidad de tal inclusión constitucional: terminar con una situación de desventaja histórica de aquellos hombres que no querían responsabilizarse y reconocer como suyos hijos/as habidos fuera de una relación extraconyugal.

---

<sup>666</sup> Los derechos de maternidad, paternidad y conciliación en el ámbito de la protección social y las técnicas de reproducción analizados en el capítulo anterior no otorgaban derechos a los progenitores tan sólo por el mero hecho de haber concebido una nueva vida, no en su calidad de madres y padres, sino para que pudieran (casi únicamente las madres) hacerse cargo de los cuidados necesarios de esa nueva criatura, responsabilidades que se presuponía individual e inherente a toda madre.

*“Hasta entonces la investigación de la paternidad estaba prohibida, con lo cual la mentalidad del legislador era que estaba protegiendo a las madres “singles” (Diputada Congreso- PP1)*

*“Lo que protege es que los hijos puedan conocer a su padre. Y que los padres se ocupen claro... aquí es la protección del menor” (Diputada Congreso - PP2)*

*“El legislador constituyente yo creo que lo que tenía en mente era hacer desaparecer las desigualdades entre hijos que había por razón de nacimiento, entre hijos legítimos e ilegítimos” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Una llamada de que los padres, los varones padres proveyeran al cuidado, a la alimentación, etc., cualquiera que fuera, si eran matrimoniales, no matrimoniales” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Yo creo que fue una equivocación de las feministas. De lo que se trataba era de garantizar los alimentos. Es una equivocación porque se introduce la paternidad biológica” (Antropóloga - A1)*

Ahora en cambio, hay cierta confusión en reconocer que los padres tengan algún derecho por el hecho de ser padres, más allá del derecho, como alguna de las madres entrevistadas reclama, a saber que es padre.

*“Yo creo que el padre tiene derecho a saber que tiene un hijo” (Celia – M7)*

*“A los hombres no, es padre, ha sido padre, porque su mujer ha decidido hacerle padre... Y todavía se concibe así” (Tere - X5)*

Pero incluso en estos casos donde se incluye la posibilidad de investigar la paternidad se critica el intervencionismo legal, esta vez sí en materias de atribución de paternidad:

*“Jurídicamente construido, hay alguna presunción graciosa, por ejemplo que el marido es siempre el padre del hijo de la mujer, lo cual esto es absurdo... que de alguna manera esta presunción directa de que los hijos de mujer casada admitiera un principio de declaración en contrario, y si hace falta hacer las pruebas hemogenéticas en aquel momento pues que se hagan no hace falta esperar a que se haga todo un proceso posterior, lo cual ahorraría pues situaciones dramáticas” (Diputada Congreso - PP1)*

Hasta aquí se ha reflejado la confusión de la ciudadanía sobre si existe o no un derecho a la maternidad, y la afirmación inicial de que en el ordenamiento jurídico español no existe un derecho a la maternidad así formulado como uno de los derechos fundamentales. ¿Pero puede interpretarse que existe un derecho a la maternidad derivado de otros derechos fundamentales que si que están explícitamente recogidos en la Constitución española?<sup>667</sup>

Pero las personas entrevistadas en general no consideran que exista tal derecho, y si una protección constitucional a un modelo de paternidad y maternidad que se ajuste al modelo de familia nuclear biparental heterosexual. Se trata más de un ejemplo en el que el derecho está sancionando o aprobando unas determinadas formas de ser madres y padres, sin entrar directamente a plantear derecho alguno.

*“La Constitución acaba explicitando muy claramente la trayectoria cultural, la construcción simbólica o la herencia de esta sociedad más patriarcal esta estructura familiar de la unidad clásica del padre ganador del pan y las madres cuidadoras de los hijos y los hijos-hijas” (Representante Generalitat - AP2)*

*“En tanto que se atribuyen los roles, lógicamente como el rol de la madre es tener hijos, reproducir y cuidar, la constitución despliega la protección de la maternidad en tanto que tiene este rol. Igual que lo desplegaba el sistema de cotización de la Seguridad Social y de subsidios sobretodo para el hombre porque era el que trabajaba” (Representante Generalitat - AP2)*

Las políticas y representantes de la administración pública no tienen en cambio ideas comunes sobre este punto cuando expresan su opinión sobre qué hay detrás de la protección a la maternidad incluida por ejemplo en la LOIEMH, una de las primeras leyes que relaciona maternidad y paternidad también con el derecho fundamental a la igualdad. Unas creen que lo que se intenta proteger simplemente es a las mujeres:

*“El hecho de la protección a la maternidad creo que era importante porque es una manera de conseguir la igualdad. Yo creo que el objeto jurídico a proteger es la mujer.” (Diputada Congreso - PP2)*

Otras creen en cambio que sí que se puede calificar de derecho de las mujeres:

---

<sup>667</sup> Esta es la tesis por ejemplo defendida por Marrades (2002). También como se vió en el capítulo segundo hay numerosos autores que defienden el fundamento constitucional del derecho a la reproducción o de la autonomía procreativa de las personas (De Lora, 2006, 2008; Gómez Sánchez, 1994).

*“La ley de igualdad yo creo que da un paso muy cualitativo y muy importante en la protección de la maternidad como un derecho de las mujeres, que no las penalice en su vida diaria, ni en el ámbito laboral ni en su vida privada.” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

En donde en cambio sí hay unanimidad entre las políticas entrevistadas es acerca de los objetivos de la Ley. Las personas interpretan que la LOIEMH se ocupa de la maternidad en un doble sentido: como un fenómeno digno de protección legal por sí mismo, y en segundo lugar como obstáculo de la vida de las mujeres que constituye una fuente de desigualdad respecto a los hombres<sup>668</sup>:

*“La no discriminación no quiere decir la igualdad, la no discriminación es ir a la ausencia de una conducta negativa, pero para llegar a la igualdad no basta con la ausencia de algo negativo, ha de haber actuaciones pro-activas, porque aparte de las leyes, hay las costumbres (Diputada Congreso - PP1)*

*“La Ley de Igualdad es que la maternidad tiene que ser objeto de políticas públicas específicas. Por un lado de protección, para que no se penalice el hecho de la maternidad y por otro lado para el Estado garantizar que los hombres y las mujeres que deciden responsablemente tener un hijo o hija, puedan tener suficiente respaldo público (Representante Generalitat - AP2)*

La maternidad se protege, porque ante la ausencia de igualdad en materia de cuidados, constituye una carga para las mujeres que se materializa en la doble jornada:

*“Hace que tengamos que proteger la maternidad en tanto que, como no ha cambiado y no es efectiva la corresponsabilidad en el si de las familias, en la crianza de los hijos, la*

---

<sup>668</sup> El cambio de finalidad perseguida por el derecho queda aquí patente. Si se compara con el análisis de la legislación de protección de la maternidad y paternidad realizado en el capítulo segundo, desde los primeros orígenes históricos, la finalidad perseguida es proteger la salud física de la madre y el feto durante el embarazo, y de la madre y el recién nacido durante el parto y lactancia. El segundo objetivo perseguido es quizás la promoción de la natalidad, intentar facilitar que las mujeres no dejen de tener hijos/as y a la vez sigan siendo trabajadoras. Pero incluir el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres cuando se legisla sobre maternidad y paternidad constituye una novedad y sorprende lo incorporado que tienen las representantes políticas y académicas este objetivo. Es correcto y deseable que la legislación también tenga como objetivos la igualdad de hombres y mujeres frente a la maternidad y la paternidad, pero después el análisis pormenorizado de las figuras jurídicas utilizadas para alcanzar este objetivo no parecen ser especialmente útiles, como se verá más adelante en el análisis del permiso de paternidad.

*maternidad implica una doble carga para las mujeres. Porque lógicamente están en el mercado de trabajo pero continúan garantizando y ocupándose de la crianza” (Representante Generalitat - AP2)*

Las valoraciones de las aportaciones de la LOIEMH en materia de maternidad y paternidad son muy positivas por parte de las políticas y las representantes de las administraciones públicas entrevistadas, aunque también es cierto, que todas han sido partícipes en la elaboración de la ley. Se considera especialmente valioso las mejoras en la protección de la maternidad que la ley introduce, por las que se corrigen por fin situaciones de desamparo legal históricas, como era el caso de las trabajadoras de profesiones liberales y la protección en partos prematuros:

*“A raíz de la Ley de Igualdad se ampliaron bastante todo lo que eran las insuficiencias en la contemplación legal de los permisos, por ejemplo no estaba contemplado el permiso de maternidad para profesiones liberales, la gente que no estaba en el régimen general de la seguridad social no tenía contemplada la baja por maternidad, ni tenía contemplado, porque es un derecho derivado, es decir, si tú lo tienes lo puedes derivar a tu marido, pareja o padre de la criatura” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Se perfeccionó todo el tema de los partos prematuros, que ahora cada vez hay más y se vio claramente que había un alto porcentaje de expulsión de estas mujeres del mercado laboral” (Diputada Congreso - PP1)*

A pesar de ello, también las personas entrevistadas que conocen bien el proceso y el momento de aprobación de la LOIEMH, admiten que el principal elemento de discordia en las discusiones parlamentarias, no era tanto cuestiones de igualdad de género, o de necesidad de legislar sobre la maternidad y la paternidad como fenómenos dignos de tutela legal, sino los costes económicos que esta legislación suponía, es decir, cuánto costaba al conjunto de la sociedad socializar cuestiones que hasta ahora se habían podido dejar bajo la responsabilidad de las mujeres.

*“El primer obstáculo siempre que pones en marcha una medidas de política pública que incrementa gasto es el coste... tienen que ser sostenibles con el modelo económico que estamos además defendiendo en el marco de la Unión Europea, es decir, sostenibilidad, el déficit cero”(Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

*“(Hablando del permiso de paternidad) fue una medida que afortunadamente se legisló simplemente en un momento de bonanza y de superávit de la seguridad social.*

*Probablemente en otro momento incluso quizás no hubiera sido posible”  
(Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Aunque la Ley entra en vigor en marzo del 2007, en el momento de las entrevistas realizadas, durante el otoño del 2008, las representantes de la administración pública reconocen que aunque su valoración es muy positiva, se trata de una ley que podrá evaluarse y ver alcanzados sus verdaderos objetivos en un plazo de tiempo mucho más largo:

*“Yo soy una gran defensora de la ley pero también soy una gran convencida de verdad, tengo una gran convicción sobre los efectos que la ley puede tener, eso sí, en una década” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

*“Que se ha instalado un discurso políticamente correcto en relación a la igualdad que nadie, ninguna institución ni casi ningún ciudadano con un mínimo sentido común, se atreve públicamente a desbancar. Porque podría parecer antiguo, podría parecer una mentalidad trasnochada o tal... pero es verdad que no todos los valores que la ley de igualdad promueve están interiorizados en cada ciudadano y ciudadana”  
(Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Obviamente las personas entrevistadas citan el nuevo permiso de paternidad introducido por la LOIEMH como uno de los ejemplos más destacados de legislación sobre paternidad. En el capítulo tercero se ha estudiado la finalidad perseguida cuando se introdujo esta figura jurídica en el ordenamiento jurídico español: conseguir un mayor nivel de corresponsabilidad en los cuidados. Como ya se ha mostrado, un permiso de paternidad de tan sólo trece días, difícilmente logrará revertir toda una tradición histórica social, laboral y legal de atribución de los cuidados al campo de las responsabilidades femeninas. Muchas de las personas entrevistadas en el trabajo de campo comparten este punto de vista:

*“Yo creo que es un permiso insuficiente, de hecho mi grupo parlamentario ya ha propuesto que se amplíe a 1 mes, pero yo creo que se ha de ir más allá, hasta que no se haya equiparado el permiso de paternidad y el permiso de maternidad, seguirá siendo asimétrico” (Diputada Congreso - PP1)*

Aun así, también las personas entrevistadas se hacen eco de que el objetivo es más simbólico que real o efectivo. Las alusiones a los padres y a la paternidad en esta ley,

están buscando en último término, cambiar los modelos sociales y las cuotas de reparto entre hombres y mujeres sobre los cuidados:

*“El objetivo que pretendes conseguir obviamente es el cambio del modelo del cuidado. Ir incentivando en cualquier caso que estos cambios culturales, las políticas del cuidado, de la responsabilidad del cuidado de los hijos en este caso” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

#### **4.6. Los ciudadanos/as frente a la actuación estatal**

A lo largo del trabajo de campo se ha podido constatar que existe un amplio desconocimiento de las leyes y las políticas públicas en general, y también sobre aspectos que tienen que ver con la maternidad y paternidad, realidades que tocan muy de cerca la vida de todas las personas entrevistadas<sup>669</sup>. Las personas entrevistadas confunden, en general, las leyes y políticas públicas con meras ayudas económicas. Estas son algunas de las respuestas de las personas entrevistadas cuando se les invita a enumerar las leyes y políticas públicas sobre maternidad que conocen o de las que se han beneficiado como madres y padres.

*“Lo de las bajas, ¿qué más? Es que no sé nada yo de leyes” (Carlota-M1)*

*“Del permiso por maternidad como madre trabajadora, del permiso de la media hora de reducción de la jornada laboral de lactancia, me beneficié... Bueno, yo tuve la atención y parí en un servicio público, con lo cual todo el tema de salud” (Ana-M10)*

*“Baja maternal, lo del permiso de lactancia, lo de los dineros (lo del IRPF, los 1200€ más el que te dan por un apoyo a la familia)... ninguna más, es que no me sé ninguna más” (Pedro – P6)*

Aunque sí que existe una crítica importante a que muchas de esas ayudas, sobre todo económicas y generalmente enunciadas como de ayuda, protección o fomento de la maternidad, estén condicionadas a la participación de la mujer en el mercado de trabajo<sup>670</sup>. No es de extrañar pues que la ciudadanía entienda tan sólo como leyes y

---

<sup>669</sup> Romito (1993:583) también constataba este escaso conocimiento de las leyes y políticas públicas en un grupo de mujeres en una investigación cualitativa en Trieste (Italia) sobre la legislación de protección de la maternidad, y que además esta falta de información era independiente del nivel educativo y de las condiciones de trabajo de la mujer.

<sup>670</sup> Es interesante que algunos de los argumentos utilizados en el recurso al Tribunal Supremo que a continuación se muestra coinciden con las críticas sociales que muestran las personas entrevistadas durante el trabajo de campo de esta investigación. La Sentencia rec. 350/2005, 30 Mayo 2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo desestima un recurso de unificación de doctrina por falta de legitimación activa del partido político Familia y Vida, que interpone dicho recurso contra la nueva legislación sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que introdujo la deducción por maternidad a las mujeres trabajadoras durante los tres primeros años de vida (artículo 22 del Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dando nueva redacción al artículo 58 de éste relativo a la "Deducción por maternidad"). El partido político alega que esta deducción por maternidad:



políticas públicas de protección de la maternidad, aquellas que se desarrollan o dependen del ámbito laboral, si efectivamente, y tal como se ha visto anteriormente, estas leyes o políticas públicas se otorgan a las madres en la medida que son trabajadoras, y tan sólo por su condición de madres<sup>671</sup>:

*“El permiso por riesgo de embarazo, la reducción por lactancia, el permiso por riesgo de lactancia, las mismas ayudas económicas en uno u otro sentido para la mujer trabajadora y ojo que la de los 100€ mensuales son sólo para la mujer trabajadora, con que la pobre que está en casa le ha tocado tener un hijo, ahí se queda, que es la que está peor” (Ana-M10)*

*“Más allá de “si ha nacido el niño, te doy el dinero”. No, eso no, esto es mercantilista” (Martina - X2)*

La Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes introduce la llamada deducción por maternidad en su artículo 67bis<sup>672</sup>. Pero desde su incorporación se criticó su aplicación

---

*“En primer lugar, la inconstitucionalidad de las citadas disposiciones al contener dichas normas diferentes discriminaciones, así, de los varones, de los padres adoptantes, de unas mujeres trabajadores respecto de otras -las que trabajan fuera de casa y las que no- y de unas mujeres trabajadoras respecto de otras, en función del mes de nacimiento del niño, sin que ninguna de ellas sea admisible desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad.”*

*En segundo lugar, alega, asimismo, la inconstitucionalidad de la Ley por contravenir el principio de capacidad económica. “*

<sup>671</sup> De nuevo es preciso recordar el concepto de ciudadanía laboral en el que se sustenta el desarrollo del Estado de Bienestar dentro del modelo de Estado Social de Derecho. Muchos de los efectos indeseados de la legislación de protección de la maternidad como se ha visto en el capítulo tercero de esta tesis, el llamado efecto boomerang que la superprotección de la maternidad en el mercado de trabajo opera, se vería revertido si como propone Romito (1993:588) los beneficios sociales se vincularan a los derechos de las personas como ciudadanos/as, no como trabajadores/as.

<sup>672</sup> Artículo 67 bis. Ley Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas  
*“Deducción por maternidad.*

*1. Las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el artículo 40 ter de esta Ley, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años.*

*En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil.*

tan sólo a las madres, y nos a los padres<sup>673</sup>, y que esto podría ser una vulneración del principio de igualdad constitucional. Igualmente fue criticado la aplicación sólo a las madres trabajadoras asalariados, con lo que se excluía a las mujeres desempleadas o inactivas (Jiménez Compaired, 2003: 33-35).

A lo largo de las entrevistas realizadas también existe una importante crítica a la insuficiencia de estas medidas, sobre todo por parte de los padres y madres entrevistados, que aunque reconozcan haberse beneficiado, admiten que son políticas que no cumplen ninguno de los objetivos generalmente enunciados.

Como explican muchas de las madres y padres ningún bebé es autónomo después de dieciséis semanas, no existen apenas guarderías públicas que ayuden al cuidado de estas criaturas hasta la edad de tres años de escolarización pública, las excedencias y reducciones de jornada llevan aparejada reducciones de salarios, de cotización y de posibilidades de promoción profesional para quienes se benefician de ellas, etc.

Tampoco cumplen las funciones de fomento a la natalidad, en su opinión porque son tan insuficientes, que no pueden condicionar la decisión de las personas acerca de su maternidad y paternidad. Además subrayan que únicamente protegen un espacio de

---

*Cuando la inscripción no sea necesaria, la deducción se podrá practicar durante los tres años posteriores a la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare.*

*En caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, siempre que cumpla los requisitos previstos en este artículo, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente.*

*2. La deducción se calculará de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos previstos en el apartado 1 anterior, y tendrá como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción.*

*A efectos del cálculo de este límite se computarán las cotizaciones y cuotas por sus importes íntegros, sin tomar en consideración las bonificaciones que pudieran corresponder.*

*3. Se podrá solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el abono de la deducción de forma anticipada. En estos supuestos, no se minorará la cuota diferencial del impuesto.*

*4. Reglamentariamente se regularán el procedimiento y las condiciones para tener derecho a la práctica de esta deducción, así como los supuestos en que se pueda solicitar de forma anticipada el abono de la misma.”*

<sup>673</sup> Aunque el argumento de legislador es que este tratamiento diferencial era para compensar los costes adicionales que la maternidad ocasionaba a la madre trabajadora para sufragar las necesidades de conciliación de vida familiar y laboral. Obviamente el legislador asumía que las responsabilidades sobre los cuidados de esa nueva criatura era una cuestión únicamente de incumbencia de la madre trabajadora, y que las necesidades de conciliación era un problema de las mujeres.

tiempo muy limitado que correspondería a ese concepto de maternidad y paternidad puramente biológico: el embarazo, parto y los cuatro meses posteriores al parto.

*“16 semanas es una porquería, porque el niño no es nada todavía ni se aguanta de pie, la cabeza ni nada... o sea, que es un desastre” (Antonio – P4)*

*“Protege el derecho a embarazarse y a tener un hijo hasta los 4 meses. Punto. No protege el hecho de tener tiempo para criarlos” (Gerard - Y4)*

*“Yo creo que el que quiera tener hijos es porque los quiere tener y esas ayudas no estuvieran, los tendríamos igual... a nadie le amarga un dulce pero yo no voy a tener más hijos porque me den eso ni voy a dejar de tenerlos porque no me lo den y no creo que haya nadie ni que los tenga ni que los deje de tener por esas ayudas” (Daniela-M5)*

Pocas de las personas entrevistadas incluyen entre las leyes y políticas de protección de la maternidad, leyes como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, popularmente conocida como Ley de Dependencia<sup>674</sup>. Apenas hay personas que cuestionan el nexo natural e indisoluble que en nuestra sociedad tiene la experiencia biológica de la maternidad con la responsabilidad en exclusiva de los cuidados, cuidados no sólo a los menores sino a todo aquel que en el círculo familiar necesite cuidados y no pueda valerse de manera autónoma:

*“Tema de la ley de dependencia lo va tocando de alguna manera, no tanto en el concepto de maternidad, pero sí en el de cuidados, que es donde se desarrolla también la maternidad” (Sara – M3)*

Las investigaciones sociológicas recientes que han analizado el impacto de las políticas públicas familiares (Brullet y Roca, 2008) también corroboran estas opiniones. Para las madres, los permisos de maternidad son tan cortos, que las madres son

---

<sup>674</sup> También como se ha visto en el capítulo tercero de esta tesis, tampoco la ley cuestiona el hecho de que los cuidados sean una responsabilidad esencialmente femenina. La exposición de motivos evidencia una nueva realidad social donde existe un número creciente de personas dependientes que necesitan ser cuidadas para sobrevivir, y donde las mujeres, debido a su generalizada incorporación al mercado de trabajo formal, ya no pueden seguir ocupándose como lo habían hecho hasta hace poco. Pero en el articulado de la ley no se evidencia que los cuidados son una responsabilidad colectiva y de toda la sociedad, ni que existe un derecho individual a ser cuidado, ni que deba existir en consecuencia, una responsabilidad estatal de proporcionar esos cuidados a las personas en periodos de la vida (ya sea infancia, enfermedad o vejez) donde los/las individuos no pueden ser autónomos y autosuficientes.

reacias a ceder parte de ese permiso del padre<sup>675</sup>. Los permisos de excedencia no son apenas utilizados para su fin, porque implican quedarse sin salario; en cambio, cada vez es más frecuente que las mujeres, especialmente de clase obrera y con contrato fijo, opten por irse al paro y cobrar la prestación de desempleo. La reducción de jornada con reducción proporcional de salario es un recurso utilizado, a pesar de que implica una disminución salarial, generalmente de la madre, y aun así es insuficiente en el tiempo<sup>676</sup>. Las medidas de flexibilidad horaria tienen un impacto muy positivo en las necesidades de conciliación de padres y madres, a pesar de que su generalización y aplicación es difícil, y su utilización es desigual según los sectores económicos y el tamaño de las empresas.

Alguna de las académicas entrevistadas, que también pertenecen al movimiento feminista, reconocen igualmente que el pensamiento feminista no está especialmente interesado en la maternidad hoy en día. Si el movimiento feminista, que constituye uno de los principales movimientos sociales de nuestra sociedad, no hace demandas sobre la inclusión de la maternidad en las leyes, sobre cambios jurídicos, sobre cambios en la categoría de ciudadanía que utiliza el Estado, no debe extrañar que la maternidad no esté incluida en la agenda política dominante.

*“La maternidad está un poco de lado. Y nosotras que ya pasamos la edad, tampoco nos la planteamos. Y así desaparece la sexualidad de la agenda feminista, desaparece la maternidad de la agenda feminista. Y desaparece el aborto libre y gratuito de la agenda feminista..... es una cuestión muy paradójica: desaparece de la agenda feminista y reaparece la maternidad de forma absolutamente mística, la maternidad como una experiencia especial” (Antropóloga - A1)*

Birke, Himmelweit, Vines (1990:15) aportan algunas ideas que explican esa “indiferencia” actual del movimiento feminista ante el fenómeno de la maternidad. En la década de los 70, cuando surgió la ola de feminismo actual, las mujeres que integraban el movimiento feminista o ya eran madres o estaban lejos de plantearse. Estas mujeres estaban preocupadas por el hecho de que a las mujeres no sólo se las

---

<sup>675</sup> Como se ha visto en otras investigaciones sociológicas, y también en este trabajo de campo, la maternidad (y en consecuencia el permiso de maternidad) se convierten en reductos de poder de las mujeres, de ahí las reticencias a cederlo a los padres. Igualmente la sociedad atribuye toda una serie de estigmas a los padres que disfrutaban parte de ese permiso.

<sup>676</sup> A pesar de que como se ha visto, la LOIEMH amplió la posibilidad de reducción de jornada por cuidado de menores a cargo hasta los ocho años de edad del menor, y flexibilizó la proporción de jornada y de salario a reducir desde una octava parte hasta la mitad de la jornada.

viera en términos de su capacidad reproductora. Para ellas la libertad reproductora significaba verse liberadas de la reproducción.

*“Pero no debemos perderlo. Las mujeres de mi generación tenemos muy pocos hijos, mis amigas tienen 0 hijos o 1 hijo, y casi todas nos hemos divorciado por lo menos 1 vez, yo creo que este precio no se puede volver a pagar a nivel generacional, es decir, la teoría que ha salido del feminismo que ser madre y tener autonomía está reñido, hay que reconciliarlo, esto es un reto. El otro reto es que los derechos de las mujeres no podemos defenderlos sólo las mujeres, hay que implicar a los hombres. Estos son los dos retos que tenéis las mujeres de vuestra generación.” (Diputada Congreso - PP1)*

Las pocas leyes y políticas públicas de maternidad y paternidad que se citan por parte de las personas entrevistadas se limitan al ámbito laboral. Los puntos de vista ofrecidos a lo largo de las entrevistas coinciden con el planteamiento legal: la maternidad se convierte en objeto de legislación y de tutela política, en la medida en que se convierte en un obstáculo en una dimensión del espacio público como es el mercado de trabajo. Si no es así, la maternidad permanece en el espacio privado de las personas, libre de intervención legal y estatal.

*“Baja por maternidad; el incentivo económico al nacimiento, el apoyo a la mujer trabajadora con hijos menores de tres años, de la ley de conciliación la parte que tiene que ver con maternidad, de la ley de igualdad lo mismo” (Lucía-M6)*

*“Protección, que no puedan despedirte por el simple hecho de ser madre, o de que vayas a ser madre... el permiso de maternidad, la reducción de jornada, las excedencias que ahora se cotizan, la lactancia, y no se me ocurre ninguna cosa más” (Isabel – M8)*

*“La sociedad aún no tiene, ni las empresas... tienen mentalidad de ayudar a las madres, que no es ayudar a las madres, que es ayudar a la familia y al resto de la sociedad. Se ve como una situación atípica o molesta” (Ana-M10)*

Muy colateralmente se cita legislación sobre técnicas de reproducción asistida y política sanitaria. Aunque los problemas de esterilidad de las parejas actuales es un fenómeno socialmente muy extensivo y conocido, así como la existencia de las técnicas de reproducción asistida, existe cierta confusión en cuanto a su cobertura o no por parte del sistema de sanidad público.

*“Yo sé que cuando hay problemas de fertilidad supuestamente el INSALUD te lo cubre. Bueno, no te lo cubre...espérate” (Oscar - Y1)*

Alguna madre subraya que la legislación sobre maternidad y paternidad sigue tomando como referencia un modelo de familia tradicional que se ha transformado profundamente. La legislación sigue descansando en una familia nuclear heterosexual donde prima una fuerte división sexual del trabajo, donde la mujer se hace responsable de los cuidados de los hijos/as y no participa en el mercado de trabajo, y donde existen fuertes redes familiares propias de una familia extensa para cumplir una función de soporte social<sup>677</sup>:

*“Quizás hay un desfase entre las leyes y lo que realmente está pasando en la sociedad, necesidades de la sociedad. Y sobre todo del tipo de familia que hay actualmente, que la estructura de la familia que hay ahora no es la misma que la familia que había hace 40 ó 50 años y quizás las leyes son las mismas, o casi las mismas de hace 50 años, y la familia ha cambiado mucho: la mujer trabaja, la mujer está ocupando cargos que antes era impensable, o antes nacían cuatro...y luego siempre estaban más abuelos, más tíos, tienen más... Siempre había alguien que te echaba un cable, la gente no se movía” (Carlota-M1)*

De las entrevistas realizadas se puede observar una clara descompensación entre el conocimiento como ciudadanos/as de a pie sobre la principal legislación laboral sobre maternidad y paternidad entre hombres y mujeres, padres y madres. La mayoría de los hombres, y sorprendentemente los padres, tienen un escaso, y a veces inexistente o confuso conocimiento de la legislación vigente. Cuando conocen un poco, tienden a creer que la legislación laboral de protección de la maternidad y paternidad sólo se aplica en el caso de las madres a través de los permisos de maternidad, la reducción de jornada, las excedencias, los permisos retribuidos, etc.).

*“Ayudar a la persona que decide ser madre, pueda desarrollar su faceta de madre y trabajadora si quiere trabajar, con la mayor facilidad posible y los menos obstáculos posibles, y compaginarlo en sus vidas y hacerlo más fácil” (Luis - Y3)*

*“Las leyes que al menos intenten proteger o asegurar una maternidad, no sé si decir sana... al menos sin ansiedad o no estresante, todo lo que ayude a eso, hará que nuestros hijos crezcan en un mundo mejor.” (Marc – P3)*

---

<sup>677</sup> Esta reflexión coincide en muchos elementos con las conclusiones del análisis legal del capítulo anterior.

*“Las únicas que conozco son las que regulan la maternidad en el terreno laboral. Bueno, creo que en nuestro país se reconocen cuatro meses, 16 semanas de maternidad, de permiso de maternidad; y luego también, por lo que sé, hay leyes que permiten a las madres reducirse la jornada” (Marc – P3)*

*“¿Yo como padre o a nivel familiar? Como padre no me tocó ninguna. No sé si teníamos opción de yo haber solicitado parte de la baja maternal, que no lo sé...” (Alex - P8)*

Obviamente para los hombres y padres entrevistados, el nacimiento de un hijo/a es un fenómeno que afecta en todo caso sólo a las mujeres, y las responsabilidades posteriores también, por lo tanto entienden como lógico que sólo existan (o creen que existan) disposiciones legales sobre maternidad dirigidas a las madres.

Este desconocimiento de las leyes aplicables por parte de un número importante de padres y hombres entrevistados se produce independientemente del nivel educativo de estos hombres. La falta de información y conciencia que muchas de las figuras jurídicas están redactadas tanto para madres como para padres muestran que cuando las leyes han dispuesto la posibilidad de que los permisos legales para cuidar de los hijo/as puedan ser disfrutados tanto por los hombres como por las mujeres, los hombres no se han dado por aludidos.

Por otra parte, a lo largo de las entrevistas realizadas muy pocas veces aparece el derecho de familia como un ejemplo de intervención estatal que regula determinados aspectos de la maternidad y la paternidad. La única excepción ha sido, cuando preguntando por maternidad, paternidad e igualdad, espontáneamente surge el tema de la custodia de los menores en caso de separación y/o divorcio de los progenitores. El debate de la custodia compartida, aparece sobre todo en el discurso de los padres y hombres entrevistados, como un ejemplo donde el derecho influye en la configuración social de la paternidad y la maternidad.

La custodia compartida es una de las posibilidades para repartirse el ejercicio de la guardia y custodia de los hijo/as cuando un matrimonio se separa o divorcia. Ya era una medida existente antes de la última reforma de la legislación sobre el divorcio, pero era una medida que tan sólo se llevaba a cabo si era el resultado de un acuerdo entre los padres. Ahora, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no

sólo se promociona que esta sea la forma de hacerse cargo de los hijos/as habidos en el matrimonio en disolución, sino que se estipula legalmente que en caso de desacuerdo, y atendiendo al interés superior del menor, el juez puede imponer la custodia compartida a los cónyuges en desacuerdo<sup>678</sup>. La reforma del código civil catalán en materia de familia, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia<sup>679</sup>, también ha atribuido a la custodia compartida un papel importante, pero en este caso, es deseable que sea la forma pactada libremente por los padres mediante escrito<sup>680</sup>. La Ley 2/2010, de 26 de

---

<sup>678</sup> Artículo 92 Código Civil español

*“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

*(...)*

*4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

*5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

*(...)*

*8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”*

<sup>679</sup> La Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família

<sup>680</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Artículo 139 Vida separada del padre y la madre

*“1. Si el padre y la madre viven separados, de mutuo acuerdo formalizado en escritura pública, pueden delegar, también de mutuo acuerdo, solemnizado del mismo modo, el ejercicio de la potestad en aquel que conviva con los hijos o acordar que este ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o la distribución de funciones entre ellos. En cualquier momento, el padre o la madre, separadamente, pueden dejar sin efecto, mediante notificación notarial, tanto aquella delegación como esta distribución.*

*2. En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad, decide la autoridad judicial, escuchados el padre, la madre y los hijos/as de doce años o más y los de menos si tienen suficiente conocimiento.”*

Traducción de la propia autora de: *“Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*

*Article 139. Vida separada del pare i de la mare*

*“1. Si el pare i la mare viuen separats, de comú acord formalitzat en escriptura pública, poden delegar, també de comú acord, solemnitzat de la mateixa manera, l'exercici de la potestat en aquell que visvisqui amb els fills o acordar que aquest exercici correspongui a ambdós conjuntament o la distribució de funcions entre ells. En qualsevol moment, el pare o la mare, separadament, poden deixar sense efecte, mitjançant notificació notarial, tant aquella delegació com aquesta distribució.*



mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, de la Comunidad Autónoma Aragonesa en cambio<sup>681</sup>, establece la custodia compartida como opción preferente a la hora de decidir sobre los cuidados de los hijos/as cuando la pareja se separa y divorcia, y presuponiendo que ésta es la opción que mejor se adecua al interés supremo del menor y a la igualdad entre los cónyuges.

La introducción de la custodia compartida y su refuerzo legal tras estas últimas reformas legales sobre separación y divorcio se justifica en aras de conseguir una mayor igualdad entre madres y padres en las responsabilidades de los hijos/as. También su refuerzo ha sido el resultado de las demandas sociales de grupos de padres separados y divorciados que reclamaban sus derechos como padres y solicitaban poder ejercer su paternidad. La custodia compartida ha sido un tema controvertido socialmente, como muestran también las opiniones de las personas entrevistadas en esta investigación. Es un asunto que preocupa a las políticas, y muy especialmente a los padres entrevistados.

Para entender este debate hay que tener en cuenta que el interés supremo del menor debe ser el criterio que debe presidir todas las decisiones concernientes a su guardia y custodia. El concepto de interés supremo del menor está recogido en la Convención

---

*2. En cas de desacord sobre l'exercici de la potestat, decideix l'autoritat judicial, escoltats el pare, la mare i els fills de dotze anys o més i els de menys si tenen prou coneixement.”*

<sup>681</sup> Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, Comunidad Autónoma de Aragón

*“Artículo 1.-Objeto y finalidad.*

*2. La finalidad de esta ley es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.”*

Artículo 6. Guarda y custodia de los hijos.

*“2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

*a) La edad de los hijos.*

*b) El arraigo social y familiar de los hijos.*

*c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*

*d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*

*e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*

*f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”*

sobre los Derechos del Niños (1989)<sup>682</sup>, forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud del artículo 96.1 de la CE<sup>683</sup> y fue el criterio rector de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por ejemplo. Pero el interés supremo del menor es un concepto jurídico indeterminado, susceptible de diversas interpretaciones por parte del juez. Las diferentes formas de entender este concepto han tenido repercusiones en el otorgamiento de la guardia custodia a los menores en casos de separación y divorcio.

