



**Resolución 2023R-1710-21 del Ararteko, de 17 de abril de 2023, que recomienda al Departamento de Educación del Gobierno Vasco que el tiempo empleado para la lactancia durante la celebración de las pruebas de los procesos selectivos convocados en su ámbito de actuación se recupere mediante la oportuna prolongación, para cada persona afectada, de la hora de finalización inicialmente prevista.**

### Antecedentes

1. El Ararteko recibió un escrito de queja, a través de Emakunde, en relación con el tratamiento ofrecido a las opositoras que tenían a su cargo menores lactantes con ocasión del proceso selectivo para el ingreso y acceso a los cuerpos docentes no universitarios convocado mediante Orden de 18 de febrero de 2020, de la consejera de Educación<sup>1</sup>.

Concretamente, la queja ponía en cuestión que el Departamento de Educación no hubiera previsto la recuperación del tiempo que las opositoras hubieran podido dedicar a la lactancia durante la celebración de las pruebas del proceso, al considerar que esa forma de actuar no solo resulta discriminatoria, sino que ignora, además, el derecho a una lactancia digna y propia de una sociedad avanzada como la actual.

En un primer análisis de la materia, el Ararteko pudo constatar que en el ámbito de gestión de otras administraciones educativas no se había operado de esa forma, sino que se adoptaron medidas organizativas que habían permitido añadir al examen el tiempo empleado en la lactancia.

Esta institución también había podido conocer que en el proceso selectivo objeto de la queja se habían habilitado salas específicas para que estas personas pudieran proceder a la lactancia mientras se efectuaban las pruebas, pero no estaba al corriente de si la administración educativa vasca se había mantenido en su previsión inicial de no permitir esa recuperación de tiempo, o si finalmente había introducido algún cambio.

---

<sup>1</sup> Orden de 18 de febrero de 2020, de la consejera de Educación, por la que se convocan procedimientos selectivos de ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores y Profesoras de Enseñanza Secundaria, de ingreso al Cuerpo de Profesores Técnicos y Profesoras Técnicas de Formación Profesional y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de los citados Cuerpos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.



Por esa razón, el Ararteko se dirigió al Departamento de Educación para solicitar información acerca de esos extremos, y para que, en el supuesto de que no se hubiera permitido a las opositoras afectadas añadir el tiempo empleado en la lactancia, nos diera cuenta de las razones que, en su opinión, permiten avalar la procedencia de dicha práctica, en el marco de la consideración de la especial protección que tanto el ordenamiento jurídico como los tribunales de justicia otorgan a este tipo de situaciones.

2. El Departamento de Educación confirmó que, en efecto, en ese proceso selectivo no se permitió la recuperación del tiempo empleado para la lactancia durante las pruebas, de modo que quienes hicieron uso de esa posibilidad dispusieron de menor tiempo de examen.

Añadía, a continuación, que se trataba de un proceso masivo que contaba con la participación conjunta de alrededor de 5000 personas y 70 tribunales, que entre las dos partes de la prueba (de una duración de dos y tres horas respectivamente) se previó un descanso de aproximadamente una hora, en el que los tribunales debían organizar toda la logística referida a la celebración de la segunda parte y, por último, que se ofrecieron todas las facilidades para que la lactancia se realizara de manera ágil, mediante el acondicionamiento de un espacio adecuado al que la opositora era acompañada por una de las personas del tribunal.

3. A la vista de lo expresado, el Ararteko envió un nuevo escrito al Departamento de Educación en el que se recogían determinadas reflexiones y argumentos que esta institución había elaborado en relación con la materia, y que serán desarrollados en las posteriores consideraciones, en tanto fundamentan igualmente esta resolución.

Nuestro escrito también pedía a esa administración educativa que indicara si preveía mantener el mismo criterio en futuras convocatorias, o si, por el contrario, en adelante las mujeres que atendieran a la lactancia de menores durante la celebración de las pruebas podrían recuperar el tiempo empleado y añadirlo al tiempo inicial de duración de tales pruebas.

