

Juzgar con perspectiva de género en el orden social: ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos?

Cristóbal Molina Navarrete

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

La igualdad en los derechos fundamentales [...] es [...] una norma destinada, como todas [...], a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo, no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no solo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Ferrajoli (1999, p. 76)¹

1. La «cuestión de género» y la dimensión estatutaria de las relaciones de trabajo como relaciones de poder desigual. Ningún jurista, o muy pocos, se sorprenderían hoy de leer en las sentencias del omnipresente y omnipotente Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que el trabajador es «la parte débil de la relación de trabajo» (por ejemplo, Sentencia del TJUE –STJUE– de 6 de noviembre de 2018, C-684/16, apdo. 41). Ni tampoco de que, a fin de intentar asegurar que tal posición de debilidad contractual no perjudique el disfrute de sus derechos atribuidos legalmente (estatuto), de tal paradigma interpretativo derive una amplia serie de garantías de protección para asegurar el efecto útil de aquellos derechos.

De igual modo, lejos de causar perplejidad, se aplaude que tal paradigma jurídico (regulador e interpretativo) de las relaciones de trabajo sea, por el propio TJUE, actualizado (principio de modernidad) y reforzado (principio de prevalencia) con la teoría de los derechos fundamentales comunitarios. A estos incluso se atribuye, como en el caso del derecho a la protección de la seguridad y salud en el trabajo ex artículo 31 de la [Carta de los Derechos Fundamenta-](#)

¹ Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

les de la Unión Europea (CDFUE) (STJUE de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y C-570/16, apdos. 84 y ss.), o al propio derecho a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación ex artículo 21 de la CDFUE (SSTJUE de 17 de abril de 2018, C-414/16, apdo. 76, y 22 de enero de 2019, C-193/17), una eficacia horizontal directa. En última instancia, todo sería reflejo de la consciencia del TJUE sobre la necesidad de no dejar las relaciones de trabajo al libre juego de las «leyes del contratante más fuerte», sino de someterlas a las «leyes de los más débiles», que es lo que son, precisamente, los derechos fundamentales de las personas (Ferrajoli, 1999, p. 76).

El Tribunal Supremo (TS) español, aún con ambivalencias, no es tampoco ajeno a esta doble actualización, de legislación ordinaria y suprallegal (constitucional y comunitaria), del citado paradigma del «contratante débil» de la relación de trabajo (Sentencia del TS –STS– de 21 de septiembre de 2015, rec. 259/2014, que tutela al trabajador frente a las cláusulas contractuales abusivas). De este modo, a una sana dosis de clave estatutaria de comprensión jurídica de las relaciones de trabajo, frente a ciertos excesos de un contractualismo extremo, como reivindicara el maestro Vida Soria –lo rememoré en el [editorial del número anterior](#)–, TS y TJUE suman otras de un aún más saludable realismo jurídico, en detrimento de reduccionistas lecturas formalistas de las normas. Los principios y las cláusulas del Estado social de derecho incluidos en la Constitución española (CE) así lo exigirían de igual manera. Estos no se contentan con promover un modelo normativo que integre la igualdad y la libertad solo formales (art. 1 en relación con el art. 14 CE), sino que reconocen y fomentan la igualdad y libertades reales, de personas y grupos (art. 1 respecto a los arts. 9.2 y 10 CE). Por eso, para la relación entre los artículos 9.2 y 14 de la CE cabría predicar lo que para el artículo 3 de la italiana: junto a la igualdad jurídica (plano normativo) de todas las personas ante la ley, por su «igual dignidad social», se expli citaría (cláusula de sinceridad) que aquella igualdad es normativa, no real. El reconoce al tiempo su práctica inefectividad por los obstáculos –económicos, sociales y culturales– que la limitarían de hecho –como los que provocan las muchas discriminaciones persistentes contra la mujer–, comprometiéndolo a todos los poderes públicos –también jueces y tribunales– a remover aquellos (Ferrajoli, 1999, p. 76).