Goirienea (2005:53-54) expone cuáles han sido las formas más importantes y extendidas de interpretar el interés supremo del menor en la jurisprudencia. Según la doctrina de “los años tiernos”, dominante hasta la década de los 90, se presumía que la madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada para el cuidado de los menores durante los primeros años de vida, y que además ese menor necesita más de los cuidados y presencia de su madre que del padre. De acuerdo a esta interpretación, la custodia se entregaba a la madre, a no ser que ésta fuera declarada incapaz.

Según la doctrina de la custodia compartida, tanto el padre como la madre son igualmente fundamentales en el desarrollo físico y sociológico del menor, ambos pueden igualmente desempeñar las tareas de cuidado necesarias, y sería deseable que ambos compartieran las responsabilidades de cuidado de los menores tras la separación y/o divorcio.

Otra forma de interpretar el interés supremo del menor, es asignar la guarda a aquel progenitor que hubiera sido el principal cuidador del menor antes de la separación y divorcio, en aras de asegurar una continuidad en la vida del menor, para evitar al máximo posibles repercusiones negativas en la vida del menor, y los menores cambios posibles tras la ruptura matrimonial de sus padres. La prevalencia de la interpretación de acuerdo al progenitor que se ocupa principalmente de los cuidados y la preferencia

---

<sup>682</sup> Artículo 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño

*“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*

<sup>683</sup> Artículo 96. 1 Constitución española

*“1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*

por la continuidad, hace que las guardas se sigan concediendo mayoritariamente a las madres, que siguen siendo la gran mayoría de las veces quienes se ocupan principalmente de los cuidados diarios de sus hijos/as (Picontó, 2007)<sup>684</sup>.

Algunas políticas entrevistadas manifiestan su apoyo a la custodia compartida inicial, pero también su rechazo a que sea una imposición por parte de los jueces.

*“A mi la custodia compartida me parece bien, yo en su día me pronuncié de manera que estaba en contra de la atribución automática de la custodia a las madres, porque pensaba que estaba defendiendo a aquellas mujeres que de alguna manera se veían impelidas a estar con los hijos cuando quizás pensaban que los hijos estaban mejor con el padre y ellas querían ejercer otra opción, y yo creo que me equivoqué, creo que me equivoqué porque de alguna manera la puja por quién se queda a un niño de dos años no tendría que estar en el juzgado, esto pacificaría el tema y se tendría que ir hacia una mayor corresponsabilidad.” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Yo en el tema de la custodia compartida no soy contraria, yo soy contraria a que sea una cuestión de imposición legal.” (Diputada Congreso - PP1)*

Además esta misma persona matiza que se trata de un fenómeno muy poco frecuente en el día a día de las separaciones y divorcios, a pesar de que la repercusión social y mediática nos pueda llevar a pensar que se trata de una reivindicación extendida y mayoritaria de los padres:

*“Las custodias compartidas se piden muchísimo menos que la repercusión que ha tenido su reivindicación...se piden en poquísimas ocasiones la custodia completa por parte de padres” (Diputada Congreso - PP1)*

Y termina expresando sus recelos a que la custodia obedezca siempre al interés superior del menor, y no sea el resultado de otros tipos de intereses.

*“En este país, de la custodia se derivan todos los temas económicos, y la atribución del domicilio, que yo no digo que todo el mundo que lo pida, pida esto, pero tampoco niego que tiene algo que ver” (Diputada Congreso - PP1)*

---

<sup>684</sup> Hay algún sector de la doctrina que defiende incluso que la imposición de la custodia compartida pueda ser una medida legítima para garantizar la igualdad de hombres y mujeres tras la ruptura matrimonial, ver por ejemplo Solé, Judith i Ysás, María (2009) “Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo”. Comunicación al congreso “La feminización del Derecho privado. Una propuesta para el siglo XXI”. Sevilla.

Esta representante política propone una serie de criterios que se deberían tener en cuenta a la hora de decidir si la custodia compartida es la mejor forma de ejercer la maternidad y la paternidad, y a la vez, protegiendo el interés superior del menor:

*“Que alguien realice un análisis psicológico sobre si los padres están preparados realmente para anteponer el bien de ese hijo a sus disputas, que tengan domicilios cercanos y que tengan las mismas ideas en cuanto a educación.” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Yo añadiría otra: indicadores orientativos para decir, ¿quién ha tomado el permiso de maternidad o paternidad?, ¿Quién ha tomado la reducción, osea, quién se ha ocupado de ese niño?. Porque claro, es muy fácil querer partirlo por la mitad cuando te separas... Quien ha sido penalizado por cuidar del niño, quién tal y cuál... hay datos, hay vidas laborales de estos progenitores ¿quien ha antepuesto al cuidado de los hijos?, en el momento que los hombres asuman las responsabilidades familiares, yo creo que tendrá mucho más sentido.” (Diputada Congreso - PP1)*

Las opiniones de los padres entrevistados se hacen eco de la generalizada opinión social de que las guardias y custodias en caso de separación y divorcio se otorgan automáticamente a las madres, como resultado de una disposición legal que así lo dispone. Y que los padres en este sentido están totalmente discriminados<sup>685</sup>. Ninguno apunta, que esa atribución “automática” de la guardia y custodia a las madres, es el resultado de la inercia histórica de asumir que los cuidados del menor es una responsabilidad única de las madres. Presunción que la realidad nos muestra que es verdad<sup>686</sup>.

*“No conozco ninguna ley más, quizás hay alguna ley cuando se divorcian los padres, que la madre tiene más derecho a quedarse con los hijos, pero lo digo de oídas, pero no conozco” (Adrian - Y2)*

---

<sup>685</sup> Como se ha visto no es así ni mucho menos lo que dispone la legislación vigente.

<sup>686</sup> La mayor proporción de custodias asignadas a las madres se debe a que este suele ser el acuerdo mayoritario entre los progenitores, si es que hay acuerdo, siguiendo esa inercia histórica y cultural de que la responsabilidad mayoritaria sobre los cuidados debe ser de la madre. También este mayor número se debe a que en caso de desacuerdo, los jueces han interpretado el interés supremo del menor, de acuerdo a la doctrina de los años tiernos, o entendiendo que estará más protegido en manos del progenitor que antes de la separación y/o divorcio desempeñaba la parte más importante de las tareas de cuidado de ese menor.

*“Los padres están absolutamente maltratados” (hablando sobre la custodia de los menores)(Mateo - P7)*

Los debates sobre la custodia compartida necesitan contextualizarse en los procesos de separación y divorcio en los que tienen lugar. Smart (1995: 136) apunta que el momento de la separación o el divorcio es un momento fundamental de análisis de la estructura familiar patriarcal, porque cuestiones de desigualdad que pertenecían a la esfera privada (por ejemplo la desigualdad salarial, la dependencia económica de la mujer respecto de los hombres para mantener un determinado nivel de vida, la división sexual del trabajo y la invisibilidad del trabajo doméstico, la reproducción como elemento del sistema patriarcal) pasan a la esfera pública y son objeto de operadores jurídicos (abogados, jueces) y sociales (servicios sociales). Algunas consecuencias de las decisiones que toman en este contexto familiar patriarcal son por ejemplo las situaciones de pobreza de las mujeres separadas, el impago de pensiones, la pobreza de niños/as, los juicios por la guardia y custodia, los episodios de violencia de género, etc.

Por todo ello, y por los peligros que estos contextos familiares y patriarcales producen hay autoras como Pitch (2003:152) que afirman que *“El interés del menor”* es una típica norma en blanco sujeta a los valores y cultura de los jueces.

También Fineman (1995:78) ha estudiado el papel del derecho, especialmente el derecho de familia cuando regula la separación y divorcio y las cuestiones sobre custodia de los hijos/as. Para esta autora, supone una de las principales áreas del derecho configuradoras del concepto de “madre”.

Para Fineman, las primeras regulaciones legales que empiezan a otorgar preferentemente la custodia de los hijos/as a la madre, por razones de “tierna edad”, sí que construyen una imagen positiva de “madre”, sin embargo, estos argumentos tienen graves inconvenientes porque:

- Continúa siendo una visión de madre que cumple con la división sexual del trabajo, y está dedicada al espacio privado y al cuidado.
- Esta madre sigue siendo objeto de control por parte del sistema patriarcal: si se desvía de la norma por su comportamiento sexual, afectivo, laboral, o económico será sancionada sobre sus funciones maternas.

Esta autora critica la falsa igualdad del movimiento pro-custodia compartida actual, que intenta promover una figura de padre que cuida y está para sus hijos/as incluso más que una madre, cuando las estadísticas que muestran el número de horas que hombres y mujeres dedican a los cuidados, no constatan estos supuestos cambios sociales.

Otro de los argumentos en la controversia sobre la custodia compartida es cuando se opta por su imposición aún no existiendo un acuerdo de los progenitores. El ejercicio de la custodia compartida exige una gran acuerdo entre los dos progenitores, y si ni siquiera ha sido posible el acuerdo para la separación, ¿cómo puede darse ningún tipo de diálogo y negociación en los casos de separación y/o divorcio por litigio?.

## **4.7. El rol esperado del Estado**

Cuesta imaginar por parte de la mayoría de las personas entrevistadas un papel más activo del Estado en cuestiones relativas a la maternidad y a la paternidad que no pase simplemente por más ayudas económicas.

*“La baja maternal, es que... hay poquitas. La baja maternal y la baja maternal” (Juan – P5)*

*“Luego también esto de por el hecho de tener un hijo, tienes unas ayudas, ¿no?... en la renta tienes que tener desgravaciones fiscales, o a lo mejor...” (Oscar - Y1)*

*“Si tú crees que debes estar al lado de tu hijo y no te quieres incorporar... porque debe ser una cosa libre y no te quieres incorporar durante un tiempo a tu trabajo, bueno, pues que tengas una ayuda, una ayuda económica” (Carlota-M1)*

*“Hacer más ayudas para las madres que tienen hijos, dar más ayudas (dinero, sobre todo)” (María – M9)*

Pocos de los hombres entrevistados creen que el Estado debiera tener un papel más activo en la maternidad y paternidad. Simplemente no se lo han planteado en su vida, porque éste es un tema que no les afecta en absoluto, o creen incluso que un exceso de protección a la maternidad en el ámbito laboral puede ser injusto:

*“Terminar regulando qué es la maternidad, qué es la paternidad, es hablar jurídicamente de eso me parece complicado” (Pablo - Y5)*

*“De la paternidad no sé hablar ya tanto. No sé...” (Oscar - Y1)*

Algunos de los hombres entrevistados entienden que la protección de la madre trabajadora es legítima, pero que no puede ser ilimitada. En el fondo persiste la idea de que la situación de una mujer embarazada es un caso excepcional que el derecho debe proteger, pero que no puede ser una fuente de beneficios para la mujer trabajadora, entendiendo el permiso de maternidad o los diferentes permisos retribuidos como “privilegios” otorgados a la mujer frente al trabajador “normal” que no se embaraza:

*“Es que a mí que no se puede despedir a una mujer que ha tenido un hijo: me parece perfecto; pero también yo creo que debería haber un límite hacia las pretensiones de las mujeres embarazadas” (Mateo - P7)*

Como afirma en este sentido Facio: *“El problema no es que la trabajadora fuera del hogar quede embarazada, sino que el problema reside en que el trabajo remunerado está pensado desde y estructurado, para personas que no quedan embarazadas”* (Facio, 1995:49).

Algunas de las académicas entrevistadas explican también esta postura reacia a la intervención del Estado y a la elaboración de leyes y políticas públicas sobre la maternidad, porque la ciudadanía considera la maternidad como algo tan natural, que no se necesita intervención estatal alguna. Lo que pertenece a la “naturaleza” (propio de las mujeres que se embarazan, menstrúan y paren) no necesita ser objeto de tutela legal, pero lo que pertenece a la cultura, es obra de la razón (propio de los hombres, que descubren y avanzan en la ciencia) si que necesita ser tutelado jurídicamente.

*“La maternidad se considera como algo totalmente natural que no necesita protección jurídica, un hecho de la naturaleza. Mientras que en las técnicas de reproducción asistida es obra de los humanos y hay que regularlo jurídicamente” (Antropóloga - A1).*

Las disposiciones legales establecen determinados permisos retribuidos o ventajas laborales para padres y madres indistintamente, pero son entendidos por los hombres entrevistados (Alberdi y Escario, 2007: 236-237) como “derechos naturales”, generalmente vinculados a la lactancia materna, que por una cuestión biológica objetiva, ya no hay lugar a repartir. También muchos de los hombres y padres entrevistados se acogen a estos argumentos biológicos de la maternidad para explicar la ausencia masculina:

*“Y menos aún creo que hay sobre lo que es ser padre porque por el hecho de que es del cuerpo de la mujer de donde sale el niño” (Pablo - Y5)*

La división o reparto de estos derechos se entiende como robar a la madre un derecho o de un privilegio<sup>687</sup>. Por eso, muchos de los padres y hombres entrevistados verbalizan muchas de las razones que explican el escaso reparto de los instrumentos

---

<sup>687</sup> Aunque como se ha visto, la protección de la maternidad en el ámbito laboral, lejos de ser un privilegio de las mujeres, se convierte en uno de los principales obstáculos para su incorporación en la esfera pública en condiciones de igualdad.



legales para el cuidado de una nueva criatura. El hombre que se atreve a transgredir el rol de género de cabeza de familia, es socialmente etiquetado como una persona egoísta y laboralmente estigmatizada.

*“No conozco a nadie (padres que hayan disfrutado de parte de la baja maternal), pero si le conozco no es que le vaya a llamar vago, pero qué tío más jeta” (Alex - P8)*

*“Que lo coja un hombre, uy, no creo que sea bien visto” (David – P2)*

Las opiniones sobre una mayor o menor intervención del Estado en materias como la maternidad y la paternidad son variadas y diferentes.

En general, no hay posturas definidas sobre una mayor actuación del Estado en el ámbito privado de las personas, en cuestiones como la maternidad y paternidad. En todo caso, hay un grupo mayoritario de personas entrevistadas<sup>688</sup> que consideran que esto es asunto privado de las familias, y que no quieren una injerencia del Estado que les diga cómo tienen que educar a sus hijos/as, o cuántos hijos/as deben o no tener. Consideran en todo caso, que una mayor intervención estatal sólo puede ir en detrimento de la libertad de las personas. Las personas entrevistadas manifiestan una desconfianza ante todo lo que suponga actividad estatal, porque equiparan Estado a injerencia en la vida privada y en las libertades de las personas:

*“Casi mejor dejarlo a que cada cual decida como educarle, porque si no, en lugar de dar libertades o en lugar de dar derechos, estarían limitando la libertad de cada uno” (Eva-M11)*

*“No, no creo que tenga que tener ningún papel, a menos que la ciudadanía le exija al Estado... Yo no soy una persona que piense que de per ser el Estado vaya a solucionar las cosas y los problemas sociales y la organización social” (Sara-M3)*

*“El Estado cuanto menos regule mejor” (Alex - P8)*

O que consideran un elemento negativo la excesiva producción normativa de nuestras sociedades, ya existen demasiadas leyes y políticas públicas:

---

<sup>688</sup> Independientemente de su condición social, nivel educativo, confesión religiosa y política.

*“Yo no soy una persona que esté muy de acuerdo en formular derechos para formular derechos, jurídicamente hablando. Yo creo que hay mucha legislación, demasiada legislación” (Sara-M3)*

También denuncian que el Estado entra a regular demasiados aspectos de la vida de las personas, excepto las que tienen que ver con el mundo económico y empresarial, que en cambio, difícilmente se regulan, porque estas cuestiones quedan libres de la intervención estatal en aras del libre mercado<sup>689</sup>:

*“Que entre el mercado de trabajo, que no entra. Que empezara por ahí, porque creo que lo que marca todo es la economía” (Tere - X5)*

*“La capacidad del Estado para marcar al mercado es mínima” (Sara-M3)*

Por otra parte existe un grupo minoritario de las personas entrevistadas que exigen activamente una mayor implicación del Estado, a través de sus leyes y sus políticas públicas en asuntos que tienen que ver con la maternidad y la paternidad de sus ciudadanos/as. Reclaman que la maternidad y la paternidad sea una cuestión social, colectiva, una responsabilidad más de la sociedad y no tanto una molestia que un grupo de ciudadanas reclama al Estado<sup>690</sup>:

*“Es que para mí es uno de los ejes fundamentales del Estado de Bienestar. De entrada por ejemplo apoyar la corresponsabilidad” (Lucía-M6)*

---

<sup>689</sup> Las reticencias a la intervención estatal en cuestiones que se consideran parte de la esfera íntima de las personas o una cortapisa a su libertad individual encuentra defensores tanto entre las personas de ideología conservadora, como de ideología más progresista. Los primeros consideran que esto es una intromisión a la libertad e intimidad personal. Los segundos desconfían de un Estado que quiere imponer unas determinadas conductas sociales a través del derecho con las que no están de acuerdo. Es siempre sorprendente que se debata sobre la idoneidad o no de la intervención estatal a través del derecho cuando se abordan cuestiones que afectan especialmente a las mujeres, por ejemplo la maternidad, la violencia de género, etc. Y que en cambio, no se dude tanto, sobre la pertinencia de la intervención estatal en otros ámbitos de la vida social que cuentan con una fuerte presencia del Estado, como por ejemplo, la protección de la propiedad privada.

<sup>690</sup> Esta demanda de muchas de las madres y de algún padre, coincidiría con una demanda de actuación estatal para satisfacer una necesidad social. Es importante recordar aquí, las reflexiones realizadas en el capítulo segundo de esta tesis, de cómo las necesidades sociales básicas que gozan de un amplio consenso social llegan a convertirse en derechos sociales en los Estados de Bienestar, como elemento imprescindible del bienestar individual y colectivo que el estado debe asegurar. Los cuidados de una nueva vida humana, su aceptación como necesidad social básica, y su conversión en un derecho social de nuestros Estados de bienestar están aun muy lejos de la legislación vigente sobre maternidad, paternidad, conciliación y cuidados.

*“Yo creo que sobre la paternidad y la maternidad hay que hablar incluso en la propia escuela, igual que hay una educación sexual” (Calia – M7)*

*“Está demostrado que los estados que promueven más la natalidad tienen más hijos. Francia tuvo unas medidas muy potentes y aumentó la natalidad casi en el 2,1 hijos por mujer, es de las más altas de Europa. O sea, que sí, claro que debería tenerlo” (Joan – P1)*

Es interesante ver los diferentes puntos de vista, de la ciudadanía y de los representantes de los poderes públicos, sobre si en estas cuestiones el Estado ha de intervenir, o imponer una determinada actuación sobre la maternidad y la paternidad, o si debe incentivar o propiciar, sin llegar a tener un carácter coercitivo.

Una representante de la Administración pública considera que lo que se persigue con el permiso de paternidad es el incentivo de una mayor corresponsabilidad. Por lo tanto, no se tiene en cuenta (ni en el discurso de esta representante ni en casi ninguno) el interés supremo del menor que necesita ser cuidado por sus progenitores, ni la protección de una paternidad responsable e igualitaria como valor en sí mismo<sup>691</sup>.

*“Yo creo que se puede incentivar determinadas políticas, como el permiso de paternidad, pero nunca obligar. A mi me sirve de poco obligar a un hombre a cogerse 4 semanas de baja por paternidad si luego no las va a utilizar para ello... creo que el modelo de corresponsabilidad no puede ser impuesto por ley... Es un ámbito donde no cabe la imposición legal sino la incentivación a través de las políticas públicas.” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Si lo que la normativa busca es la protección del interés supremo del menor, y de acuerdo a este interés, la necesidad de que sea cuidado por sus dos progenitores, el permiso de paternidad no debería ser opcional. Es importante resaltar, como en el caso de la maternidad en ningún caso se cuestiona la obligación de la madre de tomarse todo el tiempo necesario para asegurar los cuidados del recién nacido. En el caso contrario, nos encontraríamos con argumentos de abandono del menor y de situaciones de desamparo donde se exigiría la intervención estatal. Pero en el caso de la no asunción de las responsabilidades del padre ante un nuevo ser, no aparecen

---

<sup>691</sup> Este es también como se ha visto en el capítulo tercero, la finalidad perseguida en la legislación vigente del ordenamiento jurídico español.

estos argumentos, ni se considera una obligación del padre hacerse cargo en igualdad de condiciones de los cuidados imprescindibles del bebé.

Una representante política subraya una vez más que las cuestiones relativas a la maternidad y la paternidad pertenecen a la esfera íntima de las personas, al ámbito de la actuación de su derecho a la libertad.

*“Yo creo en el Estado como garante de derechos, no como titular. Desde este punto de vista, ¿qué quiero decir? Yo no quiero que la gente renuncie al derecho a decidir ser madre, a decidir ser padre, a decidir no serlo, a decidir esta familia, a decidir la otra, a decidir no trabajar, a decidir cómo y de qué manera educar y yo creo que esto son derechos de las familias, de los padres, y que el Estado ha de ser garante de que estas decisiones se puedan tomar” (Diputada Congreso - PP1)*

Esta diferente posición tiene que ver con la consideración de si la maternidad y la paternidad son un asunto privado de las personas en el que el Estado no debe inmiscuirse, o si se trata de un interés general que pertenece a la esfera pública<sup>692</sup>. O incluso si la maternidad y la paternidad pueden configurarse como derechos jurídicamente contruidos cuyos titulares potenciales serían los ciudadanos que quisieran ejercitar su maternidad y paternidad.

Sobre estos aspectos la crítica feminista nos desvela otros matices de estos puntos de vida. Fineman por ejemplo (1995: 179-180) se hace eco de la crítica de Frances E. Olsen al concepto de Estado que interviene o no interviene en cuestiones sobre la vida privada de las personas, como es la familia. Para Olsen, no existe tal distribución porque el Estado siempre interfiere en la familia interviniendo directamente (por ejemplo mediante la retirada de la guardia y custodia a menores en desamparo o víctimas de abusos) o mediante su no intervención reforzando o protegiendo unos determinados valores o modelos familiares (como “normales” o dignos de protección jurídica).

En cambio sí que parece haber un mayor acuerdo sobre el papel estatal a la hora de valorar la necesidad de articular políticas públicas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Aquí no se duda tanto sobre la legitimidad o no de la intervención

---

<sup>692</sup> Como por ejemplo cuando en la ley de Igualdad o en otros textos normativos más recientes se habla de la necesidad de socializar los efectos de la maternidad.

estatal, sino del fracaso, ausencia u objetos errados de estas políticas públicas de conciliación se tolera social y políticamente sin muchas críticas<sup>693</sup>.

Esta tolerancia social y política ante los fracasos o inoperancia de las leyes de conciliación no concuerda con los valores perseguidos en un Estado Social y democrático de derecho. La mayoría de las personas entrevistadas no reclaman al Estado más y mejores leyes o políticas públicas en materia de conciliación. Sus demandas sobre el problema de la conciliación como se ha visto, tienen más que ver con la colectivización de las necesidades de cuidado de los menores y dependientes y con los cambios estructurales de la organización laboral y los horarios. En cambio, los argumentos que alimentan la actuación estatal sobre conciliación tienen más que ver con necesidades económicas y laborales, y no con demandas de justicia social.

Si el Estado no da respuesta al problema de la conciliación de la vida laboral y familiar que recae casi en exclusiva sobre las mujeres, estará contribuyendo al *“mantenimiento del sistema patriarcal; creará ilusiones ópticas de igualdad; asignará las funciones domésticas según sexo; y contribuirá, con su aportación institucional, a la generación y mantenimiento de la violencia estructural contra las mujeres: si las mujeres no participan es porque no quieren. Y es aquí donde el Estado se erige como gran maltratador. Un Estado que sigue impulsando el trabajo solapado y silencioso de las mujeres en el hogar; que no reconoce el valor social de la maternidad; que no arbitra medidas institucionales de apoyo a la conciliación (...)”* (Gil, 2006:234).

---

<sup>693</sup> Como se ha estudiado en el capítulo tercero, las principales leyes sobre conciliación se acercan en sus diagnósticos sobre los motivos del problema, pero yerran totalmente en los instrumentos jurídicos que después proponen para resolverlo.

#### **4.8. La maternidad y la paternidad: ¿intereses generales o valores superiores del ordenamiento jurídico español?**

Uno de los objetivos del Estado es proteger a través de sus leyes y políticas públicas los valores fundamentales de esa sociedad. En la investigación aquí realizada, se ha utilizado el término interés general en vez de valor fundamental, porque su significado era de más fácil comprensión para las personas entrevistadas sin formación jurídica. El interés general es además un concepto jurídico indeterminado que aparece en numerosas ocasiones en nuestro ordenamiento jurídico como un límite o un marco de actuación de los poderes públicos, que los/as jueces deben interpretar en cada momento histórico determinado, qué entiende en este momento la sociedad por interés o intereses generales<sup>694</sup>.

Una de las políticas entrevistadas hace una definición en este sentido de lo que en una sociedad debería ser el interés general desde su concepción de Estado y siguiendo una interpretación claramente utilitarista:

*“El interés general será el que pueda dar respuesta al mayor número de gente implicada, manteniendo los principios en los que creo: el estado como garante y no como único proveedor (Diputada Congreso - PP1)*

A la luz de las entrevistas, lo que ya no queda tan claro, es si la maternidad y la paternidad es un interés general de nuestra sociedad, susceptible por tanto de tutela por parte del Estado. Unos piensan que sí, que es un valor en sí mismo, otros piensan que interesa proteger en la medida que nos permite tutelar intereses generales más importantes o superiores, como pueden ser la familia, los menores o el crecimiento demográfico:

*“La educación, la seguridad, la familia, las madres, los hijos, todo esto es el interés general, que quiere decir que el estado, las administraciones no pueden taparse los ojos ante las demandas que haya en este tipo ... (Diputada Congreso – PP1)*

---

<sup>694</sup> El Estado de Derecho tiene como finalidad principal, y como interés general en su actuación, la protección de los derechos fundamentales (artículo 10.1 CE). Igualmente la Constitución española reconoce como valores superiores del ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (artículo 1.1 CE).

*“Y la maternidad y la paternidad en tu opinión debería ser parte de este interés general?. “Por supuesto. Tiene que ser un interés general, contemplado colectiva e individualmente como familia. Una familia muchas veces es más que la mera suma de todos sus componentes, hay veces que comparten cosas en común.” (Diputada Congreso - PP1)*

*“Creo que en realidad no es un interés general... Bueno es un interés general cuando se mira desde una perspectiva economicista necesitamos más hijos para que se pague la seguridad social” (Diputada Congreso - PP2)*

*“Seguramente el bien a proteger central es el menor. Se protege la maternidad en cuanto es la responsable última del menor que es su hijo o hija” (Representante Generalitat - AP2)*

No se duda que la maternidad y la paternidad, como intereses generales en sí mismos, o como instrumentos de tutela de intereses generales más importantes (como los menores, las familias o la natalidad), constituyen cuestiones dignas de tutela estatal y regulación jurídica. Pero cuando se analizan cuál es el interés general protegido realmente en las disposiciones legales más conocidas sobre maternidad y paternidad, las personas entrevistadas son especialmente críticas. Esta postura se hace especialmente patente en el caso del permiso de paternidad o el papel de los padres en las disposiciones sobre maternidad.

Los intereses que hay detrás de todas estas normas son diversos, y la realidad nos muestra todavía más, un alejamiento de los objetivos inicialmente buscados. Queda claro, que en ninguno de los casos, ni en la letra de la ley, ni en la realidad, ni por parte del Estado ni por parte de los ciudadanos/as, la maternidad y la paternidad constituyen intereses generales en sí mismos.

La mayoría de las personas entrevistadas tienen una visión bastante clara y crítica también de cuáles son los intereses que hay detrás de la mayoría de las políticas públicas y leyes de protección a la maternidad. A pesar de que los mensajes políticos enmarcan estas leyes y políticas públicas bajo títulos como de “protección a la familia o a los hijos/as, los ciudadanos y ciudadanas”, creen que lo que se está protegiendo son otras cosas. Unas veces se trata del mantenimiento del mercado de trabajo, asegurar que el motor económico continúe; otras veces que las madres trabajadoras puedan seguir desempeñando sus responsabilidades laborales a pesar de tener hijos/as, y que se sigan teniendo hijos/as que alimenten de mano de obra futura al

mercado de trabajo y permitan mantener los sistemas de seguridad social en los que descansan nuestros Estados de bienestar:

*“Que una mujer trabajadora siga siéndolo, a pesar de ser madre” (Lucía-M6)*

*“Están protegiendo que nazcan niños” (Celia – M7)*

*“Creo que intentan proteger la reproducción y de rebote al menor y de más rebote a la mujer” (Pablo - Y5)*

*“El objetivo último, esencialmente, es promover la natalidad porque en esencia es el sostenimiento demográfico de un país” (Joan – P1)*

*“Me parece que nos íbamos a quedar con tropecientos millones de jubiletas y como no tengamos inmigrantes para pagar los seguros sociales para las aportaciones... creo que ese es el fin final” (Alex - P8)*

*“Está protegiendo a la incorporación y el mantenimiento de las madres en el mercado de trabajo” (Leire - X1)*

*“Creo que en realidad no es un interés general... Bueno es un interés general cuando se mira desde una perspectiva economicista necesitamos más hijos para que se pague la seguridad social” (David – P2)*

*“El que tengamos niños, vamos, el que haya un futuro, porque la población en España es una de las... osea, tenemos muy pocos niños y creo que deberían ser más alentadoras esas políticas para conseguir sus objetivos, que con la inmigración se ha aumentado esa natalidad, pero supongo que es eso, que los políticos se mueven por eso, por aumentar la natalidad. Y porque bueno, cada vez es más políticamente correcto esto de proteger a las madres, ayudarlas” (Ana-M10)*

Siempre se discute sobre la necesidad de que las tasas de natalidad de un país se ajusten a las necesidades económicas (Rich, 1976:74) y se habla de que se necesitan más niños/as, o que hay que controlar la explotación demográfica que pone en jaque los recursos naturales, pero no se plantean los mismos dilemas al revés: por ejemplo, si el devenir económico se ajusta o no a la realidad de las tasas de natalidad.

Otras investigaciones sociológicas similares realizadas en Italia (ver por ejemplo Romito, 1993) analizaban qué es lo que se protegía en la legislación de protección de



maternidad vigente en Italia, a través de la experiencia y la opinión de las madres trabajadoras entrevistadas. Los resultados de la investigación mostraban, en primer lugar, que las medidas legales de protección de la maternidad excluían precisamente a las mujeres más necesitadas de protección, a las mujeres trabajando en la economía informal, las amas de casa, y protegían parcialmente a las mujeres con contratos a tiempo parcial y autónomas (Romito, 1993:581). Incluso se mostraba que la posibilidad de disfrutar de la baja maternal antes del momento de parto, establecida para proteger la salud del feto y la madre, era utilizada en un número importante de veces para otros fines que no eran precisamente la protección de la salud materno-fetal, sino para que la madre pudiera así cumplir con su rol tradicional de cuidadora y responsable del trabajo doméstico<sup>695</sup>.

Según la opinión de la mayoría de las personas entrevistadas, la maternidad en sí misma tampoco es un interés general protegido por la actuación estatal. El concepto tan limitado y biológico de la maternidad que reflejan las leyes y políticas públicas se contradice con el concepto social de lo que implica la maternidad: todas las tareas necesarias para que esa nueva vida lleve a la vida adulta. La maternidad legalmente protegida es el periodo de embarazo, parto y lactancia. A las dieciseis semanas de vida del bebé, y ante la ausencia de un sistema de cuidados infantiles públicos y gratuitos hasta la edad de escolarización obligatoria, los padres se encuentran totalmente solos a la hora de desarrollar estrategias privadas para cuidar a ese niño/a y conservar sus trabajos remunerados en el mercado laboral formal.

*“Porque ellos por maternidad entienden que la madre va a la clínica, tiene un bebé, que se pasa 15 ó 20 días en casa hasta que se recupere y después se olvida. Y que la maternidad es toda la vida” (Carlota-M1)*

*“No sé, me cuesta creer que los que hacen las leyes lleven a sus hijos a una guardería pasadas las 16 semanas, y después lo que son temas de guarderías, es que me parece una burrada: no hay guarderías públicas” (Isabel – M8)*

---

<sup>695</sup> Romito (1993: 586-588) muestra como al final la posibilidad de disfrutar de la baja maternal antes del nacimiento por razones de salud se vuelve incluso en contra de los intereses para los que fue creada, porque las mujeres estando en casa no cumplen con las recomendaciones de reposo y descanso, y asumen una carga de trabajo doméstico y de cuidados muy superior al trabajo que realizaban en el mercado laboral. La aceptación social de este uso diferente del permiso maternal antenatal representa un ejemplo de la idea dominante en la sociedad que el lugar que le corresponde a la mujer es la casa, ocupándose de los niños/as, del marido y de quien necesite cuidados y atención.

*“Las guarderías son privadas 100%. Si no hay sitio, y a las públicas ya no vas porque o eres inmigrante y ganas menos de 1000 euros al mes y tienes 10 hijos, no entras en ningún sitio. Por tanto...”(Antonio – P4)*

Prueba de que la maternidad no es ningún interés general, ni bien jurídico, ni valor a tutelar es que el Estado no se interese en que haya una asunción sobre la maternidad como una cuestión colectiva y de todos:

*“Yo creo que en este país el hecho de la maternidad se da como una cosa supuesta, como una obligación, una cosa natural, y que no se contempla en lo que es el desarrollo de la sociedad” (Carlota-M1)*

*“La sociedad es muy poco respetuosa con las madres, que están (estamos) haciendo una función, estamos llevando a cabo, prácticamente en solitario, la función por excelencia, que es la reproducción y educación de la especie” (Lucía-M6)*

Una de las madres entrevistadas también subraya que uno de los intereses últimos que el Estado persigue a través de este tipo de leyes y políticas públicas es el control sobre el cuerpo y la capacidad reproductora de las mujeres:

*“Otras leyes como puede ser en relación al aborto, lo que hay detrás es control, control sobre el cuerpo de las mujeres, básicamente” (Sara-M3)*

Las políticas de protección de la paternidad se perciben únicamente como medidas aisladas, como **el permiso de paternidad** introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

*“El permiso y también el derecho a poder coger ellos la baja maternal (Tere - X5)*

*“El permiso de paternidad, eso es uno. Luego creo que las excedencias las pueden coger tanto las madres como los padres por cuidado de hijos o por cuidado de ancianos... y para los padres, yo creo que nada más” (Patricia – M2)*

Cuando se analiza por parte de los/as ciudadanos/as entrevistados cuáles son los intereses que se protegen en estas leyes y políticas públicas que afectan la paternidad, hay una cierta unanimidad en criticar que se trata de medidas puramente electoralistas, de impacto político, de aires modernizadores pero que su exiguo contenido muestra que no se quiere verdaderamente modificar el “status quo”: la responsabilidad de los cuidados es un asunto de las madres.