4. El informe de respuesta no expresó valoración alguna de las consideraciones que esta institución había incluido, y se limitó a señalar que todavía no se había tomado una decisión concreta respecto a la posibilidad de recuperar ese tiempo.



Pocos días más tarde de recibirse tal informe se publicó la nueva convocatoria de procesos selectivos en el ámbito docente mediante el sistema de concurso-oposición<sup>2</sup>, sin que en ella apareciera ninguna mención a la situación examinada en esta queja.

### Consideraciones

1. El ordenamiento jurídico y los tribunales de justicia otorgan a la maternidad una especial protección, basada en el valor sustancial que nuestra sociedad le reconoce, y que ha de hacerse extensiva a otros elementos o situaciones que derivan directamente de ella, como es el caso de la lactancia.

Así, el artículo 39 de la Constitución recoge como uno de los principios rectores de la política económica y social, el de la protección de la familia y de la infancia en todas sus vertientes, así como la consiguiente obligación de los poderes públicos a tal efecto.

La defensa y amparo de la maternidad y de los derechos de los y las menores, así como la necesidad de que las actuaciones de las administraciones y poderes públicos tengan presente en todo caso la satisfacción del interés superior de los y las menores, figuran también incluidas en instrumentos supranacionales como los siguientes:

- La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, cuyo artículo 16 reconoce el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, por medio de cualquier medida que pueda resultar adecuada, y cuyo artículo 17 establece el derecho de los y las niñas a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, para lo que habrán de adoptarse cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas para garantizar los cuidados y la asistencia que necesiten.

De igual forma, el artículo 8 de esa Carta, relativo al derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, establece el compromiso de los Estados Parte de garantizar a las madres que amamanten a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo. La aplicación de esta previsión por los Estados ha sido analizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que

---

<sup>2</sup> Orden de 19 de diciembre de 2022, del consejero de Educación, por la que se convocan procesos selectivos para el ingreso en cuerpos docentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante concurso-oposición, para la estabilización de empleo temporal así como para el ingreso y el acceso a los cuerpos indicados, mediante concurso-oposición ordinario.

ha llegado a concluir que, ante la imposibilidad de establecer que las mujeres que trabajan en el sector público tienen derecho a pausas remuneradas para amamantar a sus criaturas, la situación en España no es conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Carta.<sup>3</sup>

- Los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de la maternidad<sup>4</sup>, que recogen el derecho de la mujer que amamante a su hijo o hija a interrumpir su trabajo con el objeto de permitir la lactancia, y prohíben el despido por razón de maternidad.

En esa línea, el convenio más reciente sobre la materia obliga a los Estados Parte (entre los que a fecha actual no figura España) a adoptar medidas para garantizar que la maternidad no constituya motivo de discriminación laboral.

- La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre de 1989, cuyo artículo 3 dispone que *“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.”* Igualmente señala que *“Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.”*

En el año 2013, el Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado del seguimiento del cumplimiento por parte de los Estados firmantes de la Convención de Derechos del Niño y de ofrecer orientaciones para su adecuada interpretación, elaboró y aprobó la Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>5</sup>. La misma aclara, en su punto IV.A.1.b), que el respeto al principio del interés superior es exigible en las decisiones que afecten a los niños y niñas indirectamente; es decir, no solo en los actos administrativos dirigidos hacia sus personas, sino también en aquéllos que puedan tener repercusiones en ellas, aunque no sean sus destinatarias directas.

- La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). El artículo 24.2 se de ese texto señala que: *“En todos los actos*

<sup>3</sup> Véase: Conclusiones XXI-4 España, artículo 8.3. Disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],%22tabview%22:\[%22document%22\],%22ESCDclIdentifier%22:\[%22XXI-4/def/ESP/8/3/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],%22tabview%22:[%22document%22],%22ESCDclIdentifier%22:[%22XXI-4/def/ESP/8/3/EN%22]})

<sup>4</sup> Convenio 3, de 29 de octubre de 1919; Convenio 103, de 4 de junio de 1952; Convenio 183, de 30 de mayo de 2000.