Entonces ¿por qué sorprenderse por el florecer de la corriente jurídica que propone juzgar –también en lo social– con perspectiva de género? Frente al modelo antropocéntrico de trabajador, la realidad y la norma evidencian la diferencia de identidades y condiciones de las personas trabajadoras (denominación conforme a un correcto –no siempre sucede– lenguaje inclusivo que hoy preside la norma estatutaria, tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley –RDL– 6/2019). Esta diferenciada imagen subjetivo-realista en las relaciones de trabajo deja transparentar que ni todas las personas trabajadoras son igualmente «débiles» ni todas padecerían las mismas «vulnerabilidades», siempre dentro de una posición de poder desigual. Al contrario, la realidad arroja importantes diferencias. Si todas ellas se configuran por un igual derecho a la afirmación y tutela, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que «hacen de cada persona un individuo diverso de los otros y de cada individuo una persona como las demás» (Ferrajoli, 1999, p. 76), no

todas hallan el mismo reconocimiento real. De ahí la imperiosa necesidad de garantías de efectividad reforzadas, como para la igualdad de sexos, sin perjuicio de sus diferencias (naturales o culturales) y desigualdades (de sus derechos patrimoniales –recursos, propiedades–), e incluso precisamente por el hecho de las mismas.

2. El enjuiciamiento con perspectiva de género como problema de construcción teórica y realización práctica de las garantías de efectividad de la igualdad jurídica sustancial y como imperativo de toda «política democrática» del derecho. Así releída la «cuestión de género» en la función-arte de juzgar las relaciones de trabajo, no como una cuestión exótica, menos como una suerte de reedición feminista de las viejas escuelas del «uso social alternativo del derecho» (al menos si entendido como una forma libre de creación e interpretación jurídica, lo que prohíbe el [art. 24 CE](#) en relación con el [art. 9 CE](#)), sino como un estricto mandato constitucional –y comunitario– de predisponer las garantías de efectividad más adecuadas para hacer real el derecho fundamental de igualdad por razón de sexo ([art. 14 CE](#); [art. 21 CDFUE](#)), pocas perplejidades y sorpresas podría –o debería– crear a los operadores jurídico-sociales que se difunda cada vez más este nuevo tópico jurídico. Piénsese que ya el artículo 15.2 de la [CEDAW](#) (siglas en inglés de la Convención de la ONU sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, ratificada por España en 1983) reclamaba, aun en el marco de los derechos y capacidades de índole civil, el deber de crear las garantías necesarias para que las mujeres pudiesen disfrutar de un trato igual «en todas las etapas del proceso». Este mandato implica predicar de los jueces y tribunales una visión crítica y transformadora (la función de progreso social a que apelaba la STS de 18 de mayo de 1933 mediante interpretaciones flexibles e innovadoras) de las reglas y prácticas precedentes ([Avilés, 2017](#)).

Desde esta perspectiva, y siguiendo las pautas del Comité CEDAW (*vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Canarias/Las Palmas de 7 de marzo de 2017, [rec. 1027/2016](#)), el reclamo de un enjuiciamiento en clave de género no sería sino la constatación de que existen de hecho diferencias (plano del ser), por lo que resultaría falsa o mixtificadora la abstracción del sujeto jurídico –aquí persona trabajadora– mediante la universalización del sujeto varón. Al afirmar la igualdad jurídica (el deber ser) sin atender a la diferencia real (el ser social), se perpetuarían tanto las desigualdades (jurídicas) como las discriminaciones (antijurídicas). El género refleja el estereotipo sociocultural de la diferencia biológica entre sexos, por lo que es un «producto ideológico-cultural» que afecta a todos los ámbitos vitales, desde luego a la distribución de recursos y a la asignación de empleo y de trabajo. En todos los casos se constata una profunda asimetría de poder entre el hombre y la mujer ([STS, Sala 2.ª, 99/2019, de 26 de febrero](#)), fuente de «estratificación social de género» –como la clase, la etnia, la lengua, etc.–. De ahí que, como método jurídico de comprensión-aplicación de la norma, sustantiva y procesal, el arte de enjuiciar en clave de género exige desvelar las condiciones de desequilibrio de poder (plano realista) y valorar la necesidad de la adopción de garantías especiales de efectividad de la protección de la igualdad jurídica frente a sus violaciones (plano normativo), de derecho y de hecho ([Avilés, 2017](#)).