*“Nuevamente sigue siendo el cuidado del menor, o sea, que tenga un padre” (Ana-M10)*

*“Yo creo que con esto lo único que quieren es nada. Hacer ver que son muy modernos y que se están actualizando y que nos estamos poniendo.... Vamos por el camino de algunos países de Europa” (Eva-M11)*

El Estado a través de este papel limitado de la paternidad, está contribuyendo a la tolerancia social hacia una figura del padre que tan sólo sirve para el ejercicio de una autoridad puntual y que se implica escasamente en el cuidado de sus hijos/as:

*“El Estado refleja eso, la paternidad son cuatro ratos, cuatro cuentos por la noche, y cuando vienen las notas, cuatro chillidos y cuatro hostias y punto. Y los fines de semana” (Oscar - Y1).*

Tan interiorizado está esta realidad social, que incluso una de las madres entrevistadas llega a concluir que a quien se quiere proteger en último lugar es a las mujeres:

*“De paternidad es una cosa de marketing, es decir, ayudar un poco... evidentemente los días que por ley daba hasta ahora es una porquería, porque tampoco es gran cosa... todos sabemos que en dos semanas no se arregla que significa tener un hijo” (Antonio – P4)*

*“Yo creo que lo que se está buscando es proteger a la mujer... para que seamos las mujeres más iguales a los hombres y digamos “esta mujer se puede quedar embarazada, esta mujer tantos días no la contrato”. Pues el hombre también se puede coger unos días. Yo creo que es un poco... al menos yo lo veo un poco como para ayudar a la mujer” (Daniela-M5)*

Son muchas de las voces recogidas en esta investigación que se suman a criticar esa medida por insuficiente y por su finalidad puramente de marketing social. La crítica es tal, que llegan a ser bastante escépticos que esta medida pueda cambiar la realidad y que los poderes públicos se atrevan algún día a equiparar el permiso maternal y paternal:

*“El dar a luz a un hijo y el tener a tu pareja sólo tres días, es que la verdad es que era un poco fuerte. O sea, yo como mujer me parece un poco fuerte que tu marido a los*

*tres días ya se tenga que ir a trabajar, necesitas un apoyo psicológico y necesitas que tu pareja esté allí, que el hijo es de los dos” (Daniela-M5)*

*“No creo que la vaya a haber nunca (igualdad en las bajas maternales/paternales)” (Daniela-M5)*

*“Creo que es un poco maquillar todas las deficiencias que hay tenido el sistema durante todos estos años, maquillarlo y ponerlo a nivel europeo” (Javier - P9)*

*“El de los 15 días ese famosos... Una medida de cara a la galería, realmente” (Alex - P8)*

La baja paternal es una de las medidas incluidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero a la luz del trabajo de campo realizado no queda claro cuál es la finalidad que se persigue, si evitar situaciones de discriminación de las mujeres en el ámbito laboral, o alcanzar mayores tasas de corresponsabilidad de hombres y mujeres en el espacio privado, en las tareas de cuidado y trabajo doméstico<sup>696</sup>.

Tampoco queda claro si la Ley Orgánica de Igualdad responde a las demandas sociales de cambio, tanto de mujeres que expresan su malestar ante situaciones de desigualdad en el ámbito público o privado, como de hombres que reclaman su parte de protagonismo y derechos en el cuidado de sus hijos/as, o si la ley cumple una función más educadora y de pedagogía social: pretende provocar cambios sociales que conviertan esta sociedad en una sociedad más igualitaria y más justa.

*“Detrás hay el malestar de que los hombres no se hagan cargo, yo no creo que sea una reivindicación, aunque si que empieza a haber grupos de hombres que reclaman el cuidado de los hijos, pero es más por presiones sociales y la oportunidad” (Socióloga - A2)*

Las estadísticas sobre el disfrute de las bajas de paternidad y de baja de maternidad hablan de las resistencias sociales a estos cambios. Desde 1999, el permiso de maternidad de dieciséis semanas puede ser compartido por la madre y el padre, siempre y cuando la madre se beneficiara de al menos seis semanas inmediatamente

---

<sup>696</sup> Del análisis legal del permiso de paternidad realizado en el capítulo tercero, se desprende que la finalidad oficial perseguida en la ley es alcanzar una mayor corresponsabilidad en los cuidados a través de una mayor participación de los padres.

posteriores al parto, descanso biológico que se consideraba un mínimo tras alumbrar a una criatura. Pero las restantes diez semanas podían ser compartidas por ambos o íntegramente por el padre, si éste fuera el acuerdo que llegaran los padres.

Tal y como puede observarse en el siguiente cuadro, que muestra el porcentaje de padres que se han acogido a esta posibilidad legal desde 1999, el número de padres que lo han hecho ha sido meramente anecdótico:

**Permisos de maternidad**<sup>697</sup>

<b>Años</b>	<b>Datos absolutos</b>	<b>% Madres</b>
1999	165.946	100%
2000	192.422	99,03%
2001	208.695	98,69%
2002	224.419	98,52%
2003	239.858	98,46%
2004	282.080	98,37%
2005	299.605	98,24%
2006	322.600	98,36%
2007	331.642	98,43%

Aunque al analizar estos datos hay autores que critican la falta de indicadores fiables que cuantifiquen los permisos de maternidad y paternidad, tanto en el contexto europeo y especialmente en España (Castro y Pazos, 2008:13) ya que el indicador español de la Seguridad Social es el número de procesos, es decir, el número de hombres y el número de mujeres que utilizan alguna parte de los permisos de maternidad. Pero estos indicadores no muestran la duración media de los permisos efectivamente disfrutados por hombres y mujeres<sup>698</sup>.

*“La diferencia de indicadores responde a la diferencia de objetivos políticos. Los países que “olvidan” incluir la duración son aquellos que responden a la concepción*

<sup>697</sup> Fuente: Instituto de la Mujer e Instituto Nacional de la Seguridad Social.

<sup>698</sup> También las mismas autoras (Castro y Pazos, 2008) señalan la ausencia de indicadores sobre qué ocurre después del disfrute de estos permisos, y si las personas (hombres y mujeres) que se acogen a estos permisos regresan o no a sus puestos de trabajo en el mercado laboral.

*implícita de que los permisos parentales son en la práctica para la madre, si bien sería bueno que los padres se tomaran una parte de ellos (y/o de los permisos de paternidad) para ayudar a la madre, ser amables con ella y disfrutar del evento en familia, dejándole luego el grueso del cuidado” (Castro y Pazos, 2008:14).*

Las representantes de la administración pública entrevistados/as en esta investigación son plenamente conscientes de esta realidad:

*“Ha aumentado el número de padres que se acogen a las 10 semanas que la madre puede delegar a partir de la sexta semana al padre. Sigue siendo muy escaso, sigue rozando el 2%” (Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Alguna de las políticas entrevistadas subraya la falta de aplicación de unas disposiciones legales escritas para hombres y para mujeres, pero que en la práctica se interpretan escritas sólo para mujeres. La responsabilidad de los cuidados, aunque las leyes y las políticas públicas permitan que sea una responsabilidad de todos/as, de hombres y de mujeres, la realidad muestra que la sociedad sigue pensando que es una responsabilidad únicamente de las mujeres:

*“La ley se ha escrito en neutro, cuando se han escrito los permisos de hasta 6 meses se ha escrito en neutro para que se pudiera derivar al hombre, el permiso de lactancia se ha escrito en neutro, el permiso de reducción de jornada para cuidado de los hijos se ha escrito en neutro, pero si tu te vas a la estadísticas de quién lo coge, eso está escrito en femenino” (Diputada Congreso - PP1)*

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad y la posibilidad de beneficiarse de este permiso de paternidad, no todos los padres que podían haberse beneficiado a este permiso lo han hecho. A pesar de este dato, los poderes públicos son optimistas a la hora de interpretar estas estadísticas:

*“Más del 80% de los hombres que han sido padres desde la entrada en vigor de la ley, ha sido de una manera progresiva, se han cogido este permiso. Lo cual indica que realmente vamos cambiando.”(Representante Ministerio Igualdad - AP1)*

Más allá del disfrute del permiso de paternidad, único e intransferible de los padres, está la posibilidad también de compartir con la madre el permiso de maternidad. Un análisis más cercano a los datos estadísticos disponibles, nos muestran, que la posibilidad de compartir la baja de maternidad por parte de madres y padres sigue

siendo una realidad minoritaria, y los padres que podían haberse beneficiado del permiso de paternidad estipulado legalmente, lo han hecho muy pocos, a pesar de que se trata únicamente de trece días<sup>699</sup>.

### Permisos de maternidad y paternidad<sup>700</sup>

	2006	2007
<b>Mujeres</b>		
Permisos de maternidad	317.318	326.438
<b>Hombres</b>		
Permisos de maternidad	5.282	5.204
Permisos de paternidad	-	173.161

Alguna de las madres entrevistadas incluso critica que el permiso de paternidad y el permiso de maternidad sean dos figuras diferentes en la legislación laboral. Se trata de una protección legal ante un mismo hecho: el nacimiento de una criatura, y sus padres trabajadores, pero las leyes abordan este fenómeno desde ópticas completamente diferentes, si se trata del trabajador padre o la trabajadora madre<sup>701</sup>.

<sup>699</sup> Los datos comparativos europeos, incluso en los casos de países que tienen permisos de paternidad mucho más largos y equiparables a los permisos por maternidad, también muestran que los padres que disfrutan de las bajas por nacimiento de hijo/as se limitan a los días estrictamente señalados por paternidad, y que las madres, en términos cuantitativos siempre están de baja (sea por baja de maternidad o por baja paternal indistinta) más días que los hombres. Lo que demuestra que no se cambiará toda una ideología y cultura muy enraizada socialmente a través únicamente del permiso de paternidad (Castro y Pazos, 2008; Albert, Escot, Fernández y Poza, 2008).

<sup>700</sup> Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social, 2008.

<sup>701</sup> No hay que olvidar que el análisis legal realizado en el capítulo anterior nos mostraba que la finalidad de las leyes sobre maternidad y paternidad no siempre buscan la protección de esa nueva criatura. Si fuera así, el instrumento jurídico debería ser bien diferente, tal y como señala esta madre entrevistada.

*“Ahora también ha salido el derecho a la paternidad dentro del ámbito laboral y hay una fisura. Aquí entra el tema de la corresponsabilidad, pero bueno, también es curioso y da qué pensar que se separe el derecho a la maternidad y el derecho a la paternidad en el ámbito laboral. O sea, si consideramos que la experiencia, más o menos, es la misma, porque en esta experiencia evidentemente hay diferencias, pero que es una experiencia común y, además, compartida ¿por qué tenemos que separar esos derechos?” (Sara-M3)*

Si el valor fundamental perseguido por la legislación en el caso de la maternidad y la paternidad de los/as trabajadores/as, es el derecho del recién nacido a ser cuidado por sus progenitores, no tendría sentido la creación legal de un derecho diferenciado de madre y padre, sino que la figura jurídica estaría más relacionada con un derecho del recién nacido. Obviamente éste no es el caso de nuestro ordenamiento jurídico, ni de la mayoría de los sistemas legales europeos.

Por otra parte, se subraya en las entrevistas el carácter voluntario de este permiso de paternidad. En algunos países del norte de Europa los permisos de maternidad y paternidad son igualmente obligatorios para madres y para padres. Aquí, el descanso obligado de las madres al menos durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, se considera una obligación legal que pocas veces las madres no cumplen. Está muy aceptado el carácter físico, biológico de la maternidad, y en consecuencia, también la orientación legal a proteger esa dimensión física. Pero como en el caso de los padres, esta dimensión física no existe, de ahí que exista mayor permisividad social al carácter voluntario de la medida.

Una vez más no queda claro si con la figura de la baja paternal lo que se persigue es la protección de esa nueva criatura que ha nacido, evitar situaciones de desigualdad y discriminación laboral de la mujer trabajadora o mayores cotas de corresponsabilidad entre hombres y mujeres:

*“Es que la ley te da la “opción de”, la ley no te “obliga a”. Eso hay que tenerlo muy claro. Tú como padre tienes la opción de cogerse la baja, pero no tienen la obligación...” (Oriol – P10)*

*“Yo en algún momento en algún curso he planteado el permiso de paternidad obligatorio. Nada, voluntario no, obligatorio. Me dicen “eso es anticonstitucional” y digo “¿Sí? Es una acción positiva” (Jurista - A3 )*



Aun careciendo de indicadores exactos, se sabe que la mayoría de los permisos parentales son disfrutados casi en exclusiva por las mujeres<sup>702</sup>, y que los hombres tan sólo se acogen a la duración exacta de la parte intransferible de estos permisos, como es el caso del permiso de paternidad español. Pero este sistema al final lo que produce es un refuerzo de la división sexual del trabajo. Los permisos parentales tienen efectos negativos por tanto, en la situación de las mujeres en el mercado laboral, y lo tienen cuanto más largos son, menor es su prestación y menor es la implicación masculina (Castro y Pazos, 2008:20).

Los permisos parentales que tienen una larga duración, al ser disfrutados en su gran mayoría sólo por mujeres, refuerzan el estereotipo de que la maternidad constituye un grave obstáculo a la igual participación de mujeres y hombres en el mercado laboral formal (la maternidad aparece entonces como un acontecimiento posible en la vida laboral de la mujer trabajadora, que la expulsará del mercado de trabajo por periodos de tiempo muy largos). Si además tienen una prestación pequeña, son igualmente poco atractivos a ser compartidos por los padres, que difícilmente sacrificarán una remuneración laboral por un subsidio por paternidad muy inferior, si además esto implica renunciar profesionalmente y dedicarse a los cuidados de sus hijos/as, que carece de valoración social y profesional alguna. Y en último lugar, si los permisos paternales no disponen un periodo de obligado disfrute por parte de los padres, y se trata tan sólo de una posibilidad a decidir y compartir voluntariamente por parte de la pareja, la realidad muestra que el peso del rol de género que concibe a la mujer como la cuidadora y al hombre como cabeza de familia, es aún demasiado fuerte como para que las parejas decidan libremente.

A diferencia de lo que ocurre cuando a las personas entrevistadas se les preguntaba por las políticas y leyes de protección de la maternidad, cuando se pregunta sobre las políticas de protección de la paternidad, aparecen en muchas de las respuestas de los y las entrevistadas, cuestiones que tienen que ver más con una concepción “legal” y “social” de la paternidad, y no tanto con cuestiones biológicas, naturales y de incompatibilidad física para desempeñar tareas laborales:

*“Conozco los aspectos legales del punto de vista de las obligaciones que tienes como padre, la patria potestad, que tienes que registrar al hijo en el libro de familia, que a*

---

<sup>702</sup> En los pocos países europeos que se cuenta con indicadores exactos de la duración media de permiso disfrutados por padres y madres, se constata que los hombres utilizan entre un 16 y 20 por ciento del total de días de baja parental ofrecido por el sistema legal del país (ver por ejemplo el estudio de Suecia e Islandia en Valdimarsdóttir, 2006).

*partir de entonces eres responsable de su manutención y todas esas partes de... si te separas, porque tienes una responsabilidad de mantener a tus hijos hasta que sean mayores de edad” (Antonio – P4)*

*“La legislación históricamente sí que había tratado de alguna manera el derecho a la paternidad... jurídicamente había estado, a través del pater-familias” (Sara-M3)*

También son varias las personas que expresan lo que debería ser el permiso de paternidad deseable:

*“El permiso de paternidad es para cubrir el expediente delante de las mujeres, para que no digan que no hemos dado unos días... Fíjate que además dan 15 días, yo también quiero 3 meses, yo también quiero estar ahí disfrutando 3 meses... estos 15 días que sí... por un lado está muy bien porque empezamos a ganar espacio, porque los padres también tienen derecho a esa baja, pero no por faltar al trabajo, pero por estar ahí con el recién nacido. Sobretudo para la madre, el padre tiene que estar ahí para ayudar a la madre, ¡que sino se lo come todo!” (Juan – P5)*

*“Los dos tienen los hijos, con lo cual los dos están haciendo un esfuerzo, con lo cual los dos tienen que tener los mismos derechos, vale que la madre tiene el hándicap que ha tenido un hijo y necesitará más tiempo para la recuperación física, y el padre no, pero a partir de ahí el padre tiene que ocuparse igual que la madre del bebé” (Adrian - Y2)*

La opción legal escogida por la LOIEMH para regular el permiso de paternidad, las estadísticas que muestran el verdadero impacto de esta medida en la corresponsabilidad sobre los cuidados de la sociedad española, y muchas de las opiniones recogidas a lo largo de las entrevistas, contradicen sin embargo, las tesis sobre los beneficios para la sociedad de los permisos de paternidad si cumplen determinadas características de similitud al permiso de maternidad (Castro y Pazos, 2008; Albert, Escot, Fernández, Poza, 2008). La existencia de los permisos de paternidad, y su duración cuanto más larga mejor, tiene efectos positivos para toda la sociedad. Los permisos de paternidad fomentan los lazos entre los padres y los hijos/as, facilitan modelos de familia más igualitarias, enriquecen la identidad masculina, resulta positivo para el bienestar de los niños/as a los que sus padres les pueden dedicar más tiempo y contribuye seguramente a la estabilidad de las parejas (Albert, Escot, Fernández, Poza, 2008:4). También contribuyen a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, facilitando que trabajen a tiempo completo, cotizando también más y más tiempo, y en definitiva, contribuyendo así en mayor

medida al Producto Interior Bruto, además de aumentar las tasas de natalidad del país (Albert, Escot, Fernández, Poza, 2008:17).

Es destacable que a lo largo de la presente investigación, cuando se pregunta o analiza el papel del Estado en los asuntos relativos a la maternidad o paternidad, o incluso cuáles son, si existen, los intereses generales protegidos en la legislación que aborda alguna cuestión referente a la maternidad y la paternidad, excepcionalmente las personas entrevistadas aluden a cuestiones relativas a la autonomía reproductiva de las personas, como por ejemplo, cuestiones en torno al aborto, el acceso a las técnicas de reproducción asistida o las posibilidades de la investigación biomédica en el campo de la reproducción humana.

Esta constatación enlaza con una reflexión importante, y es el papel otorgado a la familia por parte de la sociedad, de las leyes, y del sistema de protección social de nuestro Estado de Bienestar. Es necesario analizar la familia como uno de los intereses generales protegidos por la actuación estatal a través del derecho, para terminar de entender, si la maternidad y la paternidad constituyen elementos de esta familia (y sólo en la medida en que estén dentro se protegen) o se trata de intereses generales en sí mismos.

Tal y como se ha descrito en el capítulo segundo esta investigación, España tiene un modelo de Estado de Bienestar propio de los países del sur de Europa, con un desarrollo inferior de su sistema de protección social comparado con otros modelos de Estados de bienestar occidentales, y con un papel fundamental de la **institución familiar**, en quien se delega muchas de las tareas de protección social que en otros países asume el Estado.

*“Que está muy mal, la familia en general tiene poca ayuda a todos los niveles. Tienen muy poco reconocimiento, todo el mundo da por supuesto que se necesitan niños en la población, pero ya está” (Carlota-M1)*

*“Las leyes conforman un status quo y trascienden de lo que es puramente un texto legal, de alguna manera lo que hacen es aunar el concepto de maternidad al concepto de proveedora de cuidados a la familia, que pasa de los hijos, a los padres, a los discapacitados” (Diputada Congreso - PP1)*

En el caso de la maternidad y la paternidad, el modelo de Estado de bienestar sigue la pauta de considerar que es un asunto que puede resolverse en el ámbito de las familias (el cuidado de los hijos/as, la atención de los niños/as mientras sus padres están trabajando, el desequilibrio entre los horarios escolares, los horarios laborales y los horarios comerciales, etc.).

*“España está preparada todavía para un sistema de hombre proveedor y mujer cuidadora, esto no ha acabado de dar todavía el vuelco completo y por lo tanto, los horarios, las reuniones, las situaciones se piensan más para una persona que tiene en exclusiva una responsabilidad laboral” (Diputada Congreso - PP1)*

En este sentido, han sido numerosos los autores que han subrayado que los servicios públicos de cuidado en general del Estado de bienestar también se crean y desarrollan bajo la falsa división entre los espacios públicos y privados (Carrasco et al., 1997; Carrasco, 2006; Durán, 1999).

*“Los servicios más básicos ofrecidos por el sector público – como son sanidad y educación<sup>703</sup> – están diseñados y organizados contando con el trabajo no remunerado. La actividad que en ellos se realiza, ya sea de cuidados, relación, aprendizaje o socialización, es un continuo entre la institución y el hogar” (Carrasco, 2006:47).*

La opinión de las personas entrevistadas subraya el más absoluto abandono por parte del Estado de la familia, a pesar de ser la institución social más valorada y en la que descansa como se ha visto, la mayor parte de la estructura de cohesión y protección social de nuestro país. El trabajo de campo realizado durante esta investigación muestra el lado más crítico de las personas entrevistadas en este aspecto. Hay un amplio consenso en la insuficiencia del Estado de Bienestar en su actuación en relación a la maternidad y la paternidad.

*“Yo pienso que la familia actualmente está muy poco protegida, muy poco ayudada, posiblemente poco reconocida en cuanto al valor que tiene en la sociedad” (Carlota-M1)*

---

<sup>703</sup> Constituyen ejemplos de ellos los horarios de los colegios, totalmente discordantes con los horarios normales de jornada laboral en nuestro mercado de trabajo o los cuidados de convalencia en el domicilio. En ambos casos, se está presuponiendo la presencia de una cuidadora en casa con plena disponibilidad horaria para ejercer los cuidados que esos niños/as y ese enfermo/a necesita.

*“Las leyes están, yo pienso, muy desfasadas de la realidad... Ha cambiado el núcleo familiar, los abuelos han cambiado y las leyes están... no van a la misma línea” (Eva-M11)*

Las familia extensa, el recursos a los abuelos y, sobre todo, a las abuelas, aparece como una de las estrategias principales de las madres y los padres para resolver las contradicciones entre las atenciones y cuidados que necesitan sus hijos/as, las largas jornadas laborales que exige su participación en el mercado laboral, y la ausencia de sistemas de cuidado infantil alternativos que cubran el periodo de dieciséis semanas hasta los tres años de escolarización pública.

Pero ahora la familia en España ha cambiado. Las familias ya no son tan extensas, los miembros de las familias están más dispersos geográficamente, los abuelos y abuelas puede que sigan desempeñando trabajos remunerados u otras actividades que les impida consagrarse al cuidado de los nietos/as.

*“Tuve a C., y claro, no tenía madres, no tenía padres, no tenía suegros, y dices, pues a ver qué pasa, hasta que se acabó el chollo de las excedencias.... siempre estaban más abuelos, más tíos, tienes más... Sí que había alguien que te echaba el cable, la gente no se movía, luego los abuelos no tenían las actividades que tienen ahora” (Carlota-M1)*

*“Hay países pues en los que no se comparte tanto con la familia extensa, pero la decisión de si lo haces o no es muy importante. También comunitarizas más la educación del menor y la experiencia de los cuidados. Y eso es importante.” (Sara-M3)*

*“Que se lo queden tus suegros, y dando una carga a los padres, a los abuelos, que no tendrían que tener, porque los abuelos tendrían que tener otro papel” (Antonio – P4)*

También es el único recurso disponible para cubrir la diferencia de horarios entre el horario escolar (generalmente de 9:00 a 17:00, teniendo en cuenta que esto ya implica el pago de los servicios de comedor por parte de los progenitores) y las jornadas laborales medias, que comienzan también a las 9:00 de la mañana, pero en algunos casos no terminarán hasta las 19:30 como más pronto (los horarios de oficina en esta país son hasta las 19:30-20:00, y los horarios comerciales hasta las 20:30 ó 21:00).

*“Tienes que tener ayuda de la familia, poder adquisitivo para tener una persona en casa.” (Carla-M4)*

*“Imagínate a alguien que trabaje 8 horas, que tenga para ir una hora y para venir otra, que no gane mucho dinero, y la otra lo mismo, y tienes dos hijos, debe ser el caos, como no tengas una abuela y tal o una señora que te lo cuida “ (David – P2)*

Pero **la racionalidad horaria** que se exige no es siempre un concepto homogéneo y consensuado, tal y como apunta Cardús (2009:43). Por racionalidad horaria se entiende una organización de los tiempos sociales de la manera más eficiente posible, pero eso siempre implica una jerarquización de intereses y valores, bajo los que se va a ser más o menos eficientes. La sociedad es demasiado heterogénea como para compartir cuales son los intereses o valores que han de primarse en la organización social<sup>704</sup>. Las demandas de conciliación de horarios laborales, familiares y escolares, por ejemplo, no siempre obedecen a los mismos intereses como pudiera ser una mayor igualdad entre mujeres y hombre y una mejora de la educación infantil. Muchas veces las demandas de conciliación lo único que buscan es la desaparición de esa conflictividad de horarios que provoca una tensión en el individuo, pero a veces la demanda es hacia la superioridad del interés quizás no más socialmente valioso<sup>705</sup>.

Una de las representantes políticas entrevistadas apunta que las políticas sobre los usos del tiempo, y la consideración del tiempo en general, debería ser abordado si se quisiera garantizar el ejercicio de la maternidad y la paternidad de sus ciudadanos/as:

*“Si a mí me dijeran: ¿qué necesitas para tener hijos? Yo te diría que necesitas servicios, que necesitas dinero y que necesitas tiempo, y claro el tiempo no está dentro de las prioridades de las políticas públicas... cuesta de alguna manera de compaginar en un Estado en el que los horarios son absolutamente demenciales, entonces yo creo que este es un problema importante porque el tema de maternidad, de paternidad de familia de lo que sea, requiere tiempo” (Diputada Congreso - PP1)*

Las demandas de las personas entrevistadas nos muestran que la desincronización de los horarios sociales, laborales y escolares es un problema de conciliación. Pero los

---

<sup>704</sup> Ahora es obvio que los intereses dominantes son los del mercado de trabajo capitalista, que son los que dirigen la organización de los tiempos de la sociedad, no sólo los del mercado de trabajo, sino de las personas en general. Pero a pesar de las críticas a esta organización, tampoco hay un consenso sobre la necesidad de organizar la sociedad alrededor del bienestar de las personas.

<sup>705</sup> De ahí por ejemplo que la incompatibilidad entre los horarios escolares y los horarios laborales de los padres, muchas veces se hayan resuelto simplemente creando sistemas que permitan alargar la estancia de los menores en los centros educativos, que se convierten así en simples “aparcamientos de niños/as”.

análisis legales también nos han mostrado que la búsqueda de una racionalidad horaria no es uno de los objetivos buscados por el ordenamiento jurídico vigente.

También hay unanimidad al analizar el papel que tienen la maternidad y la paternidad en la jerarquía de valores (que no ya de necesidades sociales) del Estado de Bienestar. Las personas son muy críticas con el modelo de Estado de bienestar español, tanto porque a pesar de que España aparece como uno de los países del primer mundo, su protección en cuestiones como la maternidad o la paternidad son peores que otros países que social o económicamente se consideran menos “desarrollados”.

*“Porque yo vengo de un país que siempre asumía como tercermundista y llego aquí, un país europeo, y me encuentro con políticas digamos menos desarrolladas en el ámbito de la maternidad aquí” (Ana-M10)*

Y se tiende a mirar como modelo los Estados de bienestar del norte de Europa, donde los sistemas de protección social incluyen permisos de maternidad y paternidad mucho más largos, y de ejercicio simultáneo e igual muchas veces por parte de madres y padres:

*“Ojala fuera los permisos coetáneos y pudieran existir, como existen en estos países nórdicos, coetáneos y de más larga duración, con lo cual ambos padres pueden disfrutar, padre y madre pueden disfrutar de este periodo” (Carlota-M10)*

*“Cualquier país avanzado de Europa tiene una serie de leyes y políticas sobre la paternidad y sobre la maternidad que no tienen nada que ver con las nuestras, hay muchísimo más apoyo en educación, en sanidad, en carrera, en servicios sociales, en guarderías...” (Antonio – P4)*

La actual política de promociones o incentivos económicos a la natalidad del ordenamiento jurídico vigente es bienvenida en la medida que no existe absolutamente nada más. Pero se entiende que sin medidas de carácter estructural e integral, no se puede abordar ningún tipo de objetivo global que en otros países si que se han planteado como es el fomento de la natalidad:

*“Pero es tan miserable que no están protegiendo nada. Y sobretodo si comparas las políticas franquistas, entonces sí estaban protegiendo algo muy explícitamente, la maternidad, de manera absolutamente ideológica, moral”(Antropóloga - A1)*

*“Yo creo que debería haber más ayudas sin limitación de que “ah no tienes 3 hijos, pues no puedes”, “ah tu hijo no tiene síndrome de Down, ah pues no”(Juan – P5)*

*“No me parece que sea una ayuda efectiva, o sea, pues porque la baja maternal es muy corta, porque las ayudas de dinero que te da el Gobierno no sirven para nada, porque a mí me sirve de muy poco que me den 100€ hasta los tres años porque luego mis hijos siguen necesitando cuidador, siguen necesitando comer... entonces son ayudas que me parecen muy pobres” (Daniela – M5)*

En conclusión puede afirmarse, que la mayoría de las personas entrevistadas son sumamente críticas al valorar los objetivos que persigue la actuación estatal. En su opinión, las leyes vigentes buscan una mezcla de objetivos que tienen que ver más con fines económicos y políticos, como es la promoción de la natalidad para el mantenimiento del progreso económico a través del reemplazo de trabajadores/as del mercado de trabajo y la supervivencia de los sistemas de seguridad social. Son en cambio muy escépticos/as de que las leyes que desarrollan el Estado de Bienestar busquen proteger a la familia, la maternidad y la paternidad. No creen que constituyan ni intereses generales de nuestro sistema normativo, ni valores a promocionar y proteger.



## 4.9. Rol de las empresas

Como también muestran algunas de las entrevistas realizadas, la actividad económica, el mundo empresarial y la configuración del mercado de trabajo son parte de esta esfera pública, donde priman las lógicas de la búsqueda de la máxima productividad, del mayor rendimiento económico. La maternidad, y en su caso, la paternidad, no se asumen como parte de este mundo público. Estas son dimensiones de la vida privada de las personas, no son parte colectiva de la sociedad. Por lo tanto, no son responsabilidad de la economía ni del mundo empresarial. Las empresas se organizan bajo otro tipo de lógicas, donde prima la búsqueda del máximo beneficio económico:

*“Creo que aun estamos en un estado anterior, que es el de que la gente encaje que estamos en un mercado de trabajo distinto a aquel sólo ocupado por los hombres, y la vida cotidiana está pensada para personas que sólo tienen esa responsabilidad, y hemos de pensar en un modelo de vida cotidiana para gente que también tienen otras responsabilidades” (Diputada Congreso - PP1)*

En cambio, esa lógica de la máxima productividad y la penalización de la maternidad y la paternidad como fenómenos contrarios a la filosofía capitalista, son incoherentes con el **modelo de horarios de trabajo y cultura laboral que se vive en España**<sup>706</sup>, que nos sitúa en uno de los Estados Miembros de la Unión Europea con peores índices de productividad y en cambio con las jornadas laborales más largas<sup>707</sup>. Esto tiene como consecuencias, el incremento de tasas de accidentes de trabajo como resultado de jornadas de trabajo excesivas y un descenso de la productividad (que cae especialmente a partir de la sexta hora trabajada), además del efecto negativo sobre las mujeres, principales responsables de los cuidados en el seno de las familias (Chacartegui, 2006:1203-1204). Uno de los padres entrevistados ilustra también esta incoherencia:

---

<sup>706</sup> Es curioso que sea esta una de las características del mercado de trabajo español que las personas entrevistadas destacan como un elemento que dificulta la conciliación, cuando ya desde los inicios de la OIT, se recogieron las reivindicaciones de la clase obrera para limitar las jornadas de trabajo, como muestra el Convenio núm. 1 de la OIT.

<sup>707</sup> Según la European Foundation for the Improvement of Working Conditions, y datos publicados en 2004 España es uno de los países de Europa donde más horas semanales se trabaja (40,3 horas de media), disponible en <http://eiro.eurofound.eu.int/comparativestudies.html>.

*“España es el país más improductivo de Europa, porque tenemos unos horarios kafkianos, nadie rinde...aquí llegas a una reunión, llegan todos tarde, se habla de fútbol, se habla de no sé qué, se dicen...y al final se acaba la reunión, y dices “qué coño he hecho en esta reunión improductiva” y eso sí, acabas que “bueno, vamos a tomar un café...es cuestión de trabajar: tú vas a una reunión a Dinamarca y ahí se apaga el móvil, se apaga el ordenador” (Antonio – P4)*

Precisamente son los horarios laborales completamente opuestos al resto de los horarios de organización diaria cotidiana (horarios comerciales, de las administraciones públicas, de colegios y servicios de cuidado infantil, etc.) y una cultura laboral que premia el mayor número de horas en el centro del trabajo por encima de la calidad o la consecución de objetivos medibles y realistas, los principales obstáculos que padres y madres se encuentran en el desempeño de sus responsabilidades familiares y laborales.

*“Esta es una cultura de pasarse la vida en el trabajo, da igual lo que hagas, pero el caso es que hay que calentar la silla. No sé si el Estado, pero igual sí que habría que crear una cultura de trabajar menos pero mejor” (Marc – P3)*

*“Es irracional, es ilógico en muchos casos, nos genera más problemas tremendos de conciliación y de angustias personales, y de frustraciones personales...” (Representante Ministerio Igualdad –AP1)*

Tal y como afirman algunos autores, a la vista de las estadísticas oficiales sobre promedio de horas de trabajo y tasas de productividad<sup>708</sup>, no sirven los posibles argumentos empresariales que reclaman una mayor dedicación horaria del trabajador/a para aumentar la productividad (Chacartegui, 2006:1209).

En cambio, el mundo empresarial sí que percibe la maternidad como una amenaza a la productividad económica y a la máxima rentabilidad de la trabajadora. La empresa, como una parte más de nuestra sociedad, asume que la responsabilidad de los cuidados es una cuestión exclusiva de las madres, y por lo tanto, ve en cada trabajadora en edad fértil una potencial cuidadora que deberá individualmente compaginar las exigencias laborales con las demandas de cuidados de sus hijo/as. Conciliación que ya se sabe imposible o muy difícil, y que la empresa entiende sólo

---

<sup>708</sup> Los datos publicados por Eurostat, muestran unos indicadores de productividad españoles en descenso en los últimos años Eurostat (2005): *General Economic background, labor productivity per person employes*.

podrá solucionarse a través del absentismo laboral o la merma de las capacidades competitivas de esa trabajadora, competitividad entendida sobre todo, como disponibilidad horaria y geográfica dentro del modelo de cultura de trabajo dominante en el mercado de trabajo español.