<sup>5</sup> Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño. Comité de los derechos del niño. Observación General n°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

*relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.”*

El carácter primordial del interés superior del y de la menor ha tenido también reflejo en la normativa interna, y, en concreto, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>6</sup>, cuyos artículos 2 y 3 incorporan y desarrollan ese principio y dan pautas para su aplicación. En este sentido, el artículo 3 dispone expresamente la necesaria adecuación de la actuación de los poderes públicos a la referida normativa internacional, mientras que, por su parte, el Tribunal Constitucional tiene establecido que la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados de derechos humanos “*no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales*”<sup>7</sup>.

2. A juicio de esta institución, es precisamente la atención a la relevancia propia de las situaciones como la que ha dado origen a esta queja la que justifica la aplicación de unas medidas que no se habrían adoptado en otros casos diferentes.

Así sucede, por ejemplo, en los casos de maternidad o alumbramiento que impidan la asistencia a exámenes convocados en llamamiento único, en los que se posibilita llevar a cabo el examen en un día diferente a aquel en el que haya sido efectuado con carácter general.

O, en el caso de la lactancia, cuando se reconoce a la mujer que se encuentra realizando la prueba de un proceso selectivo la facultad de interrumpir su examen y ausentarse durante un tiempo, para que puedan, de esa manera, materializar esa lactancia.

Sin embargo, el hecho de que el tiempo empleado en esta última actuación no se recupere y, por tanto, no se tenga en cuenta para que esa persona disponga del mismo tiempo que el establecido con carácter general para realizar la prueba, afecta de manera directa a la efectividad del derecho que se le había reconocido en orden a garantizar la situación de maternidad en que se encuentra, dado que tales condiciones de desempeño no solo dificultan su ejercicio, sino que pueden llegar, incluso, a convertirlo en inviable.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Así, pueden citarse las sentencias 116/2006, de 24 de abril y 87/2019, de 8 de mayo.



En definitiva, se trata de una actuación ciertamente contradictoria, en tanto, por una parte, se arbitran unas medidas que posibilitan la materialización efectiva de un derecho, y, por otra, se establecen condiciones que lo impiden.

3. Además de ello, cabe destacar que esta forma de actuación supone también un obstáculo para la práctica de la lactancia natural, por lo que se convierte en un elemento desincentivador de esa forma de crianza, cuando precisamente las organizaciones internacionales se han encargado de instar a los poderes públicos a que fomenten la práctica de la lactancia materna.

Así, la Organización Mundial de la Salud señala al respecto que una nutrición óptima en los dos primeros años de la vida impulsa un crecimiento sano y mejora el desarrollo cognitivo, y que, además, reduce el riesgo tanto de sobrepeso y obesidad, como de enfermedades futuras.

En esa línea, el OMS y UNICEF recomiendan el inicio inmediato de la lactancia materna en la primera hora de vida, la lactancia exclusivamente materna durante los primeros seis meses de vida, y la introducción de alimentos complementarios seguros y nutricionalmente adecuados a partir de los seis meses, continuando la lactancia materna hasta los dos años o más.

A la vista de esa recomendación, se ha de concluir que aquellos elementos que desalientan la lactancia natural son contrarios al interés de los niños y las niñas, siendo así que, como antes se ha expresado, la atención a ese interés constituye uno de los principios de actuación de los poderes públicos.

4. Desde el punto de vista de acceso al empleo público, el hecho de que las personas que hagan uso de esta posibilidad de lactancia dispongan de un menor tiempo para realizar las pruebas sitúa a estas en una situación de desigualdad con relación al resto de personas participantes, que pueden desarrollar el contenido del mismo ejercicio con una mayor amplitud temporal y sin los condicionantes de premura e incertidumbre a los que esta forma de actuación obliga a afrontar a las mujeres que han de encargarse de la lactancia en ese tiempo.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, determina en su artículo 2 que los Estados Parte se comprometen a *“Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de*



*discriminación”, así como a “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.”*