*“Hay una cuestión de mentalidad, todavía creo, por una parte de los empresarios que piensan “una mujer implica que va a tener niños, va a tener la baja de maternidad, no va a venir, luego va a pedir reducción de jornada, luego va a hacer excedencia...por lo tanto, no queremos a mujeres en general” (Jurista - A3)*

*“Está claro que en la empresa no valoran igual el que está disponible 8, 9 ó 10 horas al día que estás trabajando que una persona que sólo está por la mañana. No te dan las mismas oportunidades ni tienes tú el tiempo material para realizar las mismas tareas” (Patricia – M2).*

*“Desde el momento que las mujeres siguen asumiendo todas las responsabilidades y se incorporan al mercado de trabajo formal, para los empleadores, para los empresarios, las mujeres representan todos los inconvenientes de la reproducción” (Diputada Congreso - PP1)*

Pero incluso algunas de las personas entrevistadas, piensan que compaginar éxito profesional, en este mercado de trabajo y en esta lógica empresarial, es una cuestión de renuncias individuales, y no se plantean que pueda haber cambios estructurales que permitan compaginar una carrera profesional de éxito y el tener un hijo/a:

*“También debemos ser conscientes, padre y madre, no únicamente madres, de que si se quiere llegar a cierto estatus muy elevado, que la has de dedicar muchísimas horas, igual que si decides dedicarte al deporte o a lo que sea...pues que quizás no puedas ser padre o madre como igual que una persona que trabaja hasta las 15 horas. No sé, que la vida también es cuestión de renunciar a cosas, pero claro, aún la sociedad tiene que evolucionar para no tener que renunciar tanto a una cosa que es ser madre o padre. Hemos de llegar a un equilibrio, lo que pasa es que a veces te encuentras a gente que pretende ser presidente de una multinacional y, a la vez, salir a las 15 horas. No es posible eso” (Eva-M11)*

El mundo empresarial sigue viendo la conciliación un asunto de mujeres, y la maternidad un riesgo que justifica menores salarios en las mujeres y peores

posibilidades de promoción. En encuestas del Instituto de la Mujer<sup>709</sup> a responsables empresariales, el 61,6 por ciento cree que los problemas de compatibilización familia y trabajo es un asunto privado de las familias y que las empresas están tan sólo para obtener el máximo de beneficios posible. El 42,6 por ciento cree que las responsabilidades familiares de las mujeres limitan su productividad laboral, al igual que la aplicación de medidas de conciliación de vida familiar y laboral en el ámbito empresarial. Es destacable que la responsabilidad de estas cuestiones se atribuya en exclusiva a las familias *“Sin que se mencione prácticamente al Estado, quizás porque, de forma indirecta, esta atribución de responsabilidad implica también al mundo empresarial”* (Fernández y Tobío, 2006:25).

*“Alguien que dijo algo que resume muy bien la mentalidad, yo preferiría creer que es una cierta mentalidad, no toda, que es que a los ojos de los empleadores, los hombres dedican a la familia el tiempo que les sobra después del trabajo, y las mujeres dedican al trabajo el tiempo que les sobra después de la familia.”* (Diputada Congreso – PP1)

Éste no es sólo el discurso empresarial sobre la conciliación, también coincide muchas veces con la visión que los representantes sindicales tienen. En una investigación a los agentes sociales sobre conciliación<sup>710</sup> (Borrás, Torns y Moreno, 2007) destacan que la conciliación ocupe un lugar secundario en los asuntos de interés y preocupación de los agentes sociales que participan en la negociación colectiva, por detrás del salario. Además estas autoras muestran como existe una falta de consenso en la definición de la conciliación, unas veces se percibe por parte de los representantes sindicales como un problema social, la conciliación como una problema fruto de los más recientes cambios sociales como el envejecimiento de la población y la entrada de las mujeres en el mercado de trabajo, que representa por tanto un problema de toda la sociedad. Otras veces la conciliación se entiende como un problema individual y que por lo tanto, la responsabilidad de resolverlo pasa por cada persona, a través de una mejora de su gestión del tiempo. En tercer lugar, la

---

<sup>709</sup> Instituto de la Mujer (2005): *Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas*, Madrid: Instituto de la Mujer.

<sup>710</sup> Esta investigación fue realizada antes de la entrada en vigor de la LOIEMH, que otorga un papel importante a los representantes sindicales en la protección del principio de igualdad de mujeres y hombres a través de los planes de igualdad. La falta de tradición de los agentes sociales en cuestiones de género, como demuestra esta investigación cuando analizan su actuación y discurso sobre la conciliación, una parte tan solo, de la problemática de igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral, nos adelanta las dificultades que los agentes sociales están teniendo para cumplir la misión que la LOIEMH les encomienda. No hay suficientes investigaciones aun por ser demasiado reciente la entrada en vigor de la LOIEMH y por ser aun muy pocos los planes de igualdad aprobados, para valorar suficientemente esta sospecha.

conciliación se entiende como un problema estrictamente laboral, que debe abordarse dentro de la negociación colectiva junto a cuestiones clásicas como el salario y la jornada laboral<sup>711</sup>.

Para poder desmontar los argumentos tan incorporados en la lógica empresarial que ven la maternidad como una amenaza productiva y económica, es necesario recordar que la protección social por maternidad se centra casi exclusivamente en la protección del periodo que abarca el embarazo, el parto y la lactancia, tal y como se ha analizado previamente. Si la tasa de natalidad actual en España es de 1,4 hijos por mujer<sup>712</sup>, quiere decir que a lo sumo, la empresa teme las consecuencias negativas en términos de productividad y rendimiento de esa trabajadora, en un periodo que como máximo abarcará unas veintidós semanas de toda la vida laboral de esa mujer. Temores que nunca se contraponen al coste cero en términos económicos que estas modalidades de protección social supone a la empresa.

*“El coste cero implica que ni paga la prestación el empresario (porque no le supone ningún coste), la gestión tampoco (porque la gestión de la prestación la lleva a cabo directamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social)” (Jurista - A3)*

Ni tampoco la empresa tiene los mismos tipos de prejuicios en otros tipos de absentismos laborales, mucho más frecuente, pero menos visibilizados ni cuantificados, que si que acarrearán daños en el rendimiento empresarial, como puede ser la incapacidad laboral por enfermedad común o por accidentes de trabajo. En cambio, las pocas estadísticas<sup>713</sup> que pueden ser utilizadas en este sentido, muestran que son en mayor proporción los trabajadores varones quienes se benefician de estas formas de protección social, que sí que tienen cierto coste económico a la empresa,

---

<sup>711</sup> De esta disparidad de significados atribuidos a la conciliación se desprende que dentro de la negociación colectiva en el ámbito laboral la conciliación unas veces aparezca como una oportunidad de mejorar la calidad de vida, otras veces como una amenaza para las empresas, en ocasiones se limita a cuestiones sobre el trabajo los fines de semana y las vacaciones; también se llega a entender la conciliación como un instrumento de fidelización de trabajadores/as de la empresa o como parte de los problemas de movilidad y transportes. Dentro de toda esta diversidad de significados, una característica común es que *“por encima de todo, como una cuestión que afecta, sino exclusiva sí prioritariamente, a las mujeres”* (Borràs, Torns y Moreno, 2007:89).

<sup>712</sup> Fuente: Indicadores Demográficos Básicos, Instituto Nacional de Estadística, 2007.

<sup>713</sup> Por ejemplo, el 73,49 % de los accidentes de trabajo con baja producidos durante el 2009 fueron de varones. Fuente: Seguridad Social, Ministerior de Trabajo e Inmigración, 2009.

más allá de posibles costes organizativos y de productividad que obviamente ocasionan.

*“En el caso del absentismo por Incapacidad Temporal (IT) de hombres es mayor que las bajas que implique la maternidad. Pero aún así piensan que es mejor contratar hombres...igual le preguntas a una empresa y te dice “pues sí, tengo ahora mismo a un trabajador hombre que lleva 18 meses en situación de IT por gripe y tengo a una trabajadora por maternidad 16 semanas”, pero es posible que te diga otra cosa y los datos es muy difícil conseguirlos para hacer un estudio que realmente te dé una visión global” (Jurista - A3)*

Las intervenciones del Estado en materia de protección social a la maternidad y recientemente a la paternidad, se ven por parte del mundo empresarial y social como injerencias de las administraciones públicas, que imponen una pesada carga, y además, sumamente onerosa, a las empresas, por cuestiones que son totalmente ajenas al mundo empresarial y económico. El costo económico y laboral de la maternidad y la paternidad se percibe mucho mayor de lo que realmente es. Además, se considera casi un tipo de “impuesto” o “peaje” social que el Estado impone a las empresas, y que las resta competitividad.

*“Si les impones muchas, muchas, muchas obligaciones a los empresarios, por ejemplo, los fastidios y se van a acabar yendo a China” (David – P2)*

*“Probablemente el legislador está condicionado por cuestiones económicas y sobre todo por cuestiones de oposición empresarial: si planteas en este país que la baja por maternidad va a ser de 6 meses sería...vamos, los empresario se subirían por las paredes” (Jurista - A3)*

Incluso la posible intervención del Estado en cuestiones como la racionalización de los horarios de trabajo, horarios comerciales y horarios públicos, también parece un asunto especialmente difícil:

*“El problema de los horarios es un problema muy complejo, totalmente estructural y sobre el que no se puede actuar de manera unilateral... sobre esto sí que hay que hacer un gran pacto social, que tiene que comprometer a los agentes sociales, que tienen que comprometer a las empresas, a los sindicatos, a las administraciones públicas...”(Representante Ministerio Igualdad – AP1)*

La realidad empresarial, laboral y social que las entrevistas nos muestran supone un obstáculo para el cumplimiento de determinados objetivos de justicia social y de protección de la salud. Un ejemplo es la cuestión de la lactancia natural, dadas las características de nuestra legislación y las características empresariales. La Organización Mundial de la Salud recomienda alimentar a los bebés sólo con leche materna hasta al menos los seis meses de vida de la criatura. Esta recomendación internacional difícilmente puede cumplirse por parte de las madres trabajadoras en España, cuando la baja maternal es de tan sólo dieciseis semanas, y el permiso de lactancia supone dos medias horas de permiso retribuido de la jornada laboral, o la reducción de la jornada en media hora, sin disminución de salario. Las empresas, son por tanto, un lugar incluso inhóspito para cualquier dimensión de la maternidad, como por ejemplo, para aquellas trabajadoras que quieren continuar la lactancia materna. Los testimonios de algunas de las madres entrevistadas reflejan que esas mujeres continúan amamantando a sus hijos/as, a pesar de todos los obstáculos que existen, y casi a veces como una opción heroica, que no puede exigirse por supuesto a todas las madres trabajadoras.

*“Porque yo le dí el pecho a mi hija hasta los 20 meses, que también...eso me costó pelearme con la médico de cabecera mía, con la empresa, porque no me habilitaban un sitio donde hacerlo...ya te digo que me ha visto todo el mundo sacarme leche de la empresa, suerte que a mí eso no me...finalmente me daban la llave y me habilitaban una sala que era la del comité cuando no se usaba” (Isabel – M8)*

Igualmente, la percepción de la maternidad como una amenaza laboral por parte de la sociedad y del mundo empresarial, contrasta con los objetivos perseguidos en políticas europeas de desarrollo económico y fomento del empleo. Los/as empresarios/as aún no han interiorizado los objetivos de política económica reflejados en las directrices europeas en materia de Empleo, como por ejemplo la Estrategia Europea de Lisboa, que plantea alcanzar para el 2010 unas tasas de ocupación femeninas en Europa del sesenta por ciento, como uno de los requisitos imprescindibles para asegurar que la economía europea se mantiene a la cabeza de las principales economías mundiales.

*“Las empresas no se creen que haya que incrementar la tasa de actividad de las mujeres” (Jurista - A3)*

*“Las empresas tiene que llegar el día en el que incorporen la igualdad no porque tienen la obligación de incorporar planes de igualdad porque lo dice la ley sino porque la igualdad incorporada a su política empresarial y de recursos humanos también es*

*factor que a ellos les pueda aportar más competitividad y más eh...más productividad”  
(Representante Ministerio Igualdad – AP1)*

Resultan muchas veces incomprensibles las reticencias hacia las mujeres como madres potenciales, dada la necesidad de incorporar las mujeres al mercado de trabajo para asegurar el mantenimiento de nuestros sistemas de pensiones:

*“Hace años que la Unión Europea dice que van a salvar los sistemas de pensiones, por ejemplo, incorporando al mercado laboral a mujeres, mayores de 45 años, pero siguen sin contratarse ni mujeres ni hombres mayores de 45 años” (Jurista - A3)*

En resumen, la mayoría de las entrevistas realizadas en el marco de la presente investigación, muestran una visión del mundo empresarial y económico donde se comparte, al igual que la legislación, un entendimiento de la maternidad como una amenaza a la productividad y un escollo al desarrollo económico. Sin embargo, esta visión resulta muchas veces contradictoria con los objetivos perseguidos en determinadas políticas públicas europeas e internacionales de protección de la salud y de desarrollo económico.



## 5. CONCLUSIONES

Después de esta investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones.

1. Las aportaciones que el pensamiento feminista ha hecho sobre el conocimiento del fenómeno de la maternidad y la paternidad, y su correspondiente tratamiento legal nos ha permitido constatar su posición ambivalente sobre la maternidad. Desde su consideración de obstáculo a la igualdad por las feministas liberales, hasta su tratamiento como diferencia digna de atención política por parte de algunos sectores del feminismo radical. Todo ello junto con las reivindicaciones de las feministas socialistas sobre la necesidad de socializar los cuidados derivados de la maternidad y las críticas de las feministas postmodernas que, al cuestionar la existencia de un sujeto común “mujeres” y deconstruir como culturalmente establecido los conceptos sexo y género, hacen muy difícil la reflexión sobre una maternidad históricamente ligada al sexo y al colectivo mujeres.

También se han analizado las reflexiones que desde el feminismo se han hecho sobre papel del derecho. A pesar de las numerosas críticas feministas al derecho, como instrumento al servicio de la sociedad patriarcal, las juristas feministas defienden la posibilidad de una teoría jurídica feminista que revise las construcciones jurídicas sobre las que se apoya el sistema legal, y que permita construir un derecho donde las mujeres estén incluidas, como poder político que legisla y como ciudadano/a titular de derechos.

La jurisprudencia feminista ha subrayado que las pocas veces que el derecho se ocupa de manera específica de las mujeres, como es el caso de las leyes de protección de la maternidad, el sujeto mujer es considerado como una desviación del modelo de ciudadano varón universal. Así, mientras las necesidades de los hombres son percibidas por la sociedad y por el derecho como necesidades de toda la especie humana, las necesidades de las mujeres sólo son percibidas como necesidades específicas de ese “grupo” de la población.

A su vez, el derecho muchas veces califica como característico de un sólo sexo, necesidades o realidades que en cambio, pueden pertenecer a ambos sexos. Un claro ejemplo es el hecho que presupone el vínculo especial existente entre la madre y el

recién nacido y que se circunscribe a una experiencia únicamente femenina, y no de ambos progenitores, padre y madre.

2. El Estado Liberal de Derecho, punto de partida de los Estados de Derecho actuales y de sus manifestaciones legislativas, no incluía a las mujeres como ciudadanas, y tampoco como titulares de los derechos civiles y políticos característicos del Estado moderno. El Estado Social de Derecho sí atribuye la ciudadanía a las mujeres pero sin embargo, el elenco de derechos protegidos sigue tomando esencialmente como modelo al varón, blanco y burgués. En la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, tanto de redistribución económica como de objetivos de justicia social, las teorías de la justicia que fundamentan estos objetivos han sido formuladas en general ciegas al género.

Así, a la hora de definir cuáles son los mínimos que constituyen el bienestar humano que el Estado debe tutelar en el desarrollo del Estado de Bienestar, las necesidades de cuidado no siempre se incluyen. No existe consenso sobre su carácter de necesidad básica, ni existe una demanda sobre su consideración como derecho social, a pesar de que todos los individuos, en diferentes periodos de sus vidas (infancia, enfermedad y vejez) necesitan ser cuidados por otros/as para sobrevivir.

El Estado de Derecho actual sigue manteniendo en general una postura de no injerencia en relación a ciertos aspectos de la reproducción humana y sus consecuencias, aunque existan disposiciones jurídicas relativas a la maternidad y paternidad. La reproducción se considera como un ámbito que pertenece básicamente a la esfera privada de las personas. Aunque existe, eso sí, cierto acuerdo en que hay fundamentos jurídicos para hablar de un derecho a la reproducción respaldado en nuestro ordenamiento jurídico, una autonomía reproductiva en positivo. Pero no existe, en cambio, una fundamentación legal para hablar del mismo modo de una autonomía reproductiva en negativo.

La legislación social sobre maternidad tuvo sus orígenes a principios del siglo XX, cuando el Estado, ante la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo fruto de la Revolución Industrial, empezó a estar, por una parte, preocupado por el importante descenso de la natalidad, y por otro lado, por las condiciones físicas y sanitarias de las madres trabajadoras y de sus hijos/as en las fábricas.

3. La legislación vigente en el ordenamiento jurídico español no regula la maternidad y la paternidad, porque se considera que la reproducción en general es un asunto privado de las personas, y el Estado no debe intervenir. Sólo la maternidad y la paternidad, se convierten en objeto de regulación legal, cuando entran “en conflicto” con algún otro interés general de la sociedad, entre el que destaca el mercado de trabajo. Por eso es en el ámbito del derecho laboral y de la protección social donde más disposiciones encontramos sobre maternidad y paternidad. La legislación española actual está fuertemente influida por la legislación internacional que busca la protección de la salud y de la vida de la madre trabajadora, del feto y del recién nacido. También por las directivas europeas, que persiguen los mismos objetivos que las normas de derecho internacional, y añaden además objetivos para mantener a las mujeres en el mercado de trabajo y evitando que la maternidad suponga un elemento de discriminación. La legislación europea tiene como finalidades generales permitir el mantenimiento de las mujeres trabajadoras en el mercado laboral, y al mismo tiempo, facilitar que sigan teniendo hijos/as. Acepta muchas veces como dado y normal, un orden de género que sitúa al hombre como cabeza de familia y “ganapán”, y a la mujer como responsable de los cuidados en la sociedad, y en todo caso, trabajadora cuyo salario es un complemento económico y adicional de los ingresos familiares. Las directivas europeas de obligada transposición al derecho interno, buscan más objetivos de crecimiento económico, demográfico y competitividad, que no metas de justicia social.

El análisis de los textos legales nos muestra que las disposiciones jurídicas sobre maternidad y paternidad en ningún momento pretenden alterar o adaptar la configuración del mercado de trabajo. Quienes se desvían de este modelo normativo, por ejemplo las mujeres, son legalmente tratadas como excepciones a la norma:

- Si las mujeres trabajadoras se quedan embarazadas aparecen figuras legales como el riesgo durante el embarazo, o riesgo durante la lactancia, la baja maternal, en las que tradicionalmente la protección legal de estos fenómenos típicamente femeninos se equiparaba a la protección legal por enfermedad. Las cuestiones típicamente de mujeres se convierten en una patología más que en algunos casos se puede proteger legalmente.
- Si la responsabilidad casi en exclusiva del cuidado de hijos/as recae en los hombros de las mujeres y si éstas son además trabajadoras, aparecen los problemas de conciliación de vida familiar y laboral. Pero como el mercado de

trabajo necesita a las mujeres trabajadoras para asegurar el crecimiento económico y para cubrir las demandas de mano de obra de las empresas, se diseñan medidas legales y políticas públicas de conciliación de vida familiar y laboral, que permiten a las mujeres trabajadoras, en la medida que son madres, acumular trabajo dentro y fuera de casa.

El sistema de protección social, bajo el que se enmarcan muchas de las medidas legales de protección de la maternidad, descansa en un concepto de ciudadanía laboral, que exige la participación en el mercado de trabajo para poder ser beneficiario/a de las prestaciones. Este sistema de protección social tiene un fuerte impacto de género, ya que protege en mayor número y cantidad los fenómenos más frecuentes de la vida de los trabajadores varones (enfermedad, accidentes de trabajo, desempleo, jubilación) y menos las realidades más frecuentes de la vida de las mujeres (prestaciones no contributivas, viudedad, maternidad).

4. Las leyes analizadas en el ámbito de la protección social utilizan un concepto de maternidad restringido al periodo de embarazo, parto y lactancia, obviando que en la mayoría de las veces, las principales responsabilidades de los cuidados, desde que ese bebé deja de ser amamantado hasta que es mínimamente autónomo, recaen sobre las mujeres, lo que constituye uno de los principales obstáculos en su participación en la esfera pública en condiciones de igualdad.

Del análisis legal se desprende pues que la maternidad es una responsabilidad individual de las mujeres, al igual que sus problemas de conciliación de la vida familiar y laboral. Pocos textos legales hablan de la responsabilidad colectiva sobre los costos sociales de la maternidad y la paternidad.

Sólo algunos cuerpos legales incluyen medidas dirigidas por igual a hombres y mujeres, en un intento de repartir de manera más igualitaria las responsabilidades de la maternidad y la paternidad entre todos/as. Pero la realidad de la aplicación de estas medidas (por ejemplo permiso de maternidad compartido, permiso de paternidad, reducciones de jornada, excedencias, derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, cuidadores familiares de personas dependientes) nos ofrece una visión de que socialmente, se interpretan como medidas para las mujeres, sin poner en duda su responsabilidad como cuidadoras de la sociedad, y rara vez los hombres se sienten aludidos como potenciales beneficiarios de estas figuras jurídicas.

El análisis de las leyes nos muestra que confluyen diferentes intereses generales, valores fundamentales o bienes jurídicos protegidos cuando se legisla sobre maternidad o paternidad. Se constata una evolución desde la mera protección de la salud y la vida de la madre, el feto y el hijo/a recién nacido, hasta la consideración de que la maternidad puede ser un obstáculo al derecho fundamental a la igualdad, aceptando con ello la necesidad de socializar los costes derivados de la maternidad. También la corresponsabilidad se configura como un valor digno de tutela legal, para garantizar una mayor igualdad de género, pero no se dice de manera explícita que para repartir de manera equitativa las responsabilidades de cuidado, ni para asegurar el derecho a ser cuidado del recién nacido/a.

A la luz de las leyes analizadas, el cuidado aparece como un elemento constitutivo de la maternidad, e inherente a la condición femenina. El cuidado se entiende una responsabilidad natural, inherente a la condición femenina, indisolublemente ligada a su función reproductora y a su instinto maternal.

El cuidado pertenece a la esfera de lo natural, de lo animal y, por lo tanto, no puede ni debe ser objeto del derecho. Además, los ordenamientos jurídicos actuales están contruidos sobre la idea de que los ciudadanos son sujetos autónomos, libres e iguales. El cuidado y las necesidades de ser cuidado, visibilizan en cambio sujetos dependientes que durante etapas vitales mantienen relaciones verticales.

Las tímidas inclusiones del cuidado en la esfera pública, y como objeto de regulación jurídica, parecen obedecer más a razones de tipo económico o demográfico (debido al envejecimiento de la población o la necesidad de que las mujeres entren en el mercado de trabajo) que a razones de justicia social.

La paternidad sólo ha sido objeto de la legislación de protección social con la introducción del permiso exclusivo e intransferible de paternidad. El objetivo perseguido es conseguir una mayor igualdad de género y fomentar la corresponsabilidad. Pero su duración tan limitada, y la distancia con respecto al permiso de maternidad, concede a esta medida un carácter eminentemente simbólico, y no transformador de una realidad social que sigue otorgando la responsabilidad de los cuidados a las mujeres.

Un examen sistemático de los textos analizados, no permite establecer de forma clara un orden prioritario entre los objetivos pretendidos en las disposiciones sobre

maternidad y paternidad: alcanzar mayores niveles de corresponsabilidad en nuestra sociedad, conseguir un reparto más igualitario de las responsabilidades sobre el cuidado, conseguir mayores cotas de igualdad de género, promocionar la natalidad del país, proteger la familia o promover el empleo femenino para asegurar el crecimiento económico y la consecución de los objetivos de política económica que el Estado español tiene en el marco de la Unión Europea. Otras veces lo prioritario es simplemente la recuperación física de la madre tras el parto, la protección del recién nacido y la necesidad de ser cuidado por sus progenitores en los primeros meses de vida, o el simple mantenimiento del vínculo madre e hijo/a, como relación esencial para el bienestar del recién nacido/a. En definitiva, la maternidad y la paternidad no constituyen en sí mismos intereses generales objeto de tutela estatal excepto si se consideran amparados bajo un hipotético derecho a la reproducción.

Las leyes autonómicas de igualdad existentes hasta el momento en el Estado de autonomías español complementan la legislación estatal de garantía del derecho fundamental a la igualdad de mujeres y hombres. En ellas se reconoce que la maternidad es un obstáculo a la igualdad de hombres y mujeres, e incluyen también diferentes medidas encaminadas a la protección de la maternidad, a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral y al fomento de la corresponsabilidad. Pero las medidas incluidas que se establecen para conseguir estos objetivos pertenecen más al ámbito de las políticas públicas, que a normas con rango de ley y fuerza vinculante.

5. Las leyes sobre técnicas de reproducción asistida e investigación biomédica también regulan indirectamente la maternidad y la paternidad, aunque desde un ámbito bien diferente a las leyes sobre protección social.

Dado que las técnicas de reproducción asistida han permitido a muchas mujeres tener a sus hijos/as disociando la sexualidad y la reproducción, esto ha dado lugar a un vivo debate doctrinal acerca de la existencia o no de una autonomía reproductiva en positivo, obviando a veces dilemas éticos y contradicciones jurídicas (como el anonimato de los donantes de semen y óvulos, el derecho de los futuros hijos/as a conocer sus orígenes genéticos, las posibles secuelas en la salud de las mujeres sometidas a ciertas técnicas, el estatus de potencialidad de vida de los embriones y pre-embriones fruto de la aplicación de estas técnicas).

La legislación sobre las técnicas de reproducción asistida focaliza los aspectos médicos individuales (la esterilidad como una enfermedad de las parejas,

especialmente de las mujeres), y encubre que muchos problemas de esterilidad son el resultado de factores sociales (como la maternidad tardía, los estilos de vida, el mercado de trabajo que penaliza la maternidad de las mujeres, etc.).

Comparten estas leyes, sin embargo, una visión de la maternidad y la paternidad esencialmente biológica, y refuerzan la creencia en la existencia de un instinto maternal inherente en las mujeres, que las empuja a hacer cualquier cosa médicamente posible para tener un hijo/a biológico.

6. La investigación sociológica realizada nos ha mostrado en primer lugar que los y las ciudadanas tienen un concepto diferente de madre, padre, maternidad y paternidad. Para la mayoría de las personas entrevistadas madre es una categoría esencialista de las mujeres, una forma de ser en el mundo (y muchas veces la única forma válida de ser en el mundo). Padre, en cambio, es un calificativo posible del hombre, que primero es hombre y tiene una identidad propia, y después puede que la vida le lleve a convertirse en padre, sin que esto altere su forma de estar en la sociedad.

También se ha constatado a lo largo de las entrevistas que en la mayoría de los casos la maternidad es entendida, como el periodo de tiempo asociado al embarazo, parto y la lactancia. Es el ejercicio del potencial reproductor de las mujeres. Tiene un fuerte componente biológico, que permite explicar la creencia generalizada en la importancia del vínculo madre e hijo/a en los primeros años del bebé y la existencia de un instinto maternal. Este determinismo biológico permite sustentar la creencia en la existencia de un poderoso instinto maternal, que provoca el deseo, casi animal, de ser madre, y justifica una vez nacido el bebé, la dedicación desinteresada y completa en la nueva criatura.

Durante el trabajo de campo realizado en esta investigación aparece de una manera constante la creencia sobre la existencia del instinto maternal, y la dominante ideología de la maternidad intensiva, que sitúa como ideal de crianza una dedicación casi completa de las madres en número de horas, recursos y energías para asegurar la mejor forma de cuidados para los hijos/as, tienen entre otras funciones la de justificar el desigual reparto de responsabilidades de padres y madres sobre el cuidado de los hijos/as, así como perpetuar las desigualdades que hombres y mujeres tienen en el espacio público.

Los hombres han sido educados para construir su identidad a través de su trabajo, de su éxito laboral. Las mujeres son educadas para consagrarse al cuidado, al amor desinteresado por los demás. Estas son algunas de las razones que explican la asunción social de que son las mujeres, en la medida que son madres, las que tienen problemas de conciliación de la vida familiar y laboral, y las que toleran la ausencia de los hombres en las tareas de cuidado en general.

Para la mayoría de los ciudadanos/as entrevistados la paternidad en cambio tiene un sentido más legal, alude a los derechos y deberes legales que los hombres tienen en su condición de padres. No está tan claro la existencia del instinto paterno, y su función es más bien la transmisión de valores, de autoridad familiar, que de prestación de cuidados como en el caso de la maternidad.

7. El análisis sociológico también muestra que esta diversidad de maternidades y paternidades existentes en España, fruto de los cambios sociales, demográficos y legales más recientes, parecen gozar de una amplia aceptación. Las madres y padres monoparentales, o las homoparentalidad masculina y femenina no son sólo una posibilidad legal sino también una realidad social cada vez más frecuente. Pero frente a esta aceptación inicial, hay algunas reticencias ideológicas a aceptar algunas de estas formas de maternidad y paternidad, porque existen dudas sobre si estas formas familiares sean las más adecuadas para el interés de los hijos/as, el interés superior del menor.

Según la mayoría de las personas entrevistadas la decisión de ser madre parece ser una decisión hoy en día totalmente libre y voluntaria dada la generalización y acceso a los métodos anticonceptivos. Pero al mismo tiempo, algunas de las personas entrevistadas entienden pese a la existencia de estos métodos anticonceptivos que la decisión de ser madre o no, no es completamente libre y voluntaria, puesto que socialmente aún existe una fuerte presión social para que las mujeres cumplan la función femenina por antonomasia: ser madres.

8. También se ha podido comprobar en la investigación sociológica que los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral son vistos por la ciudadanía y el mundo empresarial como un problema individual de las mujeres en la medida que madres y trabajadoras. Pero estos problemas de conciliación esconden el desigual reparto de los cuidados en nuestra sociedad, que benefician a los hombres y padres porque invisibilizan su ausencia, y perjudican a las mujeres y madres, atribuyéndolas de



manera natural y exclusiva las responsabilidades sobre los cuidados de los demás. Las leyes en general intentan aplicar medidas que faciliten a las mujeres y madres la acumulación de jornadas laborales, dentro y fuera del hogar, y pocas veces se atreven a incluir verdaderas figuras que busquen una mayor corresponsabilidad a de los hombres y padres, y asuman una parte de responsabilidad social y colectiva sobre los cuidados imprescindibles para la supervivencia humana.

Los cuidados han estado tradicionalmente excluidos del ámbito del derecho, porque se considera y acepta por la mayoría de la sociedad, que estas responsabilidades deben ser ejercidas en el seno de las familias, por personas que tienen la obligación e inclinación natural hacia el cuidado, esencialmente las mujeres y las madres. Unir los cuidados a la esfera de lo natural, justifica su exclusión del ámbito de la moral, y del derecho.

Las entrevistas realizadas en esta investigación ofrecen más ejemplos de madres y mujeres que muestran la desigualdad que supone la asunción casi en exclusiva de los cuidados, que ejemplos de padres que deseen implicarse más en los cuidados de sus hijos/as. La igualdad en los cuidados sólo aparece en este trabajo de campo en boca de los padres y hombres, cuando se trata el debate de la custodia compartida de estos menores en casos de separación y divorcio.

9. La mayoría de las personas entrevistadas tienen en general una visión muy negativa sobre las legislaciones vigentes en el ordenamiento jurídico español sobre maternidad y paternidad. Consideran que, en la mayoría de los casos, se están protegiendo objetivos de índole económica o demográfica (promoción del empleo de las mujeres, aumento de la natalidad, mantenimiento del sistema de seguridad social, crecimiento económico, competitividad del mercado de trabajo capitalista entre otros), y no de justicia social. Tampoco creen que la maternidad y la paternidad sean en sí mismos intereses generales o valores fundamentales dignos de tutela estatal. Ni siquiera consideran que la igualdad de hombres y mujeres sea uno de los objetivos perseguidos. Y mucho menos, la protección del interés supremo del menor, de forma que el recién nacido tuviera el derecho a ser cuidado por ambos progenitores al menos durante los primeros meses de su vida.

Entienden que su objetivo principal es la protección de la vida, la integridad física y la salud de las mujeres embarazadas, de parto y durante la lactancia, así como la protección de los fetos y los recién nacidos. Como también lo es regular las

condiciones para conseguir un hijo/a biológico cuando existen problemas físicos para concebirlos de manera natural.

Si bien admiten también que una de las finalidades es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, sin embargo reconocen que en su despliegue no abordan las causas de este problema, y en cambio refuerzan el rol de cuidadoras de las mujeres en la sociedad. Tampoco creen que consigan la finalidad de una mayor corresponsabilidad e igualdad entre mujeres y hombres, ya que las injerencias o cambios que pretenden introducir en el papel de los padres y hombres en los cuidados son más simbólicos que reales.

10. Si finalmente contrastamos el análisis legal de los objetivos perseguidos por las leyes sobre maternidad y paternidad en el ámbito de la protección social y de las técnicas de reproducción asistida, dentro del modelo de Estado Social de Derecho, con el concepto de maternidad y paternidad de los/as ciudadanos entrevistados en la investigación sociológica, cabría señalar que la mayoría de los hombres y padres entrevistados coinciden con los objetivos que las leyes sobre maternidad y paternidad tutelan, la protección de la salud física de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio, la salud del feto; la promoción de la natalidad; el mantenimiento de las mujeres en el mercado de trabajo; el fomento del crecimiento económico y los sistemas de seguridad social del Estado de Bienestar.

En cambio, aunque muchas de las mujeres y de las madres entrevistadas también coinciden con la concepción tradicional de la maternidad, el instinto maternal, la teoría del apego y otras ideas dominantes en las leyes analizadas, y por tanto, con los valores tutelados por las principales leyes analizadas, es significativo que un número considerable de ellas manifieste también, un cierto descontento y decepción en los objetivos que las leyes persiguen. Muchas de ellas reclaman en cambio, aunque no siempre sus demandas se traducen en exigencias de una mayor o diferente intervención estatal y/o legal, mayores niveles de igualdad y de compromiso tanto de hombres y mujeres en cuestiones relativas a la reproducción humana y a los cuidados necesarios para el desarrollo y bienestar de esa nueva vida humana.

Merece destacarse, sin embargo, que a pesar de no ser preguntado sobre ello, la demanda sobre una mayor igualdad en los cuidados sólo es una reclamación de algunos hombres y padres cuando se produce la disolución de la pareja, y no antes.

Consecuencia de los roles sobre las mujeres como principales cuidadoras en nuestra sociedad, y la consideración de la maternidad como una responsabilidad individual y exclusiva de las mujeres, el mundo empresarial y buena parte de la sociedad percibe la maternidad como una amenaza al crecimiento económico, a la lógica del mercado de trabajo y a la competitividad. La ausencia de los hombres del mundo de los cuidados los refuerza como modelos de trabajador titular del derecho amparado por el Estado.

Una mayor implicación de los hombres en los cuidados, con la ayuda de una legislación que asumiera la responsabilidad social y colectiva sobre los cuidados en general, como una necesidad básica de todos los seres humanos en diferentes etapas de la vida, permitiría una mayor presencia de las mujeres en el mercado de trabajo, un mayor producto interior bruto, unos mayores niveles de igualdad de género y una sociedad más justa.

El Estado y sus leyes protegen, en realidad, el crecimiento económico y el mercado de trabajo capitalista, y abordan el interés del menor, la maternidad y la paternidad como accidentes de la vida de las personas que deben encajar en el sistema social y económico. Todo esto aprovechándose de los beneficios que la desigualdad de género en los cuidados le proporciona, realizando de manera gratuita, desinteresada e invisible una labor imprescindible de mantenimiento de la especie humana.

11. A pesar, sin embargo, de la coincidencia que hemos detectado entre las finalidades de las leyes con los deseos y valores de algunas de las personas entrevistadas (sobre todo los hombres y los padres), sería una exigencia de justicia social impulsar un cambio de paradigma desde una legislación centrada en la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado dentro del marco de un Estado Social de Derecho. La legislación existente que focaliza la protección de la maternidad perpetúa una actuación tradicional del derecho de falsa protección a las mujeres. En todo caso, lo que está permitiendo es que bajo una supuestas necesidades específicas y únicas del sexo femenino (que únicamente estarían justificadas desde un punto de vista estrictamente biológico de protección física durante el embarazo, parto y lactancia en el caso de hijos/as biológicos), se mantenga la división sexual de trabajo, la preservación del rol femenino de cuidadoras, y el mantenimiento al fin y al cabo de un sistema social de explotación de las mujeres puesto que en su mayoría llevan a cabo de manera invisible y gratuita, los trabajos de cuidado imprescindibles para el mantenimiento de la vida humana.

Además también el trabajo sociológico ha mostrado la existencia de una parte importante de personas entrevistadas, sobre todo madres y mujeres, que constituyen ya una suficiente masa crítica expresando su desacuerdo con unas leyes que permiten la continuación de un sistema de desigualdad social en los cuidados.

En un Estado Social de Derecho, donde el derecho a la igualdad de mujeres y hombres es un principio y un derecho fundamental exigible, y donde al Estado se le exige una actuación tendente a garantizar un nivel mínimo de bienestar en el que las necesidades básicas de la ciudadanía estén satisfechas, debería exigirse una legislación que permitiera el derecho a ser cuidado de todo/a ciudadano en los diferentes periodos de su vida, en los que el individuo no tenga la autonomía suficiente para garantizar su propia supervivencia. Nuestro modelo de Estado no debería seguir tolerando que la asunción de los cuidados de los menores siga siendo una responsabilidad casi en exclusiva de las mujeres. Tampoco debería seguir manteniéndose unos sistemas de organización social, laboral y familiares que permiten estas situaciones de desventaja entre hombres y mujeres sólo por el hecho de que unas pueden embarazarse y parir.

12. El titular de ese derecho a ser cuidado debería ser por tanto el recién nacido, y el Estado debería ser responsable mediante la intervención legal de que ese derecho fuera satisfecho de la mejor manera posible, incluyendo la necesidad afectiva de ser cuidado por ambos progenitores. La necesidad básica de ser cuidado durante este periodo de la vida del nuevo ser humano justificaría la existencia y formulación de este nuevo derecho social, al igual que en nuestros actuales modelos de Estados Sociales de Derecho es incuestionable la existencia de un derecho social que garantiza la necesidad básica de protección de la salud o de educación de todo ciudadano/a.

No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores respecto al derecho a ser cuidado de ese nuevo ciudadano, cómo se financiarían los costes de ese nuevo derecho dentro de un Estado Social de Derecho en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho. Éste es, sin embargo, un reto que excede a los objetivos de la presente tesis, y que por su complejidad y magnitud podría ser objeto de una nueva y apasionante investigación.

## 6. ANEXOS

### 6.1. ANEXO METODOLÓGICO

En la introducción de la presente tesis se ha destinado un apartado a explicar la opción metodológica seguida en esta investigación, donde una parte importante ha sido la utilización de la metodología sociológica, mediante la realización de un trabajo de campo de 38 entrevistas en profundidad.

La relación completa de las personas entrevistadas, la clave y nombre ficticio asignado en cada caso, así como datos esenciales de la realización de la entrevista están recogidos en la siguiente tabla:

<b>Nombre ficticio y clave persona entrevistada</b>	<b>Datos persona</b>	<b>Lugar y fecha de realización entrevista</b>	<b>Duración</b>	<b>Forma de registro y análisis</b>
Carlota-M1	Madre	Barcelona, Marzo 2008	92 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Patricia-M2	Madre	Barcelona, Marzo 2008	58 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Sara – M3	Madre	Barcelona, Mayo 2008	103 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Carla – M4	Madre	Barcelona, Abril 2008	70 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Daniela – M5	Madre	Santander, Julio 2008	42 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Lucía – M6	Madre	Barcelona, Abril 2008	97 minutos	Grabación en audio y transcripción literal

Celia – M7	Madre	Barcelona, Mayo 2008	86 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Isabel – M8	madre	Barcelona, Junio 2008	46 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
María – M9	Madre	Barcelona, Mayo 2008	39 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Ana – M10	Madre	Barcelona, Mayo 2008	85 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Eva – M11	Madre	Barcelona, Junio 2008	98 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Joan – P1	Padre	Barcelona, Marzo 2008	29 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
David – P2	Padre	Barcelona, Abril 2008	72 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Marc – P3	Padre	Barcelona, Junio 2008	86 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Antonio – P4	Padre	Barcelona, Junio, 2008	56 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Juan – P5	Padre	Barcelona, Mayo, 2008	89 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Pedro – P6	Padre	Barcelona, Marzo, 2008	68 minutos	Grabación en audio y transcripción literal

Mateo – P7	Padre	Barcelona, Mayo, 2008	71 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Alex – P8	Padre	Santander, Julio 2008	38 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Javier – P9	Padre	Barcelona, Junio 2008	67 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Oriol – P10	Padre	Barcelona, Junio 2008	49 minutos	Grabación en audio y transcripción literal

Leire – X1	Mujer sin hijos/as	Santander, Marzo 2008	93 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Martina – X2	Mujer sin hijos/as	Barcelona, Marzo 2008	86 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Nuria- X3	Mujer sin hijos/as	Barcelona, marzo 2008	110 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Alba – X4	Mujer sin hijos/as	Barcelona, Abril 2008	94 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Tere – X5	Mujer sin hijos/as	Barcelona, septiembre 2008	59 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Oscar – Y1	Hombre sin hijos/as	Barcelona, Julio 2008	76 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Adrian – Y2	Hombre sin hijos/as	Barcelona, septiembre	90 minutos	Grabación en audio y

		2008		transcripción literal
Luis – Y3	Hombre sin hijos/as	Barcelona, Marzo 2008	82 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Gerard – Y4	Hombre sin hijos/as	Barcelona, Julio 2008	49 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
Pablo – Y5	Hombre sin hijos/as	Barcelona, septiembre 2008	81 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
A1 - Antropóloga	Profesora universitaria de Antropología	Barcelona, Octubre 2008	119 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
A2 - Socióloga	Profesora universitaria de Sociología	Barcelona, noviembre 2008	120 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
A3 - Jurista	Profesora universitaria de Derecho	Barcelona, septiembre 2008	109 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
AP1 – Representante Ministerio Igualdad	Secretaria General de Políticas de Igualdad – Ministerio de Igualdad	Madrid, Mayo 2008	92 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
AP2 – Representante Generalitat	Responsable de proyectos Estratégicos	Barcelona, Junio 2008	52 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
PP1 – Diputada Congreso	Diputada Congreso de los Diputados	Barcelona, Mayo 2008	114 minutos	Grabación en audio y transcripción literal
PP2 – Diputada Congreso	Diputada Congreso de los Diputados	Barcelona, Julio 2008	43 minutos	Grabación en audio y transcripción literal



## **6.2. ANEXO GUIONES DE ENTREVISTAS**

A continuación se adjuntan los guiones de las entrevistas realizadas a las mujeres y los hombres sin hijos/as pero en edad fértil, a las madres y padres, a los políticos/as, los y las representantes de la Administración pública y a las académicas.

### **6.2.1. Guión de entrevistas a las mujeres**

#### **Datos básicos de la persona entrevistada:**

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Estado civil:
- Si es soltero, separado, divorciado o viudo:  
¿Tienes pareja estable?  
¿Vives con él / ella?
- Pertenencia a alguna minoría étnica:

#### **Concepto de maternidad**

1. ¿Qué es para ti una madre?
2. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra "maternidad"?
3. ¿Qué es para tí la maternidad?
4. ¿Crees que existe un instinto maternal?
5. ¿Te has planteado si quieres ser madre?

Si es así, ¿cuántos hijos/as te gustaría tener?  
Si no es así, ¿por qué?

6. ¿Crees que la maternidad es una opción libremente escogida en la vida de las mujeres hoy en día?
7. ¿Qué opinas de las mujeres que deciden no tener hijos/as?
8. ¿Crees que una mujer puede y debería tener derecho a ser madre ella sola, sin un marido o pareja estable a su lado?

9. ¿Crees que las parejas de lesbianas pueden ser madres igual que las madres en una pareja heterosexual?
10. ¿Crees que hoy en día es compatible ser madre y trabajar?
11. ¿Crees que el hecho de ser madre constituye un obstáculo en sus vidas profesionales, en su formación?
12. ¿Hay algún otro aspecto de sus vidas que crees que cambia con la maternidad, más allá del trabajo y la educación?
13. ¿Crees que madres y padres tienen los mismos derechos y obligaciones en nuestra sociedad?
14. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus madres?

### **Concepto de paternidad**

15. ¿Qué es para tí un padre?
16. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra “paternidad”?
17. ¿Qué es para ti la paternidad (si crees que es un término diferente a padre)?
18. ¿Crees que existe un instinto paternal?
19. ¿Qué opinas de los hombres que deciden no tener hijos/as?
20. ¿Crees que un hombre puede y debería tener derecho a adoptar niños/as solo, sin una esposa o mujer a su lado?
21. ¿Crees que las parejas gays pueden ser igual de padres que los padres en una pareja heterosexual?
22. ¿Crees que es compatible hoy en día ser padre y trabajar?
23. ¿Crees que la paternidad es un obstáculo en la vida profesional y en la formación de los hombres?
24. ¿Crees que cambia alguna cosa más en la vida de los hombres aparte del trabajo y la formación?
25. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus padres?

### **Concepto de maternidad jurídico / político**

26. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
27. ¿Cómo debería ser la actuación del Estado para garantizar un hipotético derecho a ser madre o derecho de las madres?
28. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
29. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que tú?
30. ¿Por qué crees que hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienen las mujeres y el número deseado?
31. ¿Qué papel tiene y debería tener aquí el Estado, sus leyes o políticas?

### **Concepto de paternidad jurídica / política**

32. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?

33. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
34. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que tú?

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

35. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
36. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
37. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
  - 37.a) Si crees que no, por qué?
  - 37.b) Si crees que sí, qué aspectos de la maternidad debería tratar?
38. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
  - 38.a) Si crees que no, por qué?
  - 38.b) Si crees que sí, qué aspectos de la paternidad debería tratar?
39. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?

### **Si pertenece a una minoría étnica:**

40. ¿Crees que la maternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, por qué.
41. ¿Crees que la paternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, por qué.

### **Si es una persona extranjera:**

42. ¿Crees que la maternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, por qué.
43. ¿Crees que la paternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, por qué.

## 6.2.2. Guión entrevistas a hombres

### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Estado civil:
- Si es soltero, separado, divorciado o viudo:  
¿Tienes pareja estable?  
¿Vives con él / ella?
- Pertenencia a alguna minoría étnica:

### Concepto de maternidad

44. ¿Qué es para ti una madre?
45. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra "maternidad"?
46. ¿Qué es para ti la maternidad?
47. ¿Crees que existe un instinto maternal?
48. ¿Crees que la maternidad es una opción libremente escogida en la vida de las mujeres hoy en día?
49. ¿Qué opinas de las mujeres que deciden no tener hijos/as?
50. ¿Crees que una mujer puede y debería tener derecho a ser madre ella sola, sin un marido o pareja estable a su lado?
51. ¿Crees que las parejas de lesbianas pueden ser madres igual que las madres en una pareja heterosexual?
52. ¿Crees que hoy en día es compatible ser madre y trabajar?
53. ¿Crees que el hecho de ser madre constituye un obstáculo en sus vidas profesionales, en su formación?
54. ¿Hay algún otro aspecto de sus vidas que crees que cambia con la maternidad, más allá del trabajo y la educación?
55. ¿Crees que madres y padres tienen los mismos derechos y obligaciones en nuestra sociedad?
56. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus madres?

### Concepto de paternidad

- 57. ¿Qué es para ti un padre?
- 58. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra “paternidad”?
- 59. ¿Qué es para ti la paternidad (si crees que es un término diferente a padre)?
- 60. ¿Crees que existe un instinto paternal?
- 61. ¿Te has planteado si quieres ser padre?

Si es así, ¿cuántos hijos/as te gustaría tener?

Si no es así, ¿porqué?

- 62. ¿Qué opinas de los hombres que deciden no tener hijos/as?
- 63. ¿Crees que un hombre puede y debería tener derecho a adoptar niños/as solo, sin una esposa o mujer a su lado?
- 64. ¿Crees que las parejas gays pueden ser igual de padres que los padres en una pareja heterosexual?
- 65. ¿Crees que es compatible hoy en día ser padre y trabajar?
- 66. ¿Crees que la paternidad es un obstáculo en la vida profesional y en la formación de los hombres?
- 67. ¿Crees que cambia alguna cosa más en la vida de los hombres aparte del trabajo y la formación?
- 68. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus padres?

### **Concepto de maternidad jurídico / político**

- 69. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
- 70. ¿Cómo debería ser la actuación del Estado para garantizar un hipotético derecho a ser madre o derecho de las madres?
- 71. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
- 72. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que tú?
- 73. ¿Por qué crees que hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienen las mujeres y el número deseado?
- 74. ¿Qué papel tiene y debería tener aquí el Estado, sus leyes o políticas?

### **Concepto de paternidad jurídica / política**

- 75. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?
- 76. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
- 77. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que tú?

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

78. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
79. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
80. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

37.a) Si crees que no, por qué?

37.b) Si crees que si, qué aspectos de la maternidad debería tratar?

81. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

38.a) Si crees que no, por qué?

38.b) Si crees que si, qué aspectos de la paternidad debería tratar?

82. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?

**Si pertenece a una minoría étnica:**

83. ¿Crees que la maternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
84. ¿Crees que la paternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

**Si es una persona extranjera:**

85. ¿Crees que la maternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
86. ¿Crees que la paternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

### 6.2.3. Guión entrevistas a madres

#### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Nº de hijos/as, edad de los hijos/as, años de la madre en el momento del parto / adopción de cada hijo/a:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Estado civil:
- Si es soltera, separada, divorciada o viuda:  
¿Tienes pareja estable?  
¿Vives con él / ella?
- Pertenencia a alguna minoría étnica:

#### Concepto de maternidad

87. ¿Qué es para ti ser madre?
88. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra “maternidad”?
89. ¿Qué es para ti la maternidad?
90. ¿Crees que existe un instinto maternal?
91. ¿Siempre tuviste claro que querías ser madre o cuándo descubriste la maternidad?
92. Independientemente del número de hijos/as que tienes, ¿cuántos hijos/as te gustaría tener o te hubiera gustado tener?
93. Si hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienes y los que te gustaría tener o te hubiera gustado tener, ¿por qué crees que existe esta diferencia?
94. ¿Crees que la maternidad es una opción libremente escogida en la vida de las mujeres hoy en día?
95. ¿Qué opinas de las mujeres que deciden no tener hijos/as?
96. ¿Crees que una mujer puede y debería tener derecho a ser madre ella sola, sin un marido o pareja estable a su lado?
97. ¿Crees que las parejas de lesbianas pueden ser madres igual que las madres en una pareja heterosexual?
98. ¿Crees que hoy en día es compatible ser madre y trabajar?
99. En tu caso, ¿el hecho de ser madre ha constituido un obstáculo en tu vida profesional, en tu formación?

100. ¿Hay algún otro aspecto de tu vida que crees que ha cambiado con tu maternidad, más allá del trabajo y la educación?
101. ¿Crees que madres y padres tienen los mismos derechos y obligaciones en nuestra sociedad?
102. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus madres?
103. ¿Qué diferencias ves en tu maternidad y en la maternidad que vivió tu madre?

### Concepto de paternidad

104. ¿Qué es para ti un padre?
105. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra "paternidad"?
106. ¿Qué es para ti la paternidad (si crees que es un término diferente a padre)?
107. ¿Crees que existe un instinto paternal?
108. ¿Qué opinas de los hombres que deciden no tener hijos/as?
109. ¿Crees que un hombre puede y debería tener derecho a adoptar niños/as solo, sin una esposa o mujer a su lado?
110. ¿Crees que las parejas gays pueden ser igual de padres que los padres en una pareja heterosexual?
111. ¿Crees que es compatible hoy en día ser padre y trabajar?
112. ¿Crees que la paternidad es un obstáculo en la vida profesional y en la formación de los hombres?
113. ¿Crees que cambia alguna cosa más en la vida de los hombres aparte del trabajo y la formación?
114. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus padres?

### Concepto de maternidad jurídico / político

115. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
116. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
117. ¿Cómo debería ser la actuación del Estado para garantizar un hipotético derecho a ser madre o derecho de las madres?
118. ¿De qué leyes o políticas públicas sobre la maternidad te has beneficiado personalmente como madre?
119. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que tú?
120. ¿Por qué crees que hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienen las mujeres y el número deseado?
121. ¿Qué papel tiene y debería tener aquí el Estado, sus leyes o políticas?

### Concepto de paternidad jurídica / política

122. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?



123. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
124. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que tú?

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

125. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
126. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
127. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 41.a) Si crees que no, ¿por qué?
- 41.b) Si crees que si, ¿qué aspectos de la maternidad debería tratar?
128. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 42.a) Si crees que no, ¿por qué?
- 42.b) Si crees que si, ¿qué aspectos de la paternidad debería tratar?
129. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?

### **Si pertenece a una minoría étnica:**

130. ¿Crees que la maternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
131. ¿Crees que la paternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

### **Si es una persona extranjera:**

132. ¿Crees que la maternidad en tu país de origen es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
133. ¿Crees que la paternidad en tu país de origen es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

## 6.2.4. Guión entrevistas a padres

### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Nº de hijos/as, edad de los hijos/as, años del padre en el momento del nacimiento / adopción de cada hijo/a:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Estado civil:
- Si es soltero, separado, divorciado o viudo:  
¿Tienes pareja estable?  
¿Vives con él / ella?
- Pertenencia a alguna minoría étnica:

### Concepto de maternidad

134. ¿Qué es para ti una madre?
135. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra "maternidad"?
136. ¿Qué es para ti la maternidad?
137. ¿Crees que existe un instinto maternal?
138. Independientemente del número de hijos/as que tienes, ¿cuántos hijos/as te gustaría tener o te hubiera gustado tener?
139. Si hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienes y los que te gustaría tener o te hubiera gustado tener, ¿por qué crees que existe esta diferencia?
140. ¿Crees que la maternidad es una opción libremente escogida en la vida de las mujeres hoy en día?
141. ¿Qué opinas de las mujeres que deciden no tener hijos/as?
142. ¿Crees que una mujer puede y debería tener derecho a ser madre ella sola, sin un marido o pareja estable a su lado?
143. ¿Crees que las parejas de lesbianas pueden ser madres igual que las madres en una pareja heterosexual?
144. ¿Crees que hoy en día es compatible ser madre y trabajar?
145. Crees que el hecho de ser madre constituye un obstáculo en sus vidas profesionales, en su formación?

- 146. ¿Hay algún otro aspecto de sus vidas que crees que cambia con la maternidad, más allá del trabajo y la educación?
- 147. ¿Crees que madres y padres tienen los mismos derechos y obligaciones en nuestra sociedad?
- 148. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus madres?

### Concepto de paternidad

- 149. ¿Qué es para ti ser padre?
- 150. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra "paternidad"?
- 151. ¿Qué es para ti la paternidad (si crees que es un término diferente a padre)?
- 152. ¿Crees que existe un instinto paternal?
- 153. ¿Siempre tuviste claro que querías ser padre o cuándo descubriste la paternidad?
- 154. ¿Qué opinas de los hombres que deciden no tener hijos/as?
- 155. ¿Crees que un hombre puede y debería tener derecho a adoptar niños/as solo, sin una esposa o mujer a su lado?
- 156. ¿Crees que las parejas gays pueden ser igual de padres que los padres en una pareja heterosexual?
- 157. ¿Crees que es compatible hoy en día ser padre y trabajar?
- 158. ¿Crees que la paternidad es un obstáculo en la vida profesional y en la formación de los hombres?
- 159. ¿Crees que cambia alguna cosa más en la vida de los hombres aparte del trabajo y la formación?
- 160. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus padres?
- 161. ¿Qué diferencias ves en tu paternidad y en la paternidad que vivió tu padre?

### Concepto de maternidad jurídico / político

- 162. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
- 163. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
- 164. ¿Cómo debería ser la actuación del Estado para garantizar un hipotético derecho a ser madre o derecho de las madres?
- 165. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que tú?
- 166. ¿Por qué crees que hay una diferencia entre el número de hijos/as que tienen las mujeres y el número deseado?
- 167. ¿Qué papel tiene y debería tener aquí el Estado, sus leyes o políticas?

### Concepto de paternidad jurídica / política

- 168. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?

169. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
170. ¿De qué leyes o políticas públicas sobre la paternidad te has beneficiado tu personalmente como padre?
171. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que tú?

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

172. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
173. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
174. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto del Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 41.a) Si crees que no, ¿por qué?
- 41.b) Si crees que si, ¿qué aspectos de la maternidad debería tratar?
175. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 42.a) Si crees que no, por qué?
- 42.b) Si crees que si, qué aspectos de la paternidad debería tratar?
176. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?

### **Si pertenece a una minoría étnica:**

177. ¿Crees que la maternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
178. ¿Crees que la paternidad en tu comunidad es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

### **Si es una persona extranjera:**

179. ¿Crees que la maternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.
180. ¿Crees que la paternidad en tu país es diferente a la cultura mayoritaria en esta sociedad? Si es así, porqué.

## 6.2.5. Guión entrevistas a los/las representantes de la Administración Pública

### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Nº de hijos/as, edad de los hijos/as, años de la madre / padre en el momento del parto / adopción de cada hijo/a:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Cargo en la Administración Pública:

### Concepto de maternidad jurídico / político

181. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
182. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
183. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?
184. ¿Has participado en alguna iniciativa / proyecto de política pública sobre maternidad? Si es así, en qué ha consistido?
185. ¿Tiene la Administración donde trabajas algún tipo de competencia sobre maternidad? Si es así, ¿cuáles son las principales responsabilidades y actuaciones en materia de maternidad?.

### Concepto de paternidad jurídica / política

186. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?
187. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
188. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?
189. ¿Has participado en alguna iniciativa / proyecto de política pública sobre paternidad? Si es así, ¿en qué ha consistido?

190. ¿Tiene la Administración donde trabajas algún tipo de competencia sobre paternidad? Si es así, ¿cuáles son las principales responsabilidades y actuaciones en materia de paternidad?.

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

191. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?
192. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
193. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
194. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 38.a) Si crees que no, por qué?
- 38.b) Si crees que sí, qué aspectos de la maternidad debería tratar?
195. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?
- 39.a) Si crees que no, por qué?
- 39.b) Si crees que sí, qué aspectos de la paternidad debería tratar?
196. La Constitución española de 1978, sólo habla de madres y padres, en su artículo 39:

### **CAPÍTULO TERCERO.**

#### **DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA**

##### **Artículo 39.**

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

*3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

#### **¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?**

17. La LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, habla en diferentes artículos de maternidad y paternidad de manera general (aparte de los artículos que protegen la maternidad y la paternidad de manera específica en el ámbito laboral):

*Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”*

*Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.*

*“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”*

*Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.*

*“A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:*

*(...)*

*7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.”*

*Artículo 70. Protección en situación de embarazo.*

*“En el acceso a bienes y servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.”*

**Cuando esta ley habla de maternidad / paternidad, ¿qué intereses generales crees que están detrás?**

18. El Estatut Catalá menciona de manera específica la maternidad en su artículo 41:

**CAPÍTOL V. PRINCIPIS RECTORS**

*Article 41. Perspectiva de Gènere:*

*“1. Els poders públics han de garantir el compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes en l'accés a l'ocupació, la formació, la promoció professional, les condicions de treball, inclosa la retribució, i en totes les altres situacions, i també han de garantir que les dones no siguin discriminades a causa d'embaràs o de maternitat.”*

**¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?**

## 6.2.6. Guión entrevistas a políticos/as

### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Nº de hijos/as, edad de los hijos/as, años de la madre / padre en el momento del parto / adopción de cada hijo/a:
- Profesión:
- Nivel formativo:
- Cargo político:

### Concepto de maternidad jurídico / político

197. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
198. En tu opinión, ¿qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
199. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?
200. ¿Has participado en alguna iniciativa / proyecto legislativo o de política pública sobre maternidad? Si es así, en qué ha consistido?
201. ¿Tu partido político ha incluido algún aspecto sobre la maternidad o las madres en la última agenda electoral?

Si así ha sido, ¿cuál?

Si no ha sido, ¿crees que debería incluirse? ¿sobre qué aspectos?

### Concepto de paternidad jurídica / política

202. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?
203. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
204. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?



205. ¿Has participado en alguna iniciativa / proyecto legislativo o de política pública sobre paternidad? Si es así, en qué ha consistido?
206. ¿Tu partido político ha incluido algún aspecto sobre la paternidad o los padres en la última agenda electoral?

Si así ha sido, ¿cuál?

Si no ha sido, ¿crees que debería incluirse? ¿sobre qué aspectos?

## **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

207. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?
208. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
209. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
210. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

38.a) Si crees que no, por qué?

38.b) Si crees que sí, qué aspectos de la maternidad debería tratar?

211. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

39.a) Si crees que no, por qué?

39.b) Si crees que sí, qué aspectos de la paternidad debería tratar?

212. La Constitución española de 1978, sólo habla de madres y padres, en su artículo 39:

### **CAPÍTULO TERCERO.**

#### **DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA**

##### **Artículo 39.**

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

*3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

### **¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?**

17. La LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, habla en diferentes artículos de maternidad y paternidad de manera

general (aparte de los artículos que protegen la maternidad y la paternidad de manera específica en el ámbito laboral):

*Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”*

*Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.*

*“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”*

*Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.*

*“A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:*

*(...)*

*7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.”*

*Artículo 70. Protección en situación de embarazo.*

*“En el acceso a bienes y servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.”*

**Cuando esta ley habla de maternidad / paternidad, ¿qué intereses generales crees que están detrás?**

18. El Estatut Catalá menciona de manera específica la maternidad en su artículo 41:

*CAPÍTOL V. PRINCIPIS RECTORS*

*Article 41. Perspectiva de Gènere:*

*“1. Els poders públics han de garantir el compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes en l'accés a l'ocupació, la formació, la promoció professional, les condicions de treball, inclosa la retribució, i en totes les altres situacions, i també han de garantir que les dones no siguin discriminades a causa d'embaràs o de maternitat.”*

**¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?**

19. ¿Cómo se llega en nuestro Estado de derecho a la elección de un determinado “interés general”?

20. ¿Qué función tiene el Estado, sus leyes y políticas públicas en la protección de estos intereses generales?

## 6.2.7. Guión entrevistas a académicos/as

### Datos básicos de la persona entrevistada:

- Lugar de nacimiento:
- Lugar de residencia actual:
- Edad:
- Nº de hijos/as, edad de los hijos/as, años de la madre / padre en el momento del parto / adopción de cada hijo/a:
- Profesión:
- Nivel formativo:

### Concepto de maternidad social

213. ¿Qué es para ti una madre?
214. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra “maternidad”?
215. ¿Qué es para ti la maternidad?
216. ¿Crees que existe un instinto maternal?
217. ¿Crees que la maternidad es una opción libremente escogida en la vida de las mujeres hoy en día?
218. ¿Qué opinas de las mujeres que deciden no tener hijos/as?
219. ¿Crees que una mujer puede y debería tener derecho a ser madre ella sola, sin un marido o pareja estable a su lado?
220. ¿Crees que las parejas de lesbianas pueden ser madres igual que las madres en una pareja heterosexual?
221. ¿Crees que hoy en día es compatible ser madre y trabajar?
222. ¿Crees que el hecho de ser madre constituye un obstáculo en sus vidas profesionales, en su formación?
223. ¿Hay algún otro aspecto de sus vidas que crees que cambia con su maternidad, más allá del trabajo y la educación?
224. ¿Crees que madres y padres tienen los mismos derechos y obligaciones en nuestra sociedad?
225. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus madres?

### Concepto de paternidad social

226. ¿Qué es para ti un padre?
227. ¿Qué periodo de la vida crees que se corresponde con la palabra “paternidad”?

- 228. En tu opinión, ¿qué es para ti la paternidad (si crees que es un término diferente a paternidad)
- 229. ¿Crees que existe un instinto paternal?
- 230. ¿Qué opinas de los hombres que deciden no tener hijos/as?
- 231. ¿Crees que un hombre puede y debería tener derecho a adoptar niños/as solo, sin una esposa o mujer a su lado?
- 232. ¿Crees que las parejas gays pueden ser igual de padres que los padres en una pareja heterosexual?
- 233. ¿Crees que es compatible hoy en día ser padre y trabajar?
- 234. ¿Crees que la paternidad es un obstáculo en la vida profesional y en la formación de los hombres?
- 235. ¿Crees que cambia alguna cosa más en la vida de los hombres aparte del trabajo y la formación?
- 236. ¿Hasta qué edad crees que los hijos/as necesitan de sus padres?

### **Concepto de maternidad jurídico / político**

- 237. ¿Crees que existe un derecho a ser madre o un derecho de las madres?. Si es así, ¿en qué consiste?
- 238. ¿Qué es lo que protegen las leyes de protección a la maternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal?
- 239. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por maternidad / madre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?
- 240. ¿Has participado en alguna iniciativa docente o proyecto de investigación sobre maternidad? Si es así, en qué ha consistido?

### **Concepto de paternidad jurídica / política**

- 241. ¿Crees que existe un derecho a ser padre o un derecho de los padres?. Si es así, ¿en qué consiste?
- 242. En tu opinión, ¿qué es lo que regulan o protegen las leyes sobre paternidad vigentes hoy en día en nuestro sistema legal? (por ejemplo el recién creado permiso de paternidad)
- 243. ¿Consideras que las leyes y las políticas públicas entienden por paternidad / padre lo mismo que los/as ciudadanos/as de a pie?
- 244. Has participado en alguna iniciativa docente o proyecto de investigación sobre paternidad? Si es así, en qué ha consistido?

### **Rol del Estado, sus leyes y sus políticas**

- 245. ¿A qué edad consideras que las personas alcanzan la madurez, pueden vivir de manera autónoma y no dependen económica y emocionalmente de sus progenitores?
- 246. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la maternidad?
- 247. ¿Qué leyes o políticas públicas conoces que protejan o regulen algún aspecto de la paternidad?
- 248. ¿Crees que la maternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

36.a) Si crees que no, por qué?

36.b) Si crees que si, qué aspectos de la maternidad debería tratar?

249. ¿Crees que la paternidad debe ser un asunto público, objeto de tutela por el Estado y sobre el que se deben hacer leyes y políticas públicas?

37.a) Si crees que no, por qué?

37.b) Si crees que si, qué aspectos de la paternidad debería tratar?

250. La Constitución española de 1978, sólo habla de madres y padres, en su artículo 39:

### *CAPÍTULO TERCERO.*

#### *DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA*

##### *Artículo 39.*

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

*3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?

42. La LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, habla en diferentes artículos de maternidad y paternidad de manera general (aparte de los artículos que protegen la maternidad y la paternidad de manera específica en el ámbito laboral):

*Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”*

*Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.*

*“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”*

*Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.*

*“A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:*

*(...)*

*7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.”*

*Artículo 70. Protección en situación de embarazo.*

*“En el acceso a bienes y servicios, ningún contratante podrá indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud.”*

Cuando esta ley habla de maternidad / paternidad, ¿qué intereses generales crees que están detrás?

41. El Estatut Catalá menciona de manera específica la maternidad en su artículo 41:

*CAPÍTOL V. PRINCIPIS RECTORS*

*Article 41. Perspectiva de Gènere:*

*“1. Els poders públics han de garantir el compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes en l'accés a l'ocupació, la formació, la promoció professional, les condicions de treball, inclosa la retribució, i en totes les altres situacions, i també han de garantir que les dones no siguin discriminades a causa d'embaràs o de maternitat.”*

¿Qué interés/es general/es crees que se están protegiendo aquí?

### **6.3. ACRÓNIMOS**

- CE: Constitución española 1978
- CEDAW: Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer
- CEE: Comunidad Económica Europea
- CIS: Centro De Investigaciones Sociológicas
- DEA: Diploma de Estudios Avanzados.
- DIU: Dispositivo Intrauterino
- DGPI: Diagnóstico genético preimplantacional
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- FET: Falange Española Tradicionalista y JONS Juntas Ofensivas Nacional Sindicalistas
- FIGO: Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia
- FIV: Fecundación In Vitro
- IMSERSO: Instituto Nacional de Mayores y Servicios Sociales
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- INEM: Instituto Nacional de Empleo
- IRPF: Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas
- IT: Incapacidad temporal
- IVE: Interrupción voluntaria del embarazo
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social
- LOIEMH: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- LOGSE: La Ley Orgánica General del Sistema Educativo, de 3 de octubre de 1990.
- LPL: Ley de Procedimiento Laboral
- LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales
- PIB: Producto Interior Bruto
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- OMS: Organización Mundial de la Salud
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- RSE: Responsabilidad Social Empresarial
- TC: Tribunal Constitucional
- TJCE: Tribunal Europeo de Justicia

- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea



## 7. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Fernando (2006): “Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 25, pag. 21-54.

AGRA, M<sup>a</sup> Xosé (2000): «Multiculturalismo, justicia y género» en Amorós, Celia (ed): *Feminismo y Filosofía*. Síntesis. Madrid, pags. 135-164.

- (2006): “Ciudadanía, feminismo y globalización” en Rubio, Ana “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política” en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, pags. 67-96.

AGUILAR CUENCA, Jose Manuel (2006): *Con mamá y papá*, Córdoba: Almuzara.

AHUMADA Canabes, Marcela (2008): “La clonación humana y el resguardo de los intereses de las mujeres”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 28, pag. 33-57.

ALBERT, Rocío; ESCOT, Lorenzo; FERNANDEZ, José Andrés; POZA, Carlos (2008): “El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España”, *EAWP: Documento de trabajo en análisis económico = Economical Analysis Working Papers*, Vol. 7, nº 13, 2008, pags. 1-25.

AMORÓS, Celia (1992): “Hongos hobbesianos, setas venenosas”, *Mientras Tanto*, 48, pag. 59-67.

- (editora) (2000): *Feminismo y Filosofía*, Madrid: Editorial Síntesis.

- y DE MIGUEL, Ana (eds.) (2005): *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, Madrid: Minerva Editores.

AMORÓS, M<sup>a</sup> Inés; BOSCH, Anna; CARRASCO, Cristina; FERNÁNDEZ, Hortensia; MORENO, Neus (2003): *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Barcelona: Icaria.

AMSTEY, Frederica H. and WHITBOURNE, Susan K. (1988): "Work and motherhood: transition to parenthood and women's employment, *Journal of Genetic Psychology*, 149, pags. 111-118.

AÑÓN, M<sup>a</sup> José; CALVO, Manolo; BERGALLI, Roberto; CASANOVAS, Pompeu (eds.) (1998): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- y RUIZ SANZ, Mario (1998): "Creación del derecho y necesidades sociales" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags. 157-180.

- (1998b): "De las necesidades radicales a las necesidades humanas", *Daimon: Revista de Filosofía*, nº 17, 1998, pag. 53-69.