De igual forma, el artículo 11 de ese texto dispone que los Estados Parte *“adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.”*

Por su parte, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), establece en su artículo 14 que *“No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción. (...)”*

Además, el artículo 2 de ese texto define lo que ha de entenderse como discriminación directa (*“la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”*), o indirecta (*“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.”*)

El artículo 14 de la Constitución recoge el principio de igualdad ante la ley, y de prohibición alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, mientras que el artículo 9.2 de ese texto estipula que *“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.”*



La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres, señala que *“tiene por objeto establecer los principios generales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de mujeres y hombres, así como regular un conjunto de medidas dirigidas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en particular, a promover el empoderamiento de las mujeres, su autonomía y el fortalecimiento de su posición social, económica y política al objeto de eliminar la desigualdad estructural y todas las formas de discriminación por razón de sexo, incluida la violencia machista contra las mujeres. Todo ello con el fin último de lograr una sociedad igualitaria y libre de violencia machista en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres.”*

El artículo 3 de esa ley recoge los principios generales que deben regir y orientar la actuación de los poderes públicos vascos en materia de igualdad de mujeres y hombres, entre los que se encuentra el de acción positiva, según el cual, *“Para promover la consecución de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, los poderes públicos deben adoptar medidas específicas y temporales destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho por razón de sexo existentes en los diferentes ámbitos de la vida.”*

La norma prohíbe *“toda discriminación basada en el sexo de las personas, tanto directa como indirecta y cualquiera que sea la forma utilizada para ello”*, y señala que *“Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de su sexo o de circunstancias directamente relacionadas con el sexo, como el embarazo o la maternidad. (...)”*, mientras que *“Existirá discriminación indirecta cuando un acto jurídico, criterio o práctica aparentemente neutra perjudique a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicho acto jurídico, criterio o práctica resulte adecuada y necesaria y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.”*

Por último, el artículo 36 de la ley dispone, en lo referente al empleo, que *“Las administraciones públicas vascas, en el ámbito de sus competencias, han de promover las condiciones para que la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres sea real y efectiva, tanto en las condiciones de acceso al*



*trabajo por cuenta propia o ajena como en las condiciones de trabajo, formación, promoción, retribución y extinción del contrato.”*

En una línea semejante, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, proclama como objetivo el de *“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 para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.”*

A tal efecto, define en términos semejantes a los arriba expuestos los conceptos de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, y, en lo que respecta a la materia objeto de esta resolución, señala en su artículo 14 que *“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.”*

De igual forma, el artículo 51 de ese texto dispone que *“Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional. (...)”*

Finalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene como objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

A tal efecto, el artículo 4 de esa norma establece que ese derecho implica la ausencia de toda discriminación, de modo que *“queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de*

*obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.”*

Ese mismo artículo señala también, por una parte, que *“El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”,* mientras que, por otra parte, afirma que *“En las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.”*

5. En lo que respecta a los tribunales de justicia, son innumerables los pronunciamientos que han efectuado al respecto tanto de la protección de la maternidad como de la necesidad de remover los obstáculos que impidan alcanzar una igualdad real y efectiva de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida, y también, por consiguiente, en lo que respecta al acceso al empleo.

A modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia de 19 de octubre de 2017, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referida a un caso de prevención de riesgos laborales, pero que, entre la argumentación que sustenta sus conclusiones, viene a precisar que el trato menos favorable a una mujer trabajadora en periodo de lactancia constituye una discriminación por razón de sexo. De ello se deduce que no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora que se encuentra en esa situación que a cualquier otra persona, dado que esa situación requiere imperativamente un trato específico y diferenciado. Así, manifiesta,

*“57 Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, consiste en protegerlas antes y después del parto (sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 68 y jurisprudencia citada).*

*58 Asimismo, se desprende del considerando decimocuarto y del artículo 8 de la Directiva 92/85 que «la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia hace necesario un derecho a un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, y obligatorio un permiso de maternidad de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto». De este modo, el permiso de maternidad tiene por objeto proteger a la trabajadora embarazada, a la trabajadora que ha dado a luz y a la trabajadora en período de lactancia.*



*59 De ello se desprende que, dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, «[al] embarazo o [al] permiso por maternidad», las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz.*

*60 En consecuencia, el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.”*

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de examinar asuntos relativos a las consecuencias que derivan de la situación de maternidad para el acceso al empleo público. La Sentencia 108/2019, de 30 de septiembre de 2019, recoge la posición que ese tribunal ha ido elaborando al respecto a lo largo de estos años y establece determinados criterios de actuación que esta institución entiende igualmente aplicables al caso que ha dado origen a esta queja. En concreto, se expresa como sigue:

*“2. El art. 14 CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo. El legislador ordinario, en aras de garantizar la efectividad de dicho derecho fundamental y, en sintonía con la normativa europea en vigor que busca la igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo, aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las directivas en materia de igualdad de trato, 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 promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.*

*Después de consagrar, con carácter general, el citado principio de igualdad de trato (artículo 3) y de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, así como en las condiciones de trabajo (artículo 5), la Ley Orgánica 3/2007 establece, en lo que ahora es de interés, los conceptos de lo que se entiende por discriminación directa e indirecta (artículo 6) para continuar disponiendo en su artículo 8, bajo la rúbrica «discriminación por embarazo o maternidad», que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». En el mismo sentido, el vigente texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (que deroga el anterior Real Decreto Legislativo 1/1995, de 23 de marzo), en su art. 4.2 c), reconoce como derecho el de no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, y, en su siguiente artículo 17.1, la nulidad e ineficacia, entre otros, de los actos del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.*

*La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma*

*en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que «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 la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6).*

*Ciertamente, como destaca la ya citada STC 2/2017, FJ 5, «el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4), pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora».*

*En relación con todo ello, la STC 233/2007, de 5 de noviembre, recordaría que, «para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como "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 y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)" (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, por añadir otros pronunciamientos a los ya citados)» (FJ 6).*

*Prosigue esta STC 233/2007, FJ 6, declarando que «de esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos» (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 5).*

*Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse,*



*aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello. En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (por citar una de tantas, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 3), «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».*

*3. Cuando la doctrina constitucional viene acompañada de determinaciones y declaraciones como las que se han recogido en el anterior fundamento jurídico, es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva, en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja. El art. 14 CE, dicho en otros términos, quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero, asimismo, modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.*

*En este sentido no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa, como prueban, entre tantas otras manifestaciones en distintos ámbitos, las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer ahora referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en particulares dificultades para la conciliación, particularmente en razón de la maternidad, sin que podamos por tanto dejar de reiterar lo que, en ese sentido, ya dijéramos en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5, por ser todavía necesario, pese a los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.*

*Tiene pleno sentido en consecuencia, y tanto la demanda social como las intervenciones normativas así lo desvelan y reclaman, abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fechas en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10) una desigualdad histórica que pueda calificarse de «estructural», pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).*



*En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, «la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio».*

*4. Expuesta la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, y su finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral, se impone ahora el enjuiciamiento de la cuestión de fondo suscitada por la demandante y, en concreto, determinar si la sentencia de la Sala de lo Social impugnada ha vulnerado el derecho fundamental invocado.*

*Hay una serie de factores que concurren singularmente en este caso, que le dotan de una singularidad que debe ser abordada. A partir y al hilo de ello será posible concluir si la doctrina que viene de recogerse, que podría eventualmente amparar la pretensión de la recurrente al existir una situación objetiva de restricción de su patrimonio jurídico, merece ser matizada en este caso en función de las circunstancias concurrentes y, particularmente, de la propia conducta de la demandante y el INE en el momento del acceso al empleo público.*

*a) La prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual.*

*Uno de esos elementos radica en que la controversia se localice en el estadio del acceso al empleo, en concreto en los momentos anteriores a la formalización de la relación contractual. Sin necesidad de abordar la cuestión a fondo, bastará recordar la doctrina constitucional en la materia. Como señalara la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral». Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que «solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadía este último pronunciamiento, «quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)».*