- y GARCÍA AÑÓN, José (coord.): (2002): *Lecciones de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2002b): "Derechos fundamentales y Estado Constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 40, Valencia, 2002, pags. 25-36.

- (2002c): "Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002.

- y MIRAVET, Pablo (2005): *Derecho, justicia y estado*, Valencia: Tirant lo Blanc.

- y MIRAVET, Pablo (2005b): "Paradojas del familiarismo en el Estado del bienestar: mujeres y renta básica", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 23, núm 2, pags. 101-121.

ALBA RAMÍREZ, Alfonso y ÁLVAREZ LLORENTE, Gema (2004): "Actividad laboral de la mujer en torno al nacimiento de un hijo", *Investigaciones económicas*, vol. XXVIII, 2004, págs. 429-460.

ALBERDI, Inés; ESCARIO, Pilar Escario; MATAS, Natalia (2000): *Les dones joves a Espanya*, Barcelona: Fundació La Caixa.

ALBERDI, Inés y ESCARIO, Pilar (2007): *Los hombres jóvenes y la paternidad*, Bilbao: Fundación BBVA.

ALER GAY, Isabel (2006): *La transformación de la maternidad en la sociedad española 1975-2005. Otra visión sociológica*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Documento de Trabajo S2006/12, Junta de Andalucía.

ALEXY, Robert (2000): “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2000, nº 8, pags. 21-42.

ALKORTA, Itziar (2003): *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra: Aranzadi.

- (2006): ““Women’s Rights in European Fertility Medicine Regulation” en Heather Widdows, Heather; Alkorta Idiakez, Itziar and and Emaldi Cirión, Aitziber (ed.): *Women’s reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan, Pags. 111-123.

- (2006b): “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, Enero-Diciembre 2006, pag. 9-61.

ALMEDA, Elisabeth (2004): *Les Famílies monoparentals a Catalunya: perfils, necessitats i percepcions*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar i Família.

ALVAREZ PELAEZ, Raquel (1990): “La mujer española y el control de la natalidad en los comienzos del siglo XX”, *Asclepio*, Vol. XLII, nº2 (1990), pag. 175-200.

ARENAL, Concepción (1895): *La mujer del porvenir; la mujer de su casa*, Madrid: Suarez.

- (1898): *La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad*, Madrid: Suarez;.

- (1974): *La emancipación de la mujer en España*, Madrid: Biblioteca Júcar. Arenal, Concepción

ARENDDT, Hanna (1993): *La condición humana*, Barcelona: Paidós.

ATIENZA, Manuel (2001): *El sentido del derecho*, Barcelona: Ariel.

AZAOLA, Elena (1996): *El delito de ser mujer*, Plaza y Valdés, México.

BACCHI, Carol Lee (1990): *Same difference: feminism and sexual difference*, Australia: Allen & Unwin.

BADINTER, Elisabeth (1980): *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*, Paris: Flammarion.

BALAGUER, M<sup>a</sup> Luisa (2005): *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Madrid: Cátedra.

BALBO, Laura (1987): *Time to care. Politiche del tempo e diritti quotidiani*, Milan: Franco Angeli.

BALKIN, Jack.M. (1994): "Being Just with Deconstruction", *Social and Legal Studies* 3, 393-404.

BARON-COHEN, Simon (2005): *La gran diferencia: cómo son realmente los cerebros de hombres y mujeres*, Barcelona: Amat.

BARRÈRE UNZUETA, M<sup>a</sup> Angeles (2001): "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positive versus igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 60, pags. 145-166.

- (2002): "Igualdad y "discriminación positiva": un esbozo de análisis teórico-conceptual" en García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela: *Género y Derechos Humanos*, Zaragoza: Mira Editores, pags. 15-34.

BARTLETT, Katharine and KENNEDY, Rosanne (1991): *Feminist legal theory: readings in law and gender*, Boulder: Westview Press.

BEAUVOIR, Simone (1949, ed. 2001a Vol. I, 2001b Vol. II): *El segundo sexo*, Madrid: Cátedra.

BELTRÁN DE HEREDIA, Ignacio (2008:) "La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 1, 2008 , pags. 305-328.

BENERIA, Lourdes and STIMPSON, Catharine (1987): *Women, households, and the economy*, New Brunswick: Rutgers University Press.

BENHABIB, Seyla and CORNELL, Drucilla (ed) (1987): *Feminism as critique: on politics of gender*, Miineapolis: University of Minnesota Press.

BENHABIB, Seyla (1992): *Situating the self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Cambridge: Polity Press.

BIRKE, Lynda; HIMMELWEIT, Susan; VINES, Gail (1990): *El niño de mañana*, Barcelona: Pomares.

BIRKE, Lynda (1986): *Women, feminism and Biology*, Brighton: Harvester Press

BIRULÉS, Fina (comp) (1992): *Filosofía y género. Identidades femeninas*, Pamplona: Editorial Pamiela.

BOBBIO, Norberto (1980): *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres.

- (1991): *El tiempo de los derechos*, Madrid: Ed. Sistemas.

BOCK, Gisela y THANE, Pat (ed.) (1991): *Maternidad y políticas de género*, Ediciones Cátedra, Madrid.

BODELÓN, Encarna (1988): *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodologías para el estudio de género*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona.

- (1998a) y PICONTO, Teresa (coords.): *Transformaciones del Estado y del derecho contemporáneo. Nuevas perspectivas de la investigación socio-jurídica*, Madrid: Dyckinson.

- (1998b): "Género y Derecho" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags. 637-654.

- (1999): *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del derecho*, Tesis doctoral, UAB.

- (2006): "Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder" en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, pags. 193-222.

- y GIMENEZ, Pilar (2007): *Construint les drets de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Barcelona: Diputació de Barcelona.

- (2009): "Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de lo jurídico", en Nicolás, Gemma; Bodelón, Encarna (comps): *Gènere y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Antropos, pags. 95-116.

- (2010): "Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía" en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna: *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 9-27.

BOLAÑOS, Ignacio (2003): "Mediación familiar en contextos jurídicos" en Poyatos, Ana (coord.): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Nau Llibres, pag. 175-212.

- (2005): "Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial: del juzgado a la mediación", *Trabajo Social hoy*, número extra, 1, 2005, pag. 105-124.

BORDERÍAS, Cristina (1993): *Entre Líneas. Trabajo e identidad femenina en la España Contemporánea. CTNE, 1924-1980*, Barcelona: Icaria.

- (eds) (2009): *La Historia de las mujeres: perspectivas actuales*, Barcelona: Icaria.

BORRÀS, Vicent; TORNS, Teresa; MORENO, Sara (2007): “Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo”, *Papers* 83, pag. 83-96.

BOSCH, Anna, CARRASCO, Cristina y GRAU, Elena (2006): “La Ley de Dependencia y el mito del *Homo Economicus*”, *Revista de Economía Crítica*, nº 5, Valladolid, marzo 2006, pags. 105-107.

BRIZENDINE, Louann (2007): *El cerebro femenino*, Barcelona: RBA.

BRULLET, Cristina y ROCA, CLARA (2008): “Tener y cuidar hijos. Estrategias, tiempos, redes sociales y políticas de apoyo a la crianza” en Brullet, Cristina y Gómez-Granell, Carme: *Malestares: infancia, adolescencia y familias*, Barcelona: GRAÓ y CIIMU, pags. 21-86.

BRULLET, Cristina (coord.) (2009): *Temps i cura. La coresponsabilitat social de la cura a la vida quotidiana*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Acció Social i Ciutadania.

BUBECK, Dietmut Elisabet (1995): *Care, Gender and Justice*, Oxford: Clarendon Press.

BUSTELO, María y LOMBARDO, Emanuela (2007): *Políticas de igualdad en España y en Europa*, Madrid: Cátedra.

BUTLER, Judith (1990): *Gender Trouble. Feminism and the Subversión of Identity*, London: Routledge.

- (2004): *Deshacer el género*, Barcelona: Paidós.

CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Sonsoles (1985): “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”, *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, VI-1985, Edit. Univ. Complutense, pags. 147-162.

CAIRÓS, Dulce M<sup>a</sup> (2008): “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”, *Relaciones Laborales* 2008/II, pags. 667-682.

CAMBRÓN, Ascensión (ed.) (2001): *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid: Trotta.

CAMPOAMOR, Clara (2006): *El Voto femenino y yo: mi pecado mortal*, Madrid: Horas y horas.

CALVO GARCÍA, Manolo (1998): "Paradojas regulativas" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags. 99-130.

CAPMANY, M<sup>a</sup>Aurelia (1971): *La dona a Catalunya: consciència i situació*, Barcelona: Edicions 62

CARDÚS, Salvador (2009): "Domesticar el temps" en BRULLET, Cristina (coord.) (2009): *Temps i cura. La coresponsabilitat social de la cura a la vida quotidiana*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Acció Social i Ciutadania, pags. 37-48.

CARRASCO, Cristina (1991): *El trabajo doméstico y la reproducción social*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.

CARRASCO, Cristina; ALEMANY, Carme (1994): *Las Mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*, Barcelona: Icaria.

CARRASCO, Cristina et al. (1997): *Mujeres, trabajos y políticas sociales: una aproximación al caso español*, Serie Estudios, nº 51, Instituto de la Mujer, Madrid.

CARRASCO, Cristina y RODRIGUEZ, Arantxa (2000): "Women, Families and Work in Spain: Structural Changes and New Demands", *Feminist Economics*, 6 (1), págs. 45-57.

CARRASCO, Cristina (ed.) (2001): *Tiempos, trabajos y géneros*, Barcelona: Universitat de Barcelona.

CARRASCO, Cristina; ALABART, Ann; COCO, Andrés; DOMINGUEZ, Marius; MARTINEZ, Angels; MAYORDOMO, Maribel; RECIO, Albert; SERRANO, Mònica



(2003): *Tiempos, trabajos y flexibilidad: una cuestión de género*, Madrid: Instituto de la Mujer.

CARRASCO, Cristina; MAYORDOMO, Maribel; DOMINGUEZ, Marius; ALABART, Ann (2004): *Trabajo con mirada de mujer. Propuesta de una encuesta de población activa no androcéntrica*, Madrid: Consejo Económico y Social.

CARRASQUER, Pilar; TORNS, Teresa; TEJERO, Elisabet, ROMERO, Alfonso (1998): "El trabajo reproductivo", *Papers* 55, pag. 95-114.

CARVER, Terrell (1998): "A political theory of gender" en Randall, Vicky and Waylen, Georgina (edited): *Gender, Politics and the State*, London and New York: Routledge, pp. 18-28.

CASTRO, Carmen y PAZOS, María (2008): "Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", *Papeles de Trabajo*, nº 26/07, Instituto de Estudios Fiscales, pags. 1-55.

CHACARTEGUI, Consuelo (2006): "Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo", *Relaciones laborales* 19/2006, pags. 1201-1223.

CHODOROW, Nancy (1979): *The Reproduction of mothering: psychoanalysis and the sociology of gender*, Berkeley: University of California Press.

COBO BEDIA, Rosa (1995): *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*, Madrid: Cátedra.

CONTRERAS PELAEZ, Francisco J. (1994): *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid: Tecnos.

COLECTIVO DE MUJERES DE BOSTON (1982): *Nuestros cuerpos, nuestras vidas*, Barcelona: Icaria.

COLLIER, Richard and SHELDIN, Sally (2008): *Fragmenting fatherhood: a socio-legal study*, Oxford: Hart.

COOPER, Peter, MURRAY, Lynne (1993): "Postnatal depression", *British Journal of Psychiatry*, 1993;163: 27-31.

COREA, Gena (1985): *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York: Harper and Row.

CORNELL, Drucilla (2001): *En el corazón de la libertad: feminismo, sexo e igualdad*, Madrid: Cátedra.

COWAN, Carolyne P. and COWAN, Philip A. (2000): *When partners become parents. The big life change for couples*, New York: Basic Books

CRESSON, Geneviève y ROMITO, Patrizia (1993): "Ces mères qui ne font rien. La dévalorisation du travail des femmes", *Nouvelle Questions Feministes*, Vol. 14, nº 3, pags. 33-62.

DAHLERUP, Drude (ed.) (1986): *The New women's movement: feminism and political power in Europe and the USA*, London: Sage.

DALY, Mary (2000): *The gender division of welfare: the impact of the British and German welfare states*, Cambridge: Cambridge University Press.

DAVIS, Angela (1983): *Women, Race and Class*, New York: Vintage Books.

- "Racism, Birth control and reproductive Rights" en Ehrenreich, Nancy (ed.) (2008): *The reproductive Rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York: New York University Press, pags. 86-93.

DE ASÍS ROIG, Rafael (2007): "Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 5, enero 2007, pags. 3-21.

DE LA CONCHA, Angeles y OSBORNE, Raquel (coords) (2004): *Las mujeres y los niños primero. Discursos de la maternidad*, Barcelona: Icaria Editorial.

DE LA PUEBLA, Ana (2007): "Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la

igualdad efectiva de mujeres y hombres en García-Perrote, Ignacio y Mercader, Jesus R. (coord.): *La ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, pags. 159-186.

DE LORA, Pablo (2004): "El derecho a la protección de la salud" en Betegón Carrillo, Jerónimo; Laporta, Francisco; Prieto Sanchís, Luis; De Páramos, Juan Ramón (coords.): *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, pags. 875-910.

- (2006): "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, pag. 45-64.

- (2006b): *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Madrid: Alianza Editorial.

- y GASCÓN, Marina (2008): *Bioética. Principios, Desafíos y Debates*, Madrid: Alianza Editorial.

DE LUCAS, Javier (coord..) (1997): *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DELPHY, Christine (1982): *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos*, Madrid: LaSal.

- (2003): "Par où attaquer le " partage inégal " du " travail ménager "?", *Nouvelle Questions Feminist - A contresens de l'égalité?*, Volume 22, nº3, pags. 47-71.

DESCARTES, René (1988): *Discurso del método*, Madrid: Tecnos.

DIAZ, Elias (1988): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus.

- (1992): *Sociología y Filosofía del derecho*, Madrid: Taurus.

DICKENSON, Donna L. (2006): "Gender and the Ethics Committees. Where is the "Different Voice"?", *Bioethics*, Vol. 20, No3, June 2006, pags.115-124.

DIEZ-PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Civitas.

DUBIN, Kenneth A. (2007): “¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres para las estrategias empresariales” en García-Perrote, Ignacio y Mercader Uguina, Jesus R. (coord.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, pags. 45-69.

DUNCAN, Simon (2002): “Policy Discourses on Reconciling Work and Life in the EU”, *Social Policy and Society* 1(4): 305-14.

DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

- (1994): *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*, Barcelona: Ariel.

DURÁN, M<sup>a</sup> Angeles (1993): *Necesidades sociales y nivel de satisfacción en la década de los noventa*, Madrid: Fundación Pablo Iglesias.

- (1999): *Los costes invisibles de la enfermedad*, Fundación BBV, Madrid.

- (2010): *Tiempo de vida y tiempo de trabajo*, Bilbao: Fundación BBVA.

DURKHEIM, Emile (1974): *Las reglas del método sociológico*, Madrid: Morata.

EHRENREICH, Barbara; ENGLISH, Deirdre (1988): *Brujas, comadronas y enfermeras. Historia de las sanadoras*, Barcelona: Ediciones la Sal.

- (2008): “The sexual politics of sickness” en Ehrenreich, Nancy (ed.) (2008): *The reproductive Rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York: New York University Press, pags. 24-31.

EHREINREICH, Nancy (ed.) (2008): *The reproductive Rights reader. Law, medicine and the construction of motherhood*, New York: New York University Press.

ESCOBEDO, Anna (2002): "Las licencias parentales y la atención infantil de los menores de 3 años como ejemplo de las nuevas tendencias de política social europea" en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques I Socials, pags. 133-172.

ESCRIBÀ, Vicenta; MÁZ, Rosa, ROMITO, Patrizia; SAUREL-CUBIZOLLES, Marie Joseph (1999): "Psychological distress of new Spanish mothers", *European Journal of Public Health*, vol. 9, 1999, no. 4, pags. 294-299.

ESPING-ANDERSEN, Gosta (1990): *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, New Jersey: Princeton University Press.

- (1999): *Social Foundations of Postindustrial Economies*, New York: Oxford University Press.

- (2006): "Col·locar el bou davant del carro: el camí cap a un model social per a l'Europa de la meitat del segle", *Nota de economia* 85, 2nd quadrimestre 2006, pag. 9-32.

ESPUNY, M<sup>a</sup> Jesús (2006a): "Los antecedentes históricos al permiso de lactancia", *IUSLabor* 2/2006.

- (2006b): "Aproximación histórica al principio de igualdad de género: propósitos y realidades en la II República española (I)", *IUSLabor* 3/2006.

- (2007): "La protección a la maternidad: cien años de la ley de 8 de enero de 1907", *IUSLabor* 2/2007.

- (2007b): "Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)", *IUSLabor* 1/2007.

- (2007c): "Aproximación histórica al principio de igualdad de género (III): las Reglamentaciones de Trabajo, observatorios de la desigualdad", *IUSLabor* 2/2007.

- (2008): "Legislación històrica i gènere" en Bodelón, Encarna y Giménez, Pilar: *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d'intervenció de les polítiques de gènere*, Barcelona: Diputació de Barcelona, pags. 15-31.

- (2008b): "Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas", *IUSLabor*, 1/2008.

- (dir.) (2010): *La Integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario*, Barcelona: JMB, Bosch Editor.

FACIO, Alda (1995): *Cuando el Género suena, cambios trae*, Caracas: Gaia, centro de las Mujeres, Mediateca de las Mujeres ULA:

- (1999): "Feminismo, Género y Patriarcado" en Facio, Alda; Fries, Lorena: *Género y Derecho*, Santiago de Chile: Lom Ediciones, pags. 9-60.

- (2001): *Declaración Universal de Derechos Humanos: Texto y comentarios*, San José: UNIFEM.

FALCÓN, Lidia (1974): *Mujer y sociedad*, Barcelona: Fontanella.

- (1982): *La Razón Feminista II: La Reproducción Humana*, Barcelona: Fontanella.

FARIÑAS, M<sup>a</sup> José (1998): "Marco teórico de la Sociología" y "Sociología de los derechos humanos" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags 367-386 y pags. 687-701.

- (2006): *Los derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*, Madrid: Dyckinson.

FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan Antonio y TOBÍO SOLER, Constanza (2006): *Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales*, Documento de trabajo 79/2005, Madrid: Fundación Alternativas.

FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier (2004): "El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores", *Relaciones laborales*, 2004/I, pags. 335-360

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón: teoría del galantismo penal*, Madrid: Trotta.

- (1999): *Derechos y garantías*, Madrid: Trotta.

- (2001): *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

FERRARI, Vincenzo (1989): *Funciones del derecho*, Madrid: Debate.

FINEMAN, Martha Albertson (1995): *The neutered mother, the sexual family and other twentieth Century tragedies*, London: Routledge.

- and KARPIN, Isabel (edited) (1995): *Mothers in Law. Feminist Theory and the Legal regulation of Motherhood*, New York: Columbia University Press.

FIRESTONE, Shulamith (1970): *The dialectics of sex: the case for Feminism revolution*, New York: Bantan books.

FLAQUER, Lluís (1998): *El destino de la familia*, Barcelona: Ariel.

- (1999): *La Estrella menguante del padre*, Barcelona: Ariel.

- (ed.) (2002): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.

FLAQUER, Lluís y ALMEDA, Elisabet; NAVARRO, Lara (2006): *Monoparentalitat i infància*, Barcelona: Fundació la Caixa.

FLAX, Jane (1995): *Psicoanálisis y feminismo. Pensamientos fragmentarios*, Valencia: Cátedra.

FOLGUERA, Pilar (comp.) (1988): *El feminismo en España: dos siglos de historia*, Madrid: Fundación Pablo Iglesias.

FOUCAULT, Michel (1977): *Historia de la sexualidad, 1er volumen: la voluntad del saber*, Siglo XXI Editores, México.

- (1987): *Nacimiento de la clínica*, México: siglo XXI.

FRASER, Nancy (1996): *Justice Interruptus*, New York: Routledge.

FRIEDAN, Betty (1984): *The Feminine Mystique*, New York: Dell.

FROMM, Erich; HORKHEIMER, Max; PARSONS, Talcott et al. (1972): *La Familia*, Barcelona: Península.

GALA, Carolina (2005a): "Cálculo de la prestación por desempleo y reducción de jornada por cuidado de familiares: paso hacia atrás en el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar (M<sup>a</sup> Teresa v. INEM). Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2004", *IUSLabor* 2/2005.

- (2005b): "De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares: ¿Es inconstitucional el art. 211.1 de la LGSS?. Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 19 de octubre de 2005 (núms.. 9258 y 6453/04), *IUSLabor*, 4/2005.

- (2006): "El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural", *IUSLabor* 2/2006.

- (2007): "El seguro obligatorio de maternidad" en Ysàs Solanes, María (coord.): *Segona República i Món Jurídic*, Barcelona: Càlamo, pags. 89-110.

- (2007b): "Los aspectos de seguridad Social de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *IUSLabor* 2/2007.

- (2007c): "Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad", *IUSLabor* 1/2007.

- (2010): "Nuevos contenidos de las Leyes de Igualdad: la responsabilidad social empresarial como nuevo instrumento de intervención" en Heim, Daniela; Bodelón,



Encarna (coord.): *Derecho, Género e Igualdad: cambios en las estructuras androcéntricas*, Barcelona: Antígona, págs. 127-140.

GALPEN, Emily (2006) "Beyond Embryo Politics: Women's Health and Dignity in Stem Cell Research", in National Women's Health Network, May/June 2006, pp. 1-4. Disponible en: [http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern\\_WHA\\_0506.pdf](http://www.geneticsandsociety.org/downloads/Galpern_WHA_0506.pdf)

GARCÍA CALVO, Manuel (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid: Technos.

- (1998): "Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista" en Añón, M.J.; Bergalli, R.; Calvo, M.; Casanovas, P. (coord.): *Derecho y Sociedad*, Valencia:Tirant Lo Blanch, págs. 99-130.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (1980): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Cívitas.

GARCÍA INDA, Andrés y SUSÍN BETRÁN, Raúl (1998): "Políticas sociales y derecho" en Añón, M.J.; Bergalli, R.; Calvo, M.; Casanovas, P. (coord.): *Derecho y Sociedad*, Valencia:Tirant Lo Blanch, págs. 131-180.

- y LOMBARDO, Emanuela (coord.) (2002): *Género y derechos Humanos*, Zaragoza: Mira Editores.

GARCÍA-PERROTE, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesus R. (coord.) (2007): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid: Lex Nova.

GIMENEZ MERINO, Antonio (2007): "El género en la teoría política y en la teoría jurídica: del ciudadano a la persona", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15/2007.

GIL RUIZ, Juana María (2004): "El debate intelectual de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill en los ensayos sobre la igualdad sexual" en Escamilla Castillo, Manuel (coord.): *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada: Universidad de Granada, págs. 65-97.

- (2006): "Nuevos modelos para la conciliación de la vida laboral y familiar. La necesidad de un cambio institucional" en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, pags. 223-272.

- (2008): *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid: Dyckinson.

GILLIGAN, Carole (1982): *In a Different Voice*, London: Harvard University Press

GÍSLASON, Ingólfur V. (2007): *Parental Leave in Iceland. Bringing the Fathers in. Developments in the Wake of New Legislation in 2000*, Jafnréttisstofa, Akureyri.

GOIRIENA LEUKE, Agurtzane (2005): "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas*, número 16, enero-junio 2005, pags. 52-57.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> José; JURADO, Teresa; NALDINI, Manuela (2000) "Introduction: Interpreting the Transformation of Gender Inequalities in Southern Europe" en *Gender inequalities in Southern Europe. Woman, Work and Welfare in the 1990s*, London: Frank Cass, pags. 4-34.

GONZALEZ GARCÍA, Guillermo (2007): "La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907", *IUSLabor 2/2007*.

GONZALEZ MORENO, Juana María (2009): "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 12/7/84. Asunto Hofman", *Aequalitas*, Número 25, julio-diciembre 2009, pags. 14-19.

GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, Elías (2009): "Conceptos y presunciones en el Tribunal de Justicia Comunitaria: acoso, embarazo, y política de selección de trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 19 (2009).

GONZALEZ ORTEGA, Santiago (2004): "La protección de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, nº 2/2004, pag. 113-166.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Maria Mar; JIMENEZ LAGARES, Irena; MORGADO CAMACHO, Beatriz M<sup>a</sup>; DÍEZ LÓPEZ, Marta (2008): *Madres Solas Por Elección. Análisis de la Monoparentalidad Emergente*. Sevilla: Instituto de la Mujer.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Maria Mar; JIMENEZ LAGARES, Irena; MORGADO CAMACHO, Beatriz M<sup>a</sup> (2007): *Maternidad y Paternidad. Reflexiones desde el Feminismo*. Oviedo: Consejería de la Presidencia, Instituto Asturiano de la Mujer.

GOUGES, Olympe de (2005): *Escritos políticos*, Valencia: Institució Alfons el Magnànim.

GRAUNMANN, Sigrid (2000): "Preimplantation genetic diagnosis-the bridge between human genetics and reproductive medicine", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13/2000, pags. 211-230.

GUERRINA, Roberta (2005): *Mothering the Union*, London: Manchester University Press.

GUILLÉN, Ana M. (2002): "Protección social, género y ciudadanía: el Estado de bienestar español en el marco de la Unión Europea" en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas Familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques I Socials, pags. 57-86.

GURVITCH, Georges (1945): *Sociología Jurídica*, Argentina: Ed. Rosario.

GUTIERREZ-DOMENECH, Maria (2007): *El Temps amb els fills i l'activitat laboral dels pares*, Barcelona: La Caixa. Serveis d'Estudis.

HABERMAS, Jürgen (1989): *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid: Tecnos.

- (1985): *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Península.

HAKER, Hille "Reproductive Rights in the Twenty-First Century" en Widdows, Heather; Alkorta Idiákez, Itziar and Emaldi Cirión, Aitziber: *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan, pags. 167-187.

HAKIM, Catherine (1996): *Key Issues in Women's Work*, London: Athlone.

HARAWAY, Donna J. (1991): *Simians, cyborgs and women. The reinvention of nature*, Routledge, London.

- (1996): "Modest witness: feminist diffractions in science studies" en P. Galison y D.J. Tump (eds.): *The disunities of science*, Stanford University Press, Stanford, California, pags. 428-441.

HARDING, Sandra (1991): *Whose Science, Whose Knowledge?*, Buckingham: Open University Press.

- (1996): "Rethinking standpoint epistemology: What is "Strong Objectivity"?" en Fox Keller, Evelyn and Longino, Helen E. (eds.): *Feminism and science*, New York: Oxford University Press, pags. 235-248.

HAYS, Sharon (1998): *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Barcelona: Paidós.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1966): *Fenomenología del espíritu*, México [D.F.]; Madrid; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

HELLER, Agnes (1996): *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Barcelona: Paidós.

HELLSTEN, Sirkku K. (2006): "Beyond Europe: Rethoric of Reproductive Rights in Global Population Policies" en Widdows, Heather; Alkorta Idiakez, Itziar and Emaldi Cirión, Aitziber: *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan, pags. 199-213.

HERNANDO, Ana (2006): "Una crítica feminista a la Ley de Dependencia", *Viento Sur*, número 88/septiembre 2006.

HIDALGO, M<sup>a</sup> Victoria (1998): "Transición a la maternidad y la paternidad" en Rodrigo, M<sup>a</sup> José y Palacios, Jesús (coords): *Familia y desarrollo humano*, Madrid: Alianza, pags. 161-180

HOBBS, Thomas (1993): *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid: Technos.

HOLTMAAT, Rikki (1992): *To care for a right? The analysis of the political legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J Tjeenk Willink.

- (2010): “De igual tratamiento a igual derecho” en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna: *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 209-228.

HOOK, Jennifer L. (2006): “Care in Cintext: Men’s Unpaid Work in 20 countries, 1965-2003, *American Sociological Review*, 71 (August): 639-660.

HUME, David (1982): *De la moral y otros escritos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

IGAREDA, Noelia (2009): “La maternidad de las mujeres presas”, en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (coord.): *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Anthropos, pags. 159-194.

- (2009b): “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 18, 2009 , pags. 140-152

- (2010): “El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad” en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna (coord): *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 229-246.

- (2010b): “Quinze anys sota la perspectiva de gènere”, en Espuny Tomás, María Jesús; Paz Torres, Olga (coords.): *Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)*, Madrid: Dyckinson, pags. 291-301.

INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO) (2009): *Perfil Del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas de la LISMI*, Colección Documentos, Serie de Documentos Estadísticos, nº 22020, Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social.

INSTITUTO DE LA MUJER (2005): *Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas*, Madrid: Instituto de la Mujer.

IZQUIERDO, M<sup>a</sup> Jesús (1998): *El Malestar en la desigualdad*, Madrid: Cátedra.

- (2004): *Congreso Internacional sobre "Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado"*, Vitoria: Emakunde.

JAGGAR, Alison M. (1983): *Feminist Politics and Human Nature*, New Jersey: Rowman and Allanheld.

JIMÉNEZ COMAIREDA, Ismael (2003): "La protección de la familia en la reforma del IRPF para 2003", *Aequalitas*, número 12, Enero-Junio 2003, págs. 29-34.

JONAS, Hans (1995): *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder.

JÓNASDÓTTIR, Anna G (1993): *El poder del amor. ¿le importa el sexo a la Democracia?*, Madrid: Ediciones Cátedra.

KANT, Immanuel (1975): *Crítica de la razón práctica*, Madrid: Espasa-Calpé.

KENNY, Catherine (2006): "Abortion – a reproductive rights" en Widdows, Heather; Alkorta Idiakez, Itziar and Emaldi Cirión, Aitziber: *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan, págs. 17-32.

KELLER, Evelyn Fox and LONGINO, Helen E. (eds.) (1996): *Feminism and science*, New York: Oxford University Press.

KOHLBERG, Lawrence (1992): *Psicología del desarrollo moral*, Bilbao: Desclée de Brouwer.

KINGDOM, Elisabeth (1991): *What's Wrong With Rights?*, Edinburg: Edinburg University Press

KNIBIEHLER, Yvonne (1997): "Padres, patriarcado, paternidad" en Tubert, Silvia: *Figuras de padre*, Madrid: Cátedra, págs. 15-44.

- (2001): *Historia de las madres y de la maternidad en Occidente*, Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

KOLONTAI, Alexandra (1937, ed. 1972): *La mujer nueva y la moral sexual y otros escritos*, Madrid: Ayuso.

KRISTEVA, Julia (1987): *In the beginning was love: psychoanalysis and faith*, New York: Columbia University Press.

- (2000): *El Genio femenino: la vida, la locura, las palabras*, Barcelona: Paidós; Kristeva, Julia

KYMLICKA, Will (1996): *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona: Paidós.

HOLTMAAT, Rikki (2010): "De igual tratamiento a igual derecho" en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna: *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 209-228.

LA BARBERA, Maria Caterina (2007): "Una reflexión crítica a través del pensamiento de Susan Okin sobre género y justicia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 16/2007.

LACADENA, Juan Ramón (2006): *La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas*, Bilbao: Revista de Derecho y Genoma Humano, Núm. 24, pag. 157-184

LAGARDE, Marcela (1993): *Los cautiverios de las mujeres: madresesposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México.

LAPORTA, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid: Trotta.

LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho*, Madrid: Trotta.

LEVIT, Nancy and VERNICK, Robert (2006): *Feminist legal theory: a primer*, New York: New York University Press.

LEWIS, Jane (1992): "Gender and the development of welfare regimen", *Journal of European Social Policies*, 2(3), pag. 159-73.

- (edited) (1998): *Gender, Social Care and Welfare State Restructuring in Europe*, England: Ashgate.

LOCKE, John (1987): *Ensayo sobre el entendimiento humano: compendio*, Madrid: Aguilar cop.

LOMBARDO, Emanuela (2004): *La europeización de la política española de igualdad de género*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LONGINO, Helen (1990): *Science as social knowledge*, Princeton: Princeton University Press.

LOPERA CASTILLEJO, M<sup>a</sup> José (2009): "La dimensión constitucional del derecho a la reducción de jornada por razones familiares como tutela de la igualdad", *Aequalitas*, Número 25, julio-diciembre 2009, pags. 40-45.

LÓPEZ , Andréu; GIL , German; MORENO, Almudena; COMAS, Domingo; FUNES, M<sup>a</sup> Jesus y PARELLA, Sonia (2008): *Informe Juventud en España 2008*.

LOPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup> del Carmen (2000): "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica", *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Número 18, 2000, págs. 117-130.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco (1987): *Acciones de filiación*, Madrid: Edilex.

LLOYD, Elisabet (1996): "Pre-theoretical assumptions in evolutionary explanations of female sexuality" en Fox Keller, Evelyn and Longino, Helen E. (eds.): *Feminism and science*, New York: Oxford University Press, pags. 91-102.

LOMBROSO, Cesare. y FERRERO, Guglielmo. (1895): *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino: Fratelli Bocca.

LONGINO, Helen E. and DOELL, Ruth (1996): "Body, Bias, and Behaviour: a comparative analysis of reasoning in two areas of biological science" en Fox Keller,



Evelyn and Longino, Helen E. (eds): *Feminism and science*, New York: Oxford University Press, pags. 73-90.

LOZANO ESTIVALIZ, Maria (2004): *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga: Universidad de Málaga.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2006): "El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto", *Aequalitas*, número 19, julio-diciembre 2006, pags. 28-33.

LUCAS VERDÚ, Pablo (1975): *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia: Real Colegio de España.

LUHMAN, Niklas (1983): *Fin y racionalidad de los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, Madrid: Editorial Nacional.

MACKINNON, Catherine (1987): *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, Boston, Harvard University Press

- (1989): *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Cátedra.

MACINTYRE, Alasdair (1994): *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias.

MARAÑÓN, Gregorio (1927): *Amor, conveniencias y eugenesia*, Madrid: Historia Nueva.

- (1969): *Ensayos sobre la vida sexual: sexo, trabajo y deporte, maternidad y feminismo, educación sexual y deferenciación sexual, amor conveniencia y eugenesia*, Madrid: Espasa-Calpe.

MARÍ-KLOSE, Pau; GÓMEZ-GRANELL, Carme; BRULLET, Cristina; ESCAPA, Sandra (2008): *Temps de les famílies: anàlisi sociològica dels usos dels temps dins les llars catalanes a partir de les dades del Panel de Famílies i Infància*, Barcelona: Generalitat de Catalunya.

MARRADES PUIG, Ana I. (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia, Valencia.

MARSHALL, Jill (2006): "Feminist jurisprudence: Keeping the subject alive", *Feminist Legal Studies* (2006) 14, pag. 27-51

MARSHALL, T.H. and BOTTOMORE, Tom (1992): *Citizenship and social class*, London: Pluto Press.

MARSICO, Gaia (2003): *Bioética: voces de mujeres*, Madrid: Narcea.

MARTINEZ DE PISÓN, José (2001): *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Technos.

- (2006): "El derecho a la salud: un derecho social esencial", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 2006, nº 14, pag. 129-150.

MEAD, Margaret (1935 (ed. 1984): *Sexe i temperament en tres societats primitives*, Barcelona: Edicions 62.