*En suma, no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial.*

*La pretensión de la ahora recurrente, entonces, no podría decaer por la no articulación jurídica previa de la relación contractual, ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas.*

*b) El deber de la administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles.*



*Otro aspecto singular y relevante para el caso presente, en efecto, incide en el debate sobre la determinación de quién tiene el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación que nos ocupa, cuando se dé un supuesto igual o asimilable al aquí enjuiciado.*

*Como es sabido, en desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 CE, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tal como recoge su exposición de motivos. Además de lo que señalamos en el fundamento jurídico segundo, particularmente sobre el art. 3 de esa ley orgánica, que define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, conviene destacar que el art. 8 perfila la discriminación por embarazo o maternidad declarando que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad» y que el art. 51, que encabeza el capítulo I del título V dedicado al principio de igualdad en el empleo público, establece los criterios de actuación de las administraciones públicas, disponiendo, entre otras cosas, que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional y b) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional. (...)»*

Siguiendo lo expuesto en esa sentencia, los órganos administrativos están obligados a adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidan que la maternidad sea un obstáculo en relación con el acceso al empleo público.

Se trata de una apreciación que se sitúa en línea con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución en relación con la necesidad de que los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, y remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. E igualmente con la previsión del artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007, que, como antes se ha mencionado, fija precisamente como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos el de “*La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.*”

6. Por último, según se desprende de la respuesta ofrecida por el Departamento de Educación, las razones que fundamentan la posición que ha venido manteniendo hasta el momento son únicamente de índole organizativa.

Al parecer del Ararteko, y tal y como ha tenido ocasión de manifestar en expedientes anteriores, las dificultades de mera gestión en el diseño de los procesos de gestión de personal no pueden, sin embargo, llegar a condicionar la garantía de la efectividad de las facultades y derechos reconocidos a las personas afectadas.



En esa línea, no puede olvidarse que otras administraciones, tanto del ámbito educativo como de otros ámbitos, han posibilitado recuperar el tiempo empleado en la lactancia durante la celebración de una prueba retrasando, en esa medida, la hora de su finalización para cada una de las mujeres que han hecho uso de esa facultad, de manera que estas dispongan finalmente del mismo tiempo de examen que el resto de las personas participantes.

Pero es que, además, se ha de tener en cuenta a ese respecto que la propia Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres, obliga a incluir medidas de protección de la maternidad en las convocatorias de procesos selectivos, y señala que la situación de lactancia podrá justificar la modificación de las circunstancias de tiempo o lugar de las pruebas, para lo que habrán de adoptarse las medidas organizativas que garanticen la igualdad de concurrencia entre todas las personas participantes. Así, el artículo 20 de esa norma establece lo siguiente:

*“1. Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas o actos administrativos que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público, incluidos los periodos de prácticas, deben incluir: (...)*

*d) Medidas para que, en el desarrollo de los procesos de selección, provisión y promoción, se dispense la debida protección a la maternidad, tanto en sus periodos prenatales como posnatales, tomando en consideración la dificultad añadida de las familias monoparentales para la conciliación, con el fin de evitar incurrir en situaciones de discriminación por razón de sexo. Así, en aquellos procesos en que se celebren ejercicios o pruebas conforme al sistema de llamamiento único o tengan lugar otras actuaciones que requieran la comparecencia de las personas candidatas, las situaciones de embarazo, parto o lactancia, debidamente acreditadas, podrán constituir causa que justifique la modificación de las circunstancias de tiempo o lugar de celebración del acto. La atención de las solicitudes de modificación llevará aparejadas las medidas organizativas necesarias y adecuadas para garantizar el principio de igualdad de concurrencia de todas las personas candidatas.”*





Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

### RECOMENDACIÓN

Que el tiempo empleado para la lactancia durante la celebración de las pruebas de los procesos selectivos convocados en su ámbito de actuación se recupere mediante la oportuna prolongación, para cada persona afectada, de la hora de finalización inicialmente prevista.