MENENDEZ, Susana e HIDALGO, M<sup>a</sup> Victoria (2003): "La evaluación de varones y mujeres de sus papeles como cónyuges y como padres y madres: análisis de las relaciones entre ambos roles", *Anuario de Psicología*, 2003, vol. 34, nº 1, pag.s 81-99.

MERCADER, Jesus R. (2002): "Algunas reflexiones sobre el modelo social de la Constitución española, 25 años después", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 40, Valencia, pags. 9-20.

- (2004): "Concepto y concepciones de la dependencia", *Relaciones Laborales* nº2/2004, pags. 167-196.

MEIL, Gerardo (1997): "La participación masculina en el cuidado de los hijos en la nueva familia urbana española", *Papers*, 53, 1997, pags. 77-99.

- (2002): "Los desafíos al sistema de protección social derivados de la postmodernización de la familia" en Flaquer, Lluís (ed.): *Políticas familiares en la Unión Europea*, Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, pags. 27-56.

MEIER, Petra; PETERSON, Elin; TERTINEGG, Karin; ZENTAI, Violetta (2007): "The Pregnant Worker and Caring Mother: Framing Family Policies across Europe" en Verloo, Mieke (edited): *Multiple meanings of Gender Equality*, Budapest: Central European University, pags. 109-140.

MESTRE I MESTRE, Ruth (2002): "Trabajadoras migrantes y negociación de la igualdad en lo doméstico", *Cuadernos de Geografía*, Nº 72, 2002, pags. 191-206

MIES, Maria (1999): "Towards a methodology for feministic research", en Fryman, A. y Burgess, R. : *Qualitative Research*, Sage Publication, London, pags. 117-139.

MINOW, Martha (1990): *Making All the Difference*, Cornell University Press, London.

MILLET, Kate (1989): *Sexual politics*, Londron: Virago.

MITCHELL, Juliet (1982): *Psicoanálisis y feminismo*, Barcelona: Anagrama, 1982.

MONTOYA MELGAR, Alfredo (1992): *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid: Civitas.

MONTSENY, Federica (1977): *Cent dies de la vida d'una dona*, Barcelona: Galba.

- (1991): *La indomable*, Madrid: Editorial Castalia.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío (2004): *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid: Consejo Económico y Social.

MOLINA, Cristina (2004): "Madre inmaculada, virgen dolorosa. Modelos e imágenes de la madre en la tradición católica" en De la Concha, Angeles y Osborne, Raquel (coords): *Las mujeres y los niños primero. Discursos de la maternidad*, Icaria Editorial, Barcelona, pags. 43-68.

MORENO, Sara (2010): "¿Es la conciliación un concepto exitoso y un objetivo político fracasado?" en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna: Género: *Derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 279-288.

MORGADO BERNAL, Ignacio (coord.) (2005): *Psicobiología: de los genes a la cognición y el comportamiento*, Barcelona: Ariel.

- (2006): *Emocions i intel·ligència social: una aliança entre els sentiments i la raó*, Barcelona: Mina.

MUÑOZ, Juan. *Análisis cualitativo de datos textuales con ATLAS.TI 5*. Universitat Autònoma de Barcelona, noviembre 2005. Licencia Creative Commons. Disponible en <http://psicologiasocial.uab.es/juan/> (consultado el 15/09/2008).

MURARO, Luisa (1994): *El orden simbólico de la madre*, Madrid: Horas y Horas.

MURILLO, Soledad (1996): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Madrid: Siglo XXI.

NAROTZKY, Susana (1997): "El marido, el hermano y la mujer de la madre: algunas figuras del padre" en Tubert, Silvia: *Figuras de padre*, Madrid: Cátedra, pags. 189-218.

NASH, Mary (1983): *Mujer, familia y trabajo en España: 1875-1936*, Barcelona: Anthropos.

- (1999): *Rojas. Las mujeres republicanas en la Guerra Civil*, Madrid: Taurus.

- (2000): "Maternidad, maternología y reforma eugénica en España, 1900-1939" en Duby, Georges y Perot, Michelle: *Historia de las mujeres*, Madrid: Ed. Taurus, pags. 627-646.

- (2004): *Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos*, Madrid: Alianza Editorial.

- (2007): *Dones en transició: de la resistència política a la legitimitat feminista: les dones en la Barcelona de la transició*, Barcelona: L'Ajuntament.

NEBOT-CEGARRA, Josep (2007): "Embriología del aparato urogenital" en. Gratacós E, Gomez R, Nicolaidis K, Romero R, Cabero L, Eds. *Medicina Fetal*, Madrid: Editorial Médica Panamericana, Pag. 419-426.

NELKEN, Margarita (1926): *Maternología y Puericultura*, Valencia. Editorial Generación Consciente.

NICOLÁS, Gemma (2009): "Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista" en Nicolás, Gemma; Bodelón, Encarna (comps): *Gènere y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona: Antropos, pags. 25-62.

NINO, Carlos Santiago (1984): *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Paidós.

NUSSBAM, Martha and SEN, Amartya (1993): *The Quality of life*, Oxford: Clarendon Press.

- (2002): *Las Mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Barcelona: Herder.

O'HARA, Michael W., SWAIN, Annette M. (1996): "Rates and risk of postpartum depression a meta-analysis", *International Review Psychiatry* 1996; 8: 37-54.

OKIN, Susan (1989): *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Great Britain.

- (1992): *Women in western political thought*, Princeton: Princeton University Press.

OLSEN, Frances E. (1985): "The myth of State Intervention in the Family", 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 835.

- (edited) (1995): *Feminist legal theory*, Aldershot, England: Dartmouth

OROZCO PÉREZ, Amaia (2006): "Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico", *Revista de Economía Crítica*, nº 5, Valladolid, marzo 2006, pags. 7-37.

ORTEGA Y GASSET (1981): *Estudios sobre el amor*, Madrid: Alianza Editorial.

OSBORNE, Raquel (1993): *La Construcción sexual de la realidad: un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, Madrid: Cátedra.

PALACIOS LIS, Irene (2003): *Mujeres ignorantes: madres culpables. Adoctrinamiento y divulgación materno-infantil en la primera mitad del siglo XX*, Valencia: Universitat de Valencia.

PARELLA, Sonia (2000): "Las políticas familiares" en Adelantado, José (coord.): *Cambios en el Estado del bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Barcelona: Icaria, pags. 415-442.

PARSONS, Talcott (1982): *El sistema social*, Madrid: Alianza Editorial.

PATEMAN, Carole (1995): *El contrato sexual*, Barcelona: Anthropos.

PAZ TORRES, Olga (2009): "La mujer nueva de Alexandra Kollontay: aproximación a través de su biógrafa, Isabel Oyarzábal Smith (1878-1974)", en Suarez, Carmen (ed.): *Maternidades. (De)construcciones feministas*, Oviedo: KRK Ediciones, pags. 91-108.

- (2010): "¿Del parto individual a la socialización de la maternidad? Análisis de la legislación histórica androcéntrica frente a los nuevos modelos jurídicos igualitarios" en Heim, Daniela y Bodelón, Encarna: *Género, Derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona: Grupo Antígona, pags. 289-302.

PECES-BARBA, Gregorio. (1995): *Curso de derechos Fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE.

- (2004): *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004

PEREZ DEL RIO, Teresa (2005): "El acervo comunitario en materia de igualdad de trato; la adecuación del ordenamiento jurídico interno", *Aequalitas*, Número 16, Enero-Junio 2005, pags. 38-47.

- (2010): "La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres" en [http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/boletin/numero9/boletin\\_acrl\\_9-ley\\_organica3-2007.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/boletin/numero9/boletin_acrl_9-ley_organica3-2007.pdf) (consultada 20 Mayo 2010).

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2002): "Ciudadanía y definiciones", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, Pag. 177-211.

- (2006): "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 2006, nº 14, pag. 151-178.

PENNINGS, Guido (2001): "Postmenopausal Women and the Right of Access to Oocyte Donation", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 18, No. 2, pags. 171-181.

PENNINHS, G., DE WERT, G., SHENFIELD, F., Shenfield, COHEN, B., TARLATZIS, B., and DEVROEY, P. (2008): "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care", *Human Reproduction* Vol.23, No.10 pp. 2182–2184.

- (2009): "The green grass on the other side: looking at cross-border reproductive care", *Facts, Views and Vision in Obstetrics and Gynaecology*, 2009, 1 (1): 1-6.

PICONTÓ, Teresa (1998): "Sociología jurídica de la familia" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags. 655-686.

- (2007): "Responsabilidad, protección y derechos de los menores" en Campoy, Ignacio (coord.): *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid: Dyckinson, pags. 37-80

PISARELLO, Gerardo (2007): *Los Derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid: Trotta.

PITCH, Tamar (2003): *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.

POSTNER, Richard (1989): "The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, pp. 21-31).

PRIETO SANCHIS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.

PRINGE, Rosemary and WATSON, Sophie (1992): "Women's interests and the post structuralist state" in Barret, M. and Philips, A. (eds): *Desestabilizing Theory: Contemporary Feminist Debates*, Cambridge: Polity Press, pags. 53-73.

PUFFENDORF, Samuel (1991): *On the duty of man and citizen according to natural law*, Cambridge: Cambridge University Press.

PUIGPELAT, Francesca (1997): "La selección de sexo: aspectos jurídicos y valoración crítica", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 6, pag. 93-110.

- (2001): "Feminismo y maternidad por sustitución", *Revista Zona Franca*, Septiembre 2001, Universidad Nacional de Rosario, pág. 121-128.

- (2004): "Feminismo y técnicas de reproducción asistida", *Aldaba: Revista del centro asociado a la UNED en Melilla*, nº 32, pag. 63-80.

- (2005): "Libertad y seguridad en un nuevo contrato social", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 22, 2005, págs. 83-112.

- (2008): "Legislador, diccionario, embriones" en VVAA: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, 2008, Madrid: Dyckinson, págs. 1017-1036.

PUYOL, Rafael (2003): "Nupcialidad, fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas", *Aequalitas*, Número 12, Enero-Junio 2003, pags. 35-45.

QUIVY, Raymond, VAN CAMPENHOUNDT, Luc (1992): *Manual de investigación en ciencias sociales*, Mexico, D.F.: Limusa Noriega.

RANDALL, Vicky and WAYLEN, Georgina (edited) (1998): *Gender, Politics and the State*, London and New York: Routledge.

RAVENTÓS, Daniel (1999): *El derecho a la existencia: la propuesta del subsidio universal garantizado*, Barcelona: Ariel.

RAWLS, John (1979): *Teoría de la justicia*, México: Fondo de cultura económica.

- (1993): *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.



- (1999): *The Law of peoples. The idea of public reason revised*, Cambridge: Harvard University Press.

RICH, Adrienne (1976): *Of woman born*, London: Virago.

RIDDALL, J.G. (2000): *Teoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa.

ROBERTSON, John A., (1994): *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey: Princeton University Press.

RODRIGUEZ, Hildegart (1977): *El problema sexual tratado por una mujer española*, Madrid: Ediciones Morata.

RODRIGUEZ CABRERO, Gregorio (2007): "La protección social de la dependencia en España. Un modelo sui generis de desarrollo de los derechos sociales", *Política y Sociedad*, 2007, Vol. 44 Núm. 2: 69-85.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (2008): "La configuración constitucional de la Seguridad Social", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2008, pág. 55-68.

RODRIGUEZ-TOUBES, Joaquín (2000): "Derechos humanos y bien común", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2000, pags. 459-478.

ROMEO CASABONA, Carlos M<sup>a</sup> (ed.) (1999): *La eugenesia hoy*, Bilbao: Comares.

ROMITO, Patrizia (1990): *La naissance du premier enfant. Étude psycho-sociale de l'expérience de la maternité et de la dépression post-partum*, Suisse: Delachaux et Niestlé.

- (1990b): *Lavoro e Salute in gravidanza. Come la società si prende cura delle donne incinte*, Milano: Franco Angeli.

- (1992): *La depressione dopo il parto. Nascita de un figlio a disagio delle madri*, Bologna: Il Mulino.

- (1993): "The practice of protective legislation for pregnant workers in Italy", *Women's Studies International Forum*, Vol. 16, No. 6, pag.s 581-590.

- (1997): "Studying work, motherhood and women well-being. A few notes on to construction of knowledge", *Journal of reproductive and infant psychology*, nº 15, págs. 209-220.

- and SAUREL-CUBIZOLLES, Marie-Josèphe and LELONG, Natalie (1999): "What makes new mothers unhappy: psychological distress one year after birth in Italy and France", *Social science and medicine*, 49 (12), págs. 1651-1661.

- (2007): *Un silencio ensordecedor. La violencia ocultada contra mujeres y niños*, Madrid: Montesinos Ensayos.

ROSSEAU, Jean Jacques (1998): *El Emilio, o de la educación, libro I*, Alianza Editorial, Madrid.

RUBIO, Ana (1991): "La paz: aportaciones del discurso feminista", *Jueces para la democracia*, nº 13, 1991, págs. 27-34.

- (1995): "Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año nº 2, nº 4, 1995, págs. 259-286.

- (coord.) (2003): *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres: guía de argumentación para operadores jurídicos*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

- "Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política" en Rubio, Ana; Herrera, Joan (coord.) (2006a): *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, págs. 23-66.

- (2006b): *Las políticas de igualdad: de la igualdad formal al mainstreaming* en [http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/celia\\_pereira/igualdade.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/celia_pereira/igualdade.pdf).

- (2008): "Los costes sociales de la desigualdad y de la individualización en la familia", *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 32, 2008, págs. 77-96.

- (2009): "Los chicos héroes y las chicas malas", *Revista de Estudios de Juventud*, nº 86, 2009, págs. 49-63.

RUDDICK, Sara (1989): *Maternal thinking: towards a politics of peace*, Boston: Women's Press.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990): *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.

SAMPEDRO, Rosario, GÓMEZ, M<sup>a</sup> Victoria, MONTERO, Mercedes (2002): "Maternidad tardía: Incidencia, perfiles y discursos", *Empiria, Revista de Metodologías de Ciencias Sociales*, nº 5, 2002, págs. 11-36.

SAINSBURY, Dianne (1996): *Gender, Equality and Welfare States*, Cambridge: Cambridge University Press.

SANGER, Carol (1995): "Mother from Child: perspectivas on Separation and Abandonement" en Fineman, Martha Albertson and Karpin, Isabel: *Mothers in Law. Feminist Theory and the Legal regulation of Motherhood*, New York: Columbia University Press, págs. 27-42.

SARTRE, Jean Paul (1982): *El Ser y la nada. La crítica de la razón dialéctica*, Madrid: Aguilar.

SCALON, Geraldine M. (1986): *La Polémica feminista en la España contemporánea (1868-1974)*, Madrid: Akal.

SEIP, Anne-Lise e IBSEN, Hilde (1991) "Prestaciones familiares, ¿qué política? El camino hacia el subsidio familiar en Noruega" en *Maternidades y políticas de género*, de Gisela Bock y Pat Thane (eds.): *Maternidades y políticas de género*, Ediciones Cátedra, Madrid, págs. 81-114.

SEN, Amartya Kumar (2000): *Desarrollo y libertad*, Barcelona: Planeta.

SEVILLA MERINO, Julia (2004): *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia: Institut Universitari d'Estudis de la dona.

SHALEV, Carmel (1989): *Birth power. The case of surrogacy*, United Kingdom: Yale University Press.

SMART, Carol (1989): *Feminism and the power of law*, London: Routledge.

- (1995): *Law, Crime and Sexuality*, London: Sage.

SCHIEBINGER, Londa (1996) "Why Mammals are called Mammals: Gender Politics in the Eighteen – Century Natural History" en Fox Keller, Evelyn and Longino, Helen E. (eds): *Feminism and science*, New York: Oxford University Press, **pags. XXX**.

- (2004): *¿Tiene sexo la mente?*, Madrid: Ediciones Cátedra

SINGER, Peter (1984): *Ética práctica*, Barcelona: Ariel.

SOLÉ, Carlota Solé y PARELLA, Sonia (2004): "Nuevas" expresiones de la maternidad. Las madres con carreras profesionales "exitosas", *RES*, nº 4, pags.67-92

SOLÉ, Judith i YSÁS, Maria (2009) "Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo", Comunicación al congreso "La feminización del Derecho privado. Una propuesta para el siglo XXI". Sevilla.

STANG DAHL, Tove (1987): *El Derecho de la Mujer*, Vindicación Feminista Publicaciones, Madrid.

STOLCKE, Verena (2009): "A propósito del sexo", *Política y Sociedad*, 2009, Vol. 46 Núm 1 y 2: 43-55.

STRATIGAKI, Maria (2004): "The Cooptation of Gender Concepts in EU policies: the case of "Reconciliation of Work and Family", *Social Politics* 11 (1): 30-56.

STUART MILL, John y TAYLOR MILL, Harriet (1832): *Ensayos sobre la igualdad*, Madrid: Cátedra.

TABOADA, Leonor (1986): *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fertilización in Vitro*, Barcelona: Icaria.

TAVERA, Susanna (2005): *Federica Montseny. La indomable*, Madrid: Ediciones Temas de hoy.

TESTART, Jacques (1986): *El embrión transparente*, Barcelona: Granica.

TEUBNER, Gunter (1986): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter.

TOHARIA, Juan José (1998): "Opinión pública y derecho en España: una breve nota personal con balance recapitulativo incluido" en Añón, M<sup>a</sup> José; Calvo, Manolo; Bergalli, Roberto; Casanovas, Pompeu (eds.): *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pags. 215-218.

TONG, Rosemarie (1997): *Feminist approaches to bioethics: theoretical reflections and practical applications*, Boulder: Westview.

TREVES, Renato (1988): *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona: Ariel.

TRISTÁN, Flora (1977): *Unión Obrera*, Barcelona: Fontamara.

TRONTO, Joan C. (1993): *Moral boundaries. A political argument for an ethics of care*, New York: Routledge.

TOBÍO, Constanza (2005): *Madres que trabajan. Dilemas y estrategias*, Valencia. Universidad de Valencia.

TORNS, Teresa (2001): "El tiempo de trabajo de las mujeres: entre la invisibilidad y la necesidad" en Carrasco, C. (dir.): *Tiempos, trabajos y género*, Barcelona: Universitat de Barcelona, pags. 133-147.

- (2005): "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, núm. 1, pag. 15-33.

- (2008): "El trabajo y el cuidado: cuestiones teórico-metodológicas desde la perspectiva de género", *Empiria: Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 15, enero-junio 2008, pags. 55-73.

TORNS, Teresa y MORENO, Sara (2008): "La conciliación de las jóvenes trabajadoras: nuevos discursos, viejos problemas", *Revista de estudios de juventud*, nº 83, diciembre 2008, pags. 101-117.

TUBERT, Silvia (1991): *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Madrid: Siglo XXI.

- (1996): *Figuras de madre*, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid.

- (1997) *Figuras de padre*, Madrid: Cátedra.

TURÉGANO, Isabel (2001): "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 24, pags. 319-348.

VALCÁRCEL, Amelia (1994): *Sexo y filosofía. Sobre mujer y poder*, Madrid: Antropos.

VALDÉS, Fernando (2008): "La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno *ius gentium*", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2008, pags. 55-68.

VALDIMARSDÓTTIR, Fríða Rós (2006): "Nordic experiences with parental leave and its impacto on equality between women and men", *Tema Nord* 2006:531, Nordic Council of Ministers, Copenhagen.

VALLÉS, Miguel S. (1997) *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Ed. Síntesis.

- (2002): *Entrevistas cualitativas*, Madrid: CIS.

VALLS, Carme (1994): *Mujeres y hombres: salud y diferencias*, Barcelona: Folio.

- (2009): *Mujeres, salud y poder*, Madrid: Cátedra.

VERLOO, Mieke (2007): *Multiple meanings of gender equality. A critical frame analysis of gender policies in Europe*, Budapest: Central European Press.

- VERLOO, Mieke and LOMBARDO, Emanuela (2007): "Contested gender equality and policy variety in Europe: Introducing a Critical Frame Analysis Approach" en Verloo, Mieke (edited): *Multiple meanings of gender equality. A critical frame analysis of gender policies in Europe*, Budapest: Central European Press, pages. 21-49.

VOGUEL, Ursula (1998): "Gender, feminism and the state: an overview" en Randall, Vicky and Waylen, Georgina (edited) (1998): *Gender, Politics and the State*, London and New York: Routledge, pages. 1-17.

WALBY, Sylvia (1990): *Theorizing patriarchy*, Oxford: Blackwell.

WEBER, Max (1984): *La acción social: ensayos metodológicos*, Barcelona: Península.

WIDDOWS, Heather (2006) "Impact of the New Reproductive Technologies" en Widdows, Heather; Alkorta Idiakez, Itziar and Emaldi Cirión, Aitziber: *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan, pages. 151-166.

WIDDOWS, Heather; ALKORTA IDIAKEZ, Itziar and EMALDI CIRIÓN, Aitziber (2006): *Women's reproductive rights*, London: Palgrave Macmillan

WILLIAMS, Fiona (2004): *Rethinking families*, ESRC CAVA Research Group, London: Calouste Gulbenkian Foundation.

WOLLSTONECRAFT, Mary (2005): *Vindicación de los derechos de la mujer*, Madrid: Istmo.

YOUNG, Iris Marion (1990): *Justice and the politics of difference*, New Jersey: Princeton University Press.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (1998): *Paternidad y filiación*, Madrid: La Ley-Actualidad.





## **8. FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIA**

### **DERECHO INTERNACIONAL**

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989)
- ICDP Programme for Action (1994)
- Plataforma de Acción de Pekín (1995)
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005)

### **DERECHO COMUNITARIO**

- Carta Europea de Derechos fundamentales, 2000
- Directiva europea 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.
- Directiva europea sobre trabajadoras embarazadas (92/86/EEC)
- Directiva europea 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental
- Directiva 2006/17/EC de 8 de febrero de 2006 que desarrolla la Directiva 2004/23/EC del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos requisitos técnicos para la donación, obtención y pruebas con tejidos y células humanas.

### **DERECHO ESTATAL**

- Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños. Reglamento de aplicación de 13 de noviembre de 1900.
- Real Decreto de 21 de marzo de 1929 sobre el seguro social obligatorio de maternidad. Reglamento de 21 de enero 1930.
- Constitución de la II República de 1931.
- Fuero del Trabajo aprobado por Decreto de 9 de marzo de 1938.
- Orden de 27 de diciembre de 1938 sobre obreras en paro.
- Ley de 18 de julio de 1938, sobre el Subsidio Familiar Obligatorio
- Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo

- Ley de Contrato del Trabajo de 1944
- Ley 56/1961 de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de las mujeres. Decreto 258/1962 de 1 de febrero y Decreto 2310/1970 de 20 de agosto.
- Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
- Constitución española, de 1978
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la ley 30/1981, de 7 de julio de reforma del Código Civil en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales
- Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos
- La Ley Orgánica General del Sistema Educativo (LOGSE), de 3 de octubre de 1990.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
- Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de Junio.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
- Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
- Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- Ley 14 / 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.
- Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.
- Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación Biomédica
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

## **LEYES AUTONÓMICAS**

- Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León
- Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. Comunidad Autónoma Valenciana.
- Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres
- Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi)
- Ley 12/2006, de 20 setembre, per a la Dona. Comunidad Autónoma Balear.
- Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliación de la vida personal, familiar laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya
- Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.
- Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.
- Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.
- Ley 6/2009, de 30 de junio, de protección a la maternidad. Comunidad Autónoma de Valencia
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, Comunidad Autónoma de Aragón.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Constitucional**

- Sentencia 109/1993, de 25 de marzo de 1993. Recurso de inconstitucionalidad 1348/1999.
- Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida.
- Sentencia 20/2001, de 29 de enero de 2001. Recurso de amparo 2064/98.
- Sentencia 16/2004, de 4 de octubre de 2004. Recurso de amparo 4295-2001.
- Sentencia 214/2006, de 3 de julio de 2006. Recurso de amparo 5499-2003
- Sentencia 182/2005, de 4 de julio de 2005. Recurso de amparo 244-2002.
- Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre de 2006. Recurso de amparo 3205-2003
- Sentencia 342/2006, de 11 de diciembre 2006. Recurso de amparo 812-2004
- Sentencia 3/2007, de 15 de enero de 2007. Recurso de amparo 6715-2003
- Sentencia 17/2007, de 12 de febrero de 2007. Recurso de amparo 2192-2003
- Sentencia 62/2007, de 27 de marzo de 2007. Recurso de amparo 1623-2002
- Sentencia 74/2008 de 23 de junio de 2008. Recurso de amparo 4975/2006

### **Tribunal Supremo**

- Sentencia 4779/2003, de 10 de mayo 2007
- Recurso de casación para la unificación de doctrina 2520/2006, de 24 de julio de 2007 y 3493/2008, de 12 de marzo 2008. Sala de lo Social.
- Recurso de casación 9768/2003, de 16 de octubre de 2007
- Sentencia RJ/2008/3493, de 12 marzo 2008. Sala de lo Social.
- Sentencia rec. 350/2005, 30 mayo 2008. Sala de lo Contencioso-Administrativo
- Sentencia rec. 4936/2004, de 4 noviembre 2008. Sala de lo Contencioso-Administrativo

## 9. SUMMARY AND CONCLUSIONS OF THE THESIS

### 9.1. OBJECTIVE OF THE RESEARCH

This research analyses the socio-legal concept of maternity and paternity contained in the Spanish legal system in the context of social protection. The main aim of the research is to analyse the interviewees' concept of maternity and paternity and to compare it with the Spanish legal system's concept of maternity and paternity in the context of social protection. Similarly, an important component of the thesis is the analysis of what citizens expect from the state as regards maternity and paternity and what the state's role is as regards the main legal texts studied in this thesis, in the frame of a social state based on the rule of law.

In other words, this research aims to identify what the function of the laws on maternity and paternity are in the context of social protection in the Spanish legal system, the function<sup>714</sup> being the final objective which a society assigns its laws in order to achieve or to impose certain values which society deems fair and to ensure cohesion and a determined social order.

When the objectives of this thesis were identified, the initial intention was to study the socio-legal concept of maternity in society and in the Spanish system. But as the investigation proceeded, it was obvious that the analysis on maternity had to be complemented with the study of the socio-legal concept of paternity<sup>715</sup>. This was due to several reasons:

---

<sup>714</sup> The study of the functions of law must be seen in the frame of the functionalist tradition initiated by Emile Durkheim (1974), and which follows on in authors such as Max Weber (1984), Talcott Parsons (1982) and Niklas Luhman (1983), who perceive society as a functional system where law fulfils the functions of maintaining this coherence and ensuring the permanence of the original system.

<sup>715</sup> The study of paternity has been included in the legal and sociological analysis of this thesis, although it has lesser presence. The reasons for paying less attention to it are the scarcity of legal and sociological references to paternity in the Spanish laws in the field of legislation on social protection and of techniques of assisted reproduction compared to that of maternity. It is also rare to come across links being made between paternity and care both from a legal point of view and from a sociological point of view.

a) On the one hand, because due to the most recent social changes, maternity and paternity are seen equal as vital experiences and one speaks of “fathers”, of “father-and-children” relations and of “progenitors”.

b) Because laws, especially those that concern family civil law, tend to speak of fathers’ and progenitors’ rights and obligations, instead of “pater familias”, of a “good father” or a “family man”. This seems to show the impact of social change in law.

c) On the other hand, the recognition of the equality of men and women in law has implied changes in the labour market. Employment legislation has recently attempted to protect motherhood from becoming an obstacle to the so-called gender equality in the workplace. The objective of these labour laws has led to paternity leave, and to the creation and promotion of legal figures which foster the father’s role in taking on responsibility for caring for a child.

Laws have also evolved because it has been verified that over-protection of motherhood goes against a woman’s own interests. When a society considers that motherhood and its consequences are an exclusively female issue, it becomes the main enemy for the equality of women in the public domain.

For this reason, legal figures for the protection of fatherhood and the promotion of co-responsibility have recently been introduced. The reinforcement of the father figure is an attempt to modify the social assumption that the birth of a child and his/her care is a task to be carried out exclusively for women.

Thus, the specific aims of this research are:

1. To identify the elements which make up the concept of maternity and paternity for the people interviewed: mothers and fathers as well as childless men and women of a fertile age.
2. To analyse the concept of maternity and paternity used in the main legal texts in force in Spain in the context of social protection as well as the main aspects of its legal interpretation. In other words, this analysis aims to identify what is the

final desired aim of the drawing up and enforcement of these laws: what are the interests<sup>716</sup>, the rights<sup>717</sup> and the legal assets<sup>718</sup> which are protected or covered.

3. To identify the role of the state on maternity and paternity within the model of social state based on the rule of law: from the citizens' point of view via qualitative interviews of a sample of men, women, mothers, fathers, political representatives, representatives of public administration and scholars, and from analysing the main legal texts in force in the Spanish legal system on social protection.

And, in particular, the study of the legal and political foundation underlying the range of maternity and paternity laws of this social state based on the rule of law which, beyond fulfilling its functions of protecting citizens' rights, has the social purpose of protection.

---

<sup>716</sup> By interests, here we mean the general interests established by social demand, the ones that one considers that the state must, through its laws, protect and/or promote because most of society desires it so, shares this view and demands it (for example, the public coverage of a public health system as health constitutes a general interest in our society). In the second chapter, on the role of the state in relation to maternity and paternity, the role of general interests in the organisation of a social state based on the rule of law will be dealt with in depth.

<sup>717</sup> By rights, here we mean the subjective rights which citizens have as a consequence of legally protected rights in our legal system.

<sup>718</sup> The concept of legal assets is normally used in criminal law to refer to those assets which society deems significant and valuable and that a certain action contrary to law is harmful. Harming these assets (which society deems important) is considered serious to the extent that an attack to it constitutes a crime and receives the toughest legal punishment allowed by our legal system, which is criminal punishment. Criminal legislation will not be studied in this research but the term legal assets will be used to analyse the existence (or non existence) of any essential value for society which makes necessary the provision of laws on maternity and paternity.

## **9. 2. HYPOTHESIS OF THE RESEARCH**

This research stems from the general hypothesis that the concepts of parenthood, maternity and paternity which operate nowadays (and which citizens demand) are concepts which cover widely all the tasks needed to ensure the integral and careful development of a new being in our society: going beyond the simple consideration of maternity as the period of pregnancy, birth and breastfeeding.

From this more general hypothesis, sub hypotheses which have been dealt with throughout this research are the following:

a) The possibility that within maternity and paternity regulations there is an underlying essentially biological and natural concept of motherhood, which explains the characteristics of the maternal function, considering it inherent to the female condition. Law, like many other social institutions, supports a firm belief of the existence of the maternal instinct as a natural and unconditional inclination of a woman to want children and once she has become a mother, to devote herself selflessly to caring for the child, above all other desires and wishes.

b) Work/life balance implies a private problem of women in the case of working mothers. The problem is derived from the assumption that looking after children, the elderly, and dependants is the exclusive responsibility of women. Although it is a private problem, employers try to help women anyway so that their productivity is not limited and public policies aim to help women to perform formally in the workplace and informally in private. In this way, women will continue taking on the responsibilities of care and remain in the labour market.

c) The state would have a variable role on human reproduction: when it is a question of motherhood and its consequences: it is considered by the state that these aspects belong to people's private lives therefore neither the state nor its laws should intervene. But when dealing with human reproduction, it is considered that the state must intervene as fundamental rights and legal assets which deserve state protection are at stake: this is the case of the legislation on techniques of assisted reproduction and on abortion. The legal protection of the "possibility of life" and women's autonomy on decisions concerning such possibility differ depending on which issue about human



reproduction is being dealt with: motherhood, abortion or assisted reproduction techniques.

d) In the analysis of the treatment by law and by the state of maternity and paternity in the context of social protection, feminist criticism and particularly feminist jurisprudence shows an example of the exclusion of women in the development of the social state based on the rule of law.

### **9. 3. METHODOLOGY**

The socio-legal concept of maternity/paternity features in many aspects of the law and public policies, including issues concerning maternity and paternity in family civil law, laws regarding assisted reproduction techniques, regulations on abortion in the field of bioethics, sexual and reproductive rights, gender equality policies, etc. However, the object of this research has been limited to the concepts of maternity and paternity as directly connected with the social and legal fields of social protection, and to the new techniques for assisted reproduction.

The social field has been selected because it is in this domain of law where the highest number of issues about maternity and paternity arise. These are examples of the exception to the non-state interference principle in questions regarding human reproduction and where the law presumably acts by virtue of the objectives pursued within the frame of a social state based on the rule of law.

The subject of assisted reproduction techniques has been selected because this is an innovative field which has changed, completely at times, the biological assumptions on which maternity and paternity laws were based. Another reason for this choice is that the questions related to assisted reproduction techniques, from a bioethics standpoint, have received a great deal of attention from the philosophy of law point of view. This is very different from the little interest attracted by reflections on traditional maternity and paternity issues.

With these criteria in mind, the following was carried out: the selection of legal texts to be analysed, the scrutiny of the related jurisprudence, and the design of the in-depth interviews to mothers, fathers, men, women, and representatives of public administrations, politicians and scholars.

The method to be employed in this research will be a combination of the methods used in law, particularly feminist law and sociology of law.

**Legal methodology** will combine the analysis of legal texts in force in the Spanish legal system, the analysis of the doctrine and the analysis of the most relevant jurisprudence about the selected legal texts. For the qualitative analysis of the legal

texts, the first step was to identify what the key legal texts are in order to understand the concepts of maternity and paternity used by the state in the Spanish legal system.

At Spanish national level, the selected legal texts were the following:

- *Constitución española de 1978* (Spanish Constitution)
- *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (Royal Decree law 1/1995 of 24 March approving the amended text of the Employees Act)
- *Ley 39/1999 de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* (Act 39/1999 of 5 November to Promote Work/Life Balance of People in Work)
- *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres* (General Act of Parliament 3/2007 of 22 March for the Effective Equality between Women and Men)
- *Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 20 de Junio* (National Health Service Act, Royal Decree 1/1995 of 20 June)
- *Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a las familias numerosas* (Act 40/2003 of 18 November for the Protection of Large Families)
- *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (Act 39/2006 of 14 December for Encouraging Personal Independence and Care for People in Situation of Dependency)
- *Ley 14 / 2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (Act 14/2006 of 26 May on Assisted Reproduction Techniques)
- *Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación Biomédica* (Act 14/2007 of 3 July on Biomedical Research)

In the field of the Spanish regional governments (*Comunidades Autónomas* or *Autonomías*), the texts selected were the following:

- *Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades y hombres en Castilla y León* (Act 1/2003 of 3 March of Equal Opportunities for Women and Men, Castilla-León)

- *Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. Comunidad Autónoma Valenciana* (Act 9/2003 of 2 April for Equality between Women and Men, Valencia)
- *Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres* (Act 7/2004 of 16 July for Equality between Women and Men, Galicia)
- *Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi)* (Act 4/2005 of 18 February for the Equality between Women and Men, Basque Country)
- *Ley 12/2006, de 20 setembre, per a la Dona. Comunidad Autónoma Balear* (Women's Act 12/2006, of 20 September, Balearics)
- *Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia* (Act 2/2007 of 28 March of Equal Employment for Women, Galicia)
- *Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.* (Act 7/2007 of 4 April for Equality between Women and Men and Protection against Gender Violence, Murcia)
- *Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía* (Act 12/2007 of 26 November for the Fostering of Gender Equality, Andalusia)
- *Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad. Comunidad Autónoma Valenciana* (Act 6/2009 of 30 June for Protection of Maternity, Valencia)

The following judicial decisions were analysed:

- Related rulings of the Constitutional Court, between 1993-2009
- Related rulings of the Supreme Court, between 2002-2009

Through the analysis of the legal discourse, the concepts of maternity and paternity contained in the above legal texts and rulings will be examined. The objective of this legal analysis is to consider the social effectiveness of the selected maternity and paternity laws, where social effectiveness means the extent of the achievement of the social functions intended by law.

The **sociological methodology** to be used in this thesis needs to be explained within the field of sociology of law. An important part of the research carried out deals with the

objectives of this scientific discipline, which aims to study the issue of law in society, the functions and objectives which the law aims to provide in a given society and, in turn, the social problems in law, that is, the social conducts complying or non complying with the existing laws and regulations (Treves, 1988; Díaz, 1992).

This social effectiveness can be analysed only after identifying the functions that each act and regulation aimed to have and its social impact. In other words, what is the use of such act or regulation, for whom is it useful, and which function does or should it fulfil for the whole of society (Bobbio, 1980; Atienza, 2004). For the purpose of this thesis, the analysis of these social functions of law within the existing social state of law is of special importance, where law has functions of social guidance as well as social distribution (Bobbio, 1980, Ferrari, 1989).

Sociology of law combines the sociological and empirical study of law by using empirical research techniques characteristic of sociology, without forsaking the classical legal categories and institutions (Añón, Calvo, Bergalli and Casanovas, 1998).

Furthermore, in the field of the sociology of law, gender plays a key role in that as a methodological instrument, it can show how the law structures and reproduces gender relations (Bodelón and Picontó, 1998<sup>a</sup>; Bodelón, 1998<sup>b</sup>)<sup>719</sup>.

This thesis will analyse the function of maternity and paternity laws within the Spanish legal system, functions of law which constitute a field of interest (albeit not the only one) for sociology of law<sup>720</sup> (Bobbio, 1980).

---

<sup>719</sup> The gender category is a relatively recent concept in the field of sociology of law and has been imported from anthropology to other social disciplines, such as law. Its inclusion in this research has consequences, as stated by Bodelón (1998b:648, *my translation*):

The sociological analysis of law implies the analysis of the processes which have contributed to create gender identities in law.

<sup>720</sup> Within the different evolutions of sociology of law, this research identifies methodologically with the postulates of Max Weber (1984) when defending a qualitative and historical sociological method as opposed to the preceding positivism, and when he promoted a science of sociology which tries to understand and not simply describe the social reality. As Fariñas states (1998:377, *my translation*):

The “understanding” Weber method is always understood with the formulation of interpretative hypotheses and realisation of causal verifications.

This research uses the sociology methodology partially in order to know what the internal legal culture actually is of maternity and paternity legislation. Internal legal culture means the prevailing state of opinion in society about part of the legal system, namely, in this case, laws protecting maternity and paternity<sup>721</sup> (Toharia, 1998).

Obviously, when sociological methodology has been used in this research, one cannot forget that, as stated by Durkheim (1974), the observation of reality inherent in all sociological research is carried out from pre-established conditions and therefore relativism is an implicit characteristic of all scientific research<sup>722</sup>.

This research also analyses what Gurvitch (1945) called “normative facts”, i.e. a type of social law reflecting the vision of legal pluralism, which surpasses the legal monopoly of the state and controls the formal legal production. Nevertheless, these normative facts still retain their legal force which originate in social communities and reflect their values, aims and objectives. In the case of maternity and paternity regulations analysed in this thesis, some normative facts originating in Western European society will also be examined in depth.

The preferred methodological option of legal and conceptual analysis obtained throughout the different interviews carried out for this research, also aims to study the language used by social subjects, as the expression of social agreement or consensus. Habermas (1986, 1989) described the task of the social researcher as the reconstruction of the social reality that one aims to study through analysing communicative action, the dialogue with subjects of society who, through language, will show the symbolic and normative worlds in which they live<sup>723</sup>. As Habermas states (1986:41, *my translation*):

All branches of science which allow the objectification of meaning as part of its field of knowledge must face the methodological consequences of the participative function of an interpreter that does not provide meaning to the things observed but that makes

---

<sup>721</sup> Hence, in the work field questionnaires, we have included some specific questions about interviewees’ opinions on maternity and paternity laws in the context of social protection.

<sup>722</sup> However, for this research it will be paramount to return to the importance given by Durkheim (1974) to the interrelation between society and law, of such significance that his own sociological theory is built through the analysis of law as a set of norms regulating the action of individuals in every society; norms designed to maintain the social order.

<sup>723</sup> Hence the importance attributed in this research to the quotes of field work in Chapter 4: Sociological Analysis of motherhood and fatherhood.

explicit the meaning given to the objectifications, which can only be understood as communication processes.

Similarly, sociology of law, like any other social science discipline, is not exempt of value judgment and this is especially important when law is studied through sociological methods. Law is, after all, a manifestation of the social, economic and political interests of modern societies (Treves, 1988).

The sociological methodology to be used will be qualitative research, by means of field work made up of in-depth interviews to mothers, women, fathers, men, scholars, representatives of public administration and politicians.

We have selected a qualitative socio-legal method approach, by means of in-depth interviews, because qualitative research allows the in-depth study of one example in particular, or a few examples, as in this case.

With a qualitative method (Vallés, 1997, 2002; Quivy, Van Campenhoudt, 1992), one can obtain valuable information which might be difficult to obtain from quantitative information. It also allows the analysis of new concepts, which the research had not foreseen at the initial hypotheses stage.

Qualitative research has the *disadvantage* of a strong subjective component. But the researcher himself/herself is part of the society being researched and where he/she researches. Therefore, the researcher shares some of the values, ideology and beliefs prevailing in such society, which undoubtedly influence the social reality (maternity and paternity in this case) being researched.

When deemed appropriate, the primary option (qualitative research) has been complemented with data obtained from available quantitative analysis, especially statistics and questionnaires carried out periodically by the *Instituto Nacional de Estadística* (Spanish Office for National Statistics): *Encuesta sobre Fecundidad* (Fecundity Questionnaire) and *Encuesta sobre la Población Activa* (Active Population Questionnaire); as well as studies carried out by the *Centro de Investigaciones Sociológicas*, CIS (Centre for Sociological Research), *Instituto de la Mujer* (Spanish Women's Institute). This data has allowed us to extrapolate or verify (insofar as it is possible) the results obtained in the qualitative research.

Because the primary method used in this research has been the qualitative field work and the analysis of the legal discourse, the sample of interviewees does not claim to be representative in number. However, it has been wide-ranging and rich enough to provide more than sufficient information<sup>724</sup> to allow the construction and analysis of the socio-legal concept of maternity and paternity prevalent in this country<sup>725</sup>.

For the field work, we have selected a semi-structured in-depth interview which provided a wealth of information, a wide vision of the reality object of the research as well as a sufficiently holistic view of the phenomenon, in the context of the Spanish social and legal reality.

The field work was carried out by means of the following in-depth interviews:

- Eleven interviews to mothers (aged 18 to 40 approximately)
- Ten interviews to fathers (aged 20 to 45 approximately)
- Five interviews to childless women of a fertile age (aged 18 to 40 approximately)
- Five interviews to childless men of a fertile age (aged 20 to 45 approximately)
- Two interviews to Spanish politicians
- Two interviews to representatives of Public Administration at Spanish level and at autonomous communities level
- Three interviews to scholars who are experts in the fields of law, anthropology and sociology

It was not our intention for the sample to provide a high number of interviews, as is characteristic of quantitative research. However, in the selection of interviewees, and with the intention of reflecting the greatest possible diversity, we interviewed people with different sexual orientations (heterosexual and homosexual), of different civil status (single, separated, married, de facto couples and widows/widowers), of different origins (people from different autonomous communities in Spain, of gypsy ethnic

---

<sup>724</sup> The number of interviews included in the sample has been calculated so that it was sufficiently representative. It also had to reach the rhetoric point of saturation. Carrying out more interviews would not have provided more relevant information for the object of the study, as the data start to become repetitive and important new issues do not arise.

<sup>725</sup> Similarly, we have consulted and used all the most relevant publications on maternity and paternity carried out in Spain in the last few years, from the standpoints of sociology, economics, philosophy, law, anthropology and psychology, which could provide appropriate reflections about the object of this research.



origin, non-UE foreign nationals), with differing levels of education (primary studies, secondary studies, middle and higher university studies) and of different religious beliefs (agnostic, atheists, non-practising Catholics)<sup>726</sup>.

The interviews were carried out between March and December 2008 in Catalonia, Cantabria and Madrid.

In order to guarantee the anonymity and confidentiality of the interviewees, throughout the report we have used a system of keys identifying the gender, age and number of children of the interviewees, distributed in the seven groups already named: mothers, fathers, childless men, childless women, scholars, representatives of public administration and politicians.

**Feminist methodology** is fundamental in order to understand the choice of method for this research. Under this category, we understand the contributions that feminist thinking has provided to the theory of knowledge, the existing research methods and its forms of justification.

Feminist methodology was born in the 1970s parallel to second-wave feminism, which started to question the male-centred dominance of science, the empire of scientific positivism, which was falsely neutral and objective. The first female authors who criticised the creation and justification of modern knowledge (Keller, 1983; Haraway, 1991; Harding, 1991, 1996; Keller and Longino, 1996) highlighted the fact that the prevailing male centeredness of scientific knowledge was due to the majority presence of men, the exclusion of women in science and the predominance of knowledge theories conceived by white, middle class European men.

Feminist methodology has evolved in its criticism of the production of the existing scientific knowledge. Likewise, its contributions have been developed in different forms (Nicolás, 2009<sup>727</sup>). At first, epistemology criticised the false universality, the objectivity

---

<sup>726</sup> This social-demographic diversity did not claim to be representative in numerical terms of the characteristics of Spanish society. It simply aimed to show the widest possible diversity in terms of family models and experiences of parenthood in the existing Spanish society.

<sup>727</sup> This female author makes an exhaustive analysis of the evolution of feminism, from its beginnings in the 1970s to feminist empiricism, from the feminist point of view or *standpoint* up to post-modern feminism. Particularly commendable is her attempt to find points in common in all these trends, contributing to a practical application of feminist epistemology in scientific

and the neutrality of scientific empiricism in the creation of Western knowledge from Modernity, the so-called feminist empiricism (Keller, 1983; Harding, 1991; Keller and Longino, 1996), and denounced the existence in all the production of knowledge of the influence of values, ideologies (i.e. politics) in the traditional scientific method of empirical nature.

Later, they also saw, from the so-called feminist point of view, or *standpoint* (Harding, 1991, 1996), the need to return to the vision and experience of women in the knowledge of reality, as a historical subject who was oppressed and submitted. The need to put the scientific research into context is highlighted, as is the need to recover the experience of the marginalised groups which are being researched, in order to acquire better knowledge on how dominant groups manage to continue exercising power.

Finally, postmodern feminism (Flax, 1995; Haraway, 1991, 1996; Butler, 1990, 2004) highlighted the need to deconstruct the very category of *women* in order to escape sweeping definitions. It also deconstructed the sex/gender dichotomy, to avoid the biologisation of human subjects, their experiences and relationships.

As a whole, feminist methodology contributes the following questions which will be used in the research:

- The criticism to the false neutrality of knowledge because all research is always determined by a given ideological position, and imbued with given values which naturally influence and determine the research. In this sense, Sandra Harding (1996: 239) emphasises the fact that present culture only accepts the knowledge generated by science, which is supposed to be objective, only because it has been obtained by empirical methods. It is knowledge that also pursues the (Baconian) domination of nature and not simply to describe and know the natural laws (the Aristotelian method).

As an example, Harding says that the fact that women carry out the caring tasks (care of children, of men, of the elderly, of the sick, etc.) has been traditionally invisible and it is considered *natural* to the female essence so that caring is not

---

research and society nowadays in the section *The Quest for an Eclectic Position between Standpoint and Postmodernism* (Nicolás, 2009: 50).

considered a job or a source of responsibility. Instead, it is a necessary tool so that men are freed up and can devote themselves to public business.

- The apparent emotional distance of the subject researcher, derived from the assumption that men always act in a rational manner, and that valid knowledge can only be obtained through the application of rational logic. The dominance of the rational knowledge which Descartes<sup>728</sup> brought to the knowledge of modernity also has an implicit hierarchy of rationality, whereby men are the most rational beings, while naturalness and emotion are qualifications of women. Historically, this has legitimated women's natural incapability to generate knowledge and for scientific activity in general (Schiebinger, 2004).
- The separation between the subject researcher and the object being researched, an object which is generally presented as a static reality and easily apprehensible. Feminist epistemology questions this apparent separation and attributes the epistemological authority to both the subject researcher and the women researched (Haraway, 1995, Harding, 1996).

In this respect, the knowledge generated in this research will be understood as the result between the interaction between the female interviewer and the people who are the object of this research. As stated by several female authors (Mies, 1999), this interaction is conscious and pursued, because the empirical and scientific neutrality so often reclaimed in research is only a male-centred, falsely objective knowledge of reality. It is not possible that the subject interviewer and her opinion about the world do not influence the results of this social research. A position which is completely neutral and alien to the object of the research is not possible either.

---

<sup>728</sup> René Descartes introduced his (Cartesian) method in 1637 in his work *Discourse of the Method*, revolutionising the epistemology of modernity, whereby reason succeeded the scholastic tradition that had dominated Western thinking until then.

## **9. 4. STRUCTURE OF THE RESEARCH**

This thesis is structured in four chapters. The first chapter deals with the evolution of feminist thinking and the philosophy of the law's thinking on maternity and paternity. Firstly, we will carry out a historical outline of feminist thinking on maternity and paternity from the Enlightenment until now, with special emphasis on feminist jurisprudence: the feminist thinkers and jurists who reflected on the role of the law within the configuration of gender relations in the modern state. Secondly, the contributions of the philosophy of law's thinking on maternity and paternity will be analysed from a historical point of view.

The second chapter is devoted to the role of the state with regards to maternity and paternity. To this end, we have looked at the position of women in societies before the Illustration. Later, we have examined how a liberal state based on the rule of law considers women as citizens and subjects of law. There follows an analysis on the role played by the social state based on the rule of law in the issues of parenthood, maternity and paternity of its subjects, and what legal and political considerations this aspect of life (parenthood) have been given by the social objectives of this type of state. The end of the chapter deals with the differences brought in by the constitutional state regarding this legal consideration. Lastly, we have pondered from a philosophical point of view on the existence of a right to reproduction.

The third chapter deals with the legal treatment of maternity and paternity in the Spanish legal system. Firstly, we will provide the historical antecedents of the existing Spanish laws, as well as the European and international influences and origins of these laws. Later, we will analyse the main acts and regulations concerning maternity and paternity in the context of social protection and assisted reproduction techniques, in order to consider the objective of the laws concerning maternity and paternity within Spanish law and to discover what the ultimate objective is of these acts and regulations, what their interests are or what the legal assets are that are being protected or covered, and who are the normative subjects for whom these laws are intended.

With regards the selection of the legal texts to be looked at in depth, we have not only included the legal texts which directly refer to maternity and paternity in the context of

social protection and assisted reproduction techniques but also those legal instruments which, in these areas, deal with work/life balance and care considerations, because these are also part of parenthood in a wider context. We have included all those tasks and responsibilities needed to allow the survival, growth and socialisation of a new human being until s/he reaches adult age as an independent human being<sup>729</sup>.

In the fourth chapter, we have analysed parenthood, maternity and paternity from a sociological point of view. Here, we will show the main results of the field work carried out for this research, which has been structured around citizens' opinions on parenthood, maternity and paternity, citizens' experiences of existing maternity and paternity laws in the Spanish legal system and the demands and expectations of male and female citizens from the state within the welfare state.

In this chapter, we will attempt to contrast the maternity and paternity legal concept reached in Chapter 3 with the social concept resulting from the field work. This will also allow us to outline several conclusions on the effectiveness of maternity and paternity laws within the Spanish legal system and in the framework of the social state based on the rule of law, as is the Spanish society now. Effectiveness<sup>730</sup> is understood as the extent of the achievement pursued at the time of promulgating the laws and the extent of the achievement in terms of social impact (Atienza, 2001).

Lastly, we have written a conclusive chapter gathering the main results of the research carried out during the production of this PhD thesis.

---

<sup>729</sup> This option has been assumed from the beginning of the research: to understand motherhood and fatherhood in the wider context of society, not only as a biological issue in people's lives whereby maternity is limited to pregnancy, giving birth and breastfeeding.

<sup>730</sup> Here, the term *effectiveness* refers to the social effectiveness described in the chapter on Methodology on the legal methodology adopted for this thesis.

## 9. 5. CONCLUSIONS

Following our research, we have reached the following conclusions:

1. The contributions made by feminist thinking to the knowledge of maternity and paternity, and its corresponding legal consideration, allow us to reaffirm the feminist ambivalent position about motherhood. While liberal feminists consider motherhood to be an obstacle, some sectors of radical feminism deem it to be a difference deserving political attention. Socialist feminists demand the need to socialise the care derived from motherhood while postmodern feminists question the existence of *women* as a common subject and deconstruct the concepts of sex and gender as culturally established concepts. All the above make it very difficult to reflect on motherhood as a concept which is historically linked to the female gender and to the collective whole of *women*.

Some reflections on the role of law from a feminist point of view have also been examined. Notwithstanding many feminists' criticism to law as an instrument at the service of patriarchal society, feminist jurists defend the possibility of a feminist theory of law which revises the legal instruments upon which the legal system is based and which allows the creation of a law where women are included as legislating political power and citizens beneficiaries of rights.

Feminist jurisprudence has stressed the fact that the few times that law deals specifically with women (as is the case of the laws for the protection of maternity), a *woman* is considered as a deviation of the universal male citizen model. Thus, while the needs of men are perceived by society and by law as human needs, the needs of women are only perceived as specific needs of this population *group*.

In turn, the law often deems some needs or realities which can belong to both genders as characteristic of one gender. A clear example would be the special bond which presumably exists between a mother and her newborn: this special bond is deemed to be an experience unique to women and not to both parents, father and mother.

2. The liberal state based on the rule of law, which is the starting point for all states based on the rule of law nowadays, and its legal instruments, did not include women

as citizens nor as beneficiaries of the civil and political rights which are characteristic of a modern state. The social state based on the rule of law *does* consider women as citizens although the range of protected rights still follows essentially the model of the white middle-class male citizen. When setting out the objectives of the social state based on the rule of law, (in terms of economic re-distribution as well as of social justice), the theories of justice underlying these objectives have generally been formulated gender blind.

Therefore, when establishing the minimum standards for the wellbeing of the state's citizens, care needs are not always included in a welfare state. There is no consensus about the definition of care as a basic need nor there is a demand for it to be considered a social right despite all individuals, in different periods of their lives (childhood, illness and old age) needing to be looked after by others in order to survive.

Nowadays, the state based on the rule of law still maintains a position of non-interference with regards to several aspects of human reproduction and its consequences, although there are legal dispositions regarding maternity and paternity. Reproduction is considered to be restricted to the private domain of people's lives. However, there is some agreement in that there is legal foundation in our legal system to consider that it backs the right to reproduce, in other words, positive reproductive autonomy. However, there is no legal foundation for negative reproductive autonomy.

The origins of social laws about maternity go back to the beginning of the 20<sup>th</sup> century when, as a consequence of the Industrial Revolution, women joined the labour market to a huge extent. The state was concerned about: a) the steep decrease in the birth rate, and b) the physical and health conditions of working mothers in factories and of their children.

3. The existing acts and regulations within the Spanish legal system do not regulate motherhood and fatherhood because it is deemed that, in general terms, the issue of reproduction is a private business and the state must not intervene. Motherhood is the subject of legal regulation only when they enter *in conflict* with another item of general interest for society, particularly the labour market. Therefore, it is not surprising that the highest number of legal dispositions regarding maternity and paternity are found in the fields of labour law and social protection. The Spanish legal system is nowadays heavily influenced by international laws concerned with the protection of the life and health of the working mother, the foetus and the newborn. It is also conditioned by

European directives, which pursue the same objectives as international law as well as adding others to maintain women in the job market and making sure that motherhood is not a reason for discrimination. The general objectives of European law are to keep women in work and to help them to have more children. Many times, it is normal and understood, that there is a gender pecking order whereby the man is the head of the family and the provider, and the woman is the person responsible for the caring tasks within society, and, when she is in work, her salary is simply a complement to the family income. The European directives which are duly applied to the Spanish legal system are more interested in objectives of financial, demographic and competition, than in objectives of social justice.

The analysis of the legal texts shows that legal dispositions on maternity and paternity do not at any moment aim to alter or adapt the configuration of the job market. Those who deviate from this normative model, women for example, are legally considered as exceptions to the norm:

- If a working woman is pregnant, some legal issues appear, e.g. risk during pregnancy, risk during breastfeeding and maternity leave. Traditionally, the legal protection for these exclusively female phenomena was comparable to legal protection in times of sickness. Those issues pertaining exclusively to women become another type of pathology which in some cases can be protected legally.
- If the responsibility of looking after the children falls almost exclusively on women's shoulders and if these women are also in work, there is the problem of work/life balance. Because the job market needs working women to ensure economic growth and to cover the employers' staffing demand, some legal measures and public policies fostering work/life balance are designed in order to allow working women (once they actually become mothers) to work both inside and outside the home.

The social protection system, under which many legal measures for the protection of maternity can be found, lies on the concept of working citizens; in other words, one needs to be working in order to be entitled to benefits. This social protection system has a strong impact on gender because it protects to a higher degree those aspects happening more frequently in the life of male workers (illness, accidents at work,



unemployment, retirement) and to a lesser degree those realities happening more frequently in the lives of women (non-taxable benefits, widowhood, motherhood).

4. The laws analysed in the context of social protection use a concept of maternity restricted to the periods of pregnancy, birth and breastfeeding, without acknowledging that in the majority of occasions, the care of children, from the time a baby stops breastfeeding until s/he starts being independent, is the main responsibility of women, which constitutes one of the main obstacles for women to participate in the public sphere under equal conditions.

From the legal analysis, we can conclude that motherhood is a woman's individual responsibility, as are the issues concerning work/life balance. Few legal texts deal with the collective responsibility on the social costs of parenthood.

Only a few legal instruments include measures designed for both men and women, in an attempt to distribute the responsibilities of parenthood in a more egalitarian manner. However, the reality of applying these measures (e.g. shared maternity leave, paternity leave, part-time employment, leave of absence, work/life balance rights, carers of dependants within a family) informs us that, from a social point of view, the measures can be interpreted as measures for women, without questioning their responsibility as carers in society. Men hardly ever feel that they are the beneficiaries of these legal instruments.

The analysis of the laws shows us the confluence of different general interests, fundamental values and legal assets which must be protected when legislating on maternity and paternity. We verify an evolution from the basic protection of the mother's life and health, the foetus and the newborn to the consideration that motherhood can be an obstacle to the fundamental right of equality, thereby accepting the need to socialise the costs derived from maternity. Besides, co-responsibility is also a concept deserving legal consideration, in order to guarantee more equality between genders, although sharing equally the responsibilities of the care and ensuring the right of the newborn to be looked after is not mentioned explicitly.

In the light of the laws analysed, care appears as a constitutive element of motherhood, and inherent to the female condition. Care is understood as a natural responsibility, inherent to the female condition, indissolubly linked to a woman's reproductive function and her maternal instinct.

Caring belongs to the domain of nature, of animals, and thus cannot and must not be the subject of law. Moreover, legal systems nowadays are built on the idea that citizens are self-sufficient, free and equal human beings. Instead, care and the need to be cared for would make visible the fact that some dependants are, during some stages in their lives, submitted to vertical relations (of care).

When care has been timidly included into the public sphere and as an object of legal regulation, it seems that the reasons for its inclusion are economic or demographic (i.e. an aging population or the need for women to enter the workplace) rather than of social justice.

Fatherhood has only been the object of social protection laws with the introduction of paternity leave, an exclusive and non-transferable right. The objective was to achieve better gender equality and to foster co-responsibility. However, the duration of the leave is so short and its conditions so distant from maternity leave, that this measure has a mainly symbolic value, and does not transform a social reality that keeps attributing the responsibility of the care to women.

A systematic analysis of the texts analysed does not allow us to establish clearly and in an hierarchical manner the objectives pursued with dispositions on maternity and paternity: to achieve better levels of co-responsibility in our society, to achieve a more equalitarian distribution of the caring responsibilities, to achieve better levels of gender equality, to promote a country's birth rate, to protect the family, to promote female employment in order to ensure the economic growth and to implement Spain's political economics objectives, within the framework of the European Union. In several instances, the legal onus is simply on the mother's physical recovery after giving birth, to protect the newborn and the newborn's need to be looked after by its parents during its first months, or maintaining the mother/child bond as a fundamental relationship for the newborn's wellbeing. In summary, parenthood is not in itself an object of general interest in the consideration of the state unless considered in the context of a hypothetical right to reproduce.

Equality laws existing at autonomous community level in Spain complement Spanish laws in terms of guaranteeing the fundamental right to equality between women and men. In these laws, it is acknowledged that motherhood is an obstacle to equality between men and women. They also include different measures designed to protect

motherhood, to encourage work/life balance and to foster co-responsibility. However, the measures designed to achieve these objectives belong to the sphere of public policies rather than law-enforcing norms and regulations.

5. Laws concerning assisted reproduction techniques and biomedical research also regulate indirectly about maternity and paternity, albeit from a very different context to social protection.

Because assisted reproduction techniques have allowed many women to have children thus disassociating sexuality and reproduction, this issue has prompted a lively philosophical debate about whether a positive reproductive autonomy exists. In this debate ethical dilemmas and legal contradictions have been sometimes forsaken (i.e. anonymity of sperm and egg donors, the right of the children to know their genetic origin, the possible repercussions on the health of women who have been submitted to certain techniques, the life/non life status of the embryos and pre-embryos resulting from the application of these techniques).

Laws on assisted reproduction techniques are focussed on the individual medical aspects (infertility as a couple's illness, more commonly of a woman), and disguises the fact that many infertility problems are the result of social factors (late motherhood, life style choices, workplace -where motherhood is penalised-, etc.).

Nevertheless, these laws share a vision of motherhood essentially as a biological fact thus reinforcing the belief in the existence of a maternal instinct inherent to women, an instinct which pushes them to do anything medically possible to have a biological child of their own.

6. The sociological research carried out has shown us in the first place that different citizens have different concepts of what mother, father, parenthood, maternity and paternity are. For the majority of interviewees, *mother* is a category which defines women; it is a way of seeing the world (and sometimes, the only valid way to be in the world). *Father*, on the other hand, is a possible qualification for a man, who is first a man with his own identity and who perhaps will become a father, a fact that will not affect his position in society.

We have also confirmed with these interviews that in the majority of cases, maternity is understood as the period of time associated with pregnancy, birth and breastfeeding. It

is the realisation of a woman's reproductive potential. It has a strong biological component which explains the common belief of the importance of a mother/child bond during the child's first years, and the existence of a maternal instinct. This biological determinism sustains the belief in the existence of a powerful maternal instinct, which causes an almost animal-like desire to be a mother, and justifies, once the child is born, the mother's unselfish, complete dedication for the newborn.

During the field work carried out for this research, the belief in the existence of a maternal instinct and the prevailing ideology of intensive motherhood appears constantly. Therefore, the ideal situation for raising a child is the almost complete dedication by his/her mother in terms of hours, resources and energy, thus ensuring the best form of care for children, a situation which justifies the unequal distribution of the care of children between mothers and fathers, and perpetuates the inequalities between men and women in the public domain.

Men are brought up to build up their identity through work (their success at work) whereas women are educated to devote themselves to selfless love and care for others. These are some of the reasons explaining the social assumption that women, as mothers, are the ones experiencing problems trying to balance work/life and the ones who accept the absence of men in the caring tasks in general.

For the majority of interviewees, paternity/fatherhood has connotations of a legal nature. It refers to the legal rights and duties that men have when they become fathers. The existence of a paternal instinct is not that obvious, and its function is the transmission of values and family authority rather than the provision of care, as in the case of motherhood.

7. The sociological study also shows the different types of parenthood coexisting in Spain, a consequence of the most recent legal, demographic and social changes, and which seem to enjoy wide acceptance. Single parenthood, or male and female homosexual parenthood, is not only a legal possibility but a growing social reality. Although these new realities seem to be initially accepted, there is some ideological reticence at accepting these forms of parenthood, because whether these family forms are the most appropriate in the interest of children (the children's interest being the most important issue) is questionable.

According to the majority of interviewees, the decision to become a mother seems to be a completely free and voluntary decision, given the widespread presence and availability of contraceptives. At the same time, some of the interviewees understand that, despite the existence of contraceptives, the decision to be a mother is not completely free and voluntary, because socially there is still strong social pressure for women to fulfil the female role par excellence: to become mothers.

8. During the sociological research, we have also been able to verify that the issues regarding work/life balance are considered by citizens and employers as an issue for women when they are mothers and in work. However, these work/life balance problems disguise the unequal distribution of care in our society, and benefit men and fathers because care is rendered invisible. They are detrimental to women and mothers, who are naturally and exclusively responsible for the care of others. In general terms, laws attempt to apply measures to help women and mothers to be able to work both outside and inside the home, and in few instances measures are implemented with the objective of greater co-responsibility with men and fathers, so that they take over part of the social and collective responsibility of the care, essential for human survival.

Traditionally, care has been excluded from the field of law because it is widely considered and accepted by the majority of society that the burden of care must be executed within a family, by people with the obligation, and the natural inclination to care, particularly women and mothers. By describing care as natural, its exclusion from the fields of ethics and law is justified.

The interviews carried out for this research present a higher number of examples of women and mothers showing the inequality resulting from the quasi exclusive assumption of care than of examples of fathers who wish to be more involved in the care of their children. Men and fathers only mention quality in care in this field work when discussing the issue of shared custody of children in the event of separation and divorce.

9. The majority of interviewees have, in general terms, a very negative opinion on the existing maternity and paternity laws in the Spanish legal system. They consider that in the majority of cases, objectives of an economic or demographic nature are being protected (promoting women's employment, increased birth rate, maintaining the Spanish National Health Service, economic growth, competition within a capitalist

labour market, amongst others) but not those of a social justice nature. Nor do they believe that parenthood is in itself a value of general interest or a fundamental value deserving the consideration of the state. They do not even consider that equality between men and women is one of the objectives aimed at. And much lesser consideration is given to the supreme interest that is the protection of the child, so that the newborn has the right to be cared for by both parents at least during its first months of life.

They understand that the main objective of the laws is the protection of the life, physical integrity and health of pregnant women during birth and throughout breastfeeding as well as the protection of foetuses and newborn babies. Another objective is to regulate the qualifying conditions to be considered for assisted reproduction when there are physical problems in conceiving naturally.

Although it is acknowledged that one of the objectives is work/life balance, they also agree that when deployed, the causes for this problem are not tackled. On the contrary, the role of women as carers is reinforced in society. They do not believe either that the laws achieve the objective of greater co-responsibility and equality between men and women because the interference or changes which are intended to be introduced in the roles of father and men as carers are more symbolic than real.

10. If we finally compare the legal analysis of the objectives of maternity and paternity laws in the field of social protection and assisted reproduction techniques within the model of social state based on the rule of law, it is important to point out that the majority of men and fathers interviewed for the sociological research agree with the objectives promoted by maternity and paternity laws, namely the protection of the working mother's physical health during pregnancy, birth and breastfeeding; the health of the unborn child; encouraging a higher birth rate; maintaining women in the workplace; fostering economic growth and the national health systems of the welfare state.

However, although many of the women and mothers interviewed also agree with the traditional concepts of motherhood, maternal instinct, attachment and other prevailing ideas in the laws analysed and therefore, with the values supported by the main laws analysed, it is significant that a considerable number of women also show certain discontent and dissatisfaction about the objectives aimed by the laws. Instead, many of them demand (although their demands are not always translated into demands of

greater/ different state intervention or legal intervention) higher levels in equality and commitment, for both men and women in issues relating to human reproduction and the necessary care for the development and wellbeing of this new life.

Nevertheless, it should be pointed out that although it was not a question in the interview, the need for more equality of care is only demanded by some men and fathers when the couple has dissolved, and not earlier.

As a consequence of the roles of women as main carers in our society, and the consideration of motherhood as an individual responsibility, exclusive to women, employers and a wide section of society perceive motherhood as a threat to economic growth, to the logic of the labour market and to competition. The absence of men in caring tasks reinforces their model as workers, beneficiaries of the laws promoted by the state.

A bigger implication of men in caring, with the help of laws assuming the social and collective responsibility of care, understood generally as a basic need for all human beings in different stages of life, would mean a greater presence of women in the labour market, a larger gross domestic product, better levels of gender equality and a fairer society.

In reality, the state and its laws protect the economic growth and the capitalist labour market while considering the child's interest and parenthood as accidents in the lives of people which must fit the social and economic system. This is helped by the gender inequality of care where women perform, for free, selflessly and invisibly, the essential task of maintaining the human species.

11. Notwithstanding the coincidence between the objectives of the laws with the desire and values of some of the people interviewed (especially men and fathers), it would be a demand of social justice to promote a paradigmatic change from a system centred on the protection of maternity to a system focused on care within the framework of a social state based on the rule of law. Existing laws focussing on the protection of motherhood perpetuate the traditional role of law as falsely protecting women. In any case, because of the supposedly exclusive and unique needs of the female sex (only justified by an exclusively biological point of view of physical protection during pregnancy, birth and breastfeeding, in the case of biological children), what the laws are doing is maintaining the sexual distribution of work, preserving the female caring role and, in summary,

perpetuating a social system of exploitation of women who, in the main, carry out, invisibly and for free, the work of caring, an essential task for the survival of human life.

Moreover, the sociological research has shown that a significant section of the interviewees, especially mothers and women, make up already a critical mass expressing their disagreement with the laws that allow the continuation of a system of social inequality in terms of care.

In a social state based on the rule of law, where the right to equality between men and women is a principle and a fundamental right and where the state is required to guarantee a minimum standard of wellbeing whereby citizens' basic needs are satisfied, we should demand laws allowing the right of every citizen to be cared during those different periods in his or her life where the individual is not self-sufficient enough to guarantee his/her own survival. Our model of state should not continue to tolerate the fact that childcare is carried out almost exclusively by women. Likewise, the state should not preserve these systems of social, employment and family organisation where situations of inequality between men and women are allowed only because women can be pregnant and give birth.

12. The beneficiary of the right to be cared should therefore be the newborn and the state should be responsible, by means of legal intervention, for that right to be satisfied in the best possible manner, including the need to be cared emotionally by both parents. The basic need to be cared during this period in the life of the new human being justifies the existence and formulation of a new social right, as is the case with our current models of social states based on the rule of law, where the existence of a social right that guarantees the basic need for the protection of health and education of all citizens is out of the question.

One cannot underestimate the difficulty to legally articulate the right to be cared: who would be the beneficiary of this right, what are the rights and duties of the parents with regards to the right to be cared by this new citizen, how could the costs of this new right be met within a social state based on the rule of law (a state permanently in crisis and under revision) and which benefits would belong to this new right. This is however, a challenge beyond the objectives of this thesis and because of its complexity and magnitude, it could be object of new and fascinating research.