No se trata, pues, de una pauta interpretativa elegible, no es pura opción ideológico-cultural, sino un imperativo jurídico. Así lo reconoció el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), para el ámbito de la violencia de género, en la [Guía práctica 2016 sobre la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre](#). En ella se clarifica que la interpretación de género exige desarraigar la forma de razonar tradicional (función crítica de la norma conforme a la realidad) y asumir una nueva «lógica [...] que resulte útil para remover los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva» (función de progreso normativo conforme al valor de la igualdad real). Aunque las leyes penales (introducción de nuevos tipos basados en la perspectiva de género) y su jurisdicción sean la avanzadilla, por mandato jurídico internacional (últimamente [STS, Sala 2.ª, 99/2019, de 26 de febrero](#)), se proyecta ya en todas las ramas jurídicas. Así lo refirma (2018) el CGPJ, haciendo obligatoria la [formación especializada](#), desarrollando una vieja recomendación (2012) para España del Comité CEDAW.

En suma, el deber del juez social de identificar, para depurar (neutralizar), todo estereotipo de género en la dinámica del conflicto que resuelve, eliminando-compensando los obstáculos o pérdidas de iguales oportunidades que el sexo diferente (varón) en el pleno disfrute de –iguales– derechos fundamentales, es un efecto debido del derecho-principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las leyes (arts. 4 y 15 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –LOIMH–; [art. 3.1 Código Civil](#); arts. 4 bis y 5 Ley orgánica del Poder Judicial). En consecuencia, este principio hermenéutico de igualdad real de género (*favor ad mulierem*) recibe positivización no solo en el orden penal (por ejemplo, [STS 99/2019](#), citada), sino en todos, incluido el social (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 1558/2018, de 9 de marzo](#)). No obstante, la igualdad jurídica de sexo (atendiendo a los estatutos biológicos diferenciados) y de género (en función de los estatutos socioculturales diversos), en cuanto mandato normativo, puede resultar inefectiva, en su dimensión formal y sustancial, y a causa de la proliferación y perpetuación de discriminaciones que, de derecho o de hecho, las violan. De ahí que la dimensión de género de la función de juzgar no sea cuestión de reconocimiento, sino de construcción teórica y aplicación práctica de garantías de efectividad idóneas para remover las discriminaciones de sexo y género –jurídicas, sociales, económicas y culturales–, corrigiendo la fractura entre norma (la igualdad de derechos) y hecho (realidad práctica discriminatoria). Elaborar las garantías adecuadas para corregir-superar esta fractura entre normatividad y su efectividad representaría hoy «el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho» (Ferrajoli, 1999, p. 83).

3. «La igualdad como derecho, la diferencia como hecho». La débil consciencia sobre la cuestión de género en la práctica forense social y su progresiva superación. La constatación de dificultades para corregir de forma efectiva las violaciones, de derecho y de hecho, de la igualdad jurídica de género (construcción sociocultural de la diferencia biológica de sexo), una vez que el valor no se discute normativa ni socialmente, no debe significar ni imposibilidad ni desilusión por la lentitud de los progresos, en especial en el orden social. Precisamente, es en este donde mayores deberían ser los avances, en la medida en que las discriminaciones tienen una especial proyección en el ámbito sociolaboral, por

tanto, es donde también más se notan las deficiencias de construcción (teórica) de la igualdad real y de su protección (efectiva).

En efecto, la esfera de las garantías de los «derechos de libertad» (civiles) es menos propicia a las discriminaciones, salvo en lo atinente a la libertad sexual (derecho-inmunidad o libertad frente a la violencia por razón de sexo), adquiriendo un carácter de derecho prevalentemente femenino, así como sexuadas en sentido estricto sus técnicas de protección. Una problemática que no tiene solo dimensiones extralaborales (violencia de género, acoso sexual), sino también laborales, pues la violencia sexual y/o de género mantiene una incidencia relevante en los entornos de trabajo. Lo analizaremos con algún detalle en el diálogo con la más reciente práctica judicial en la materia, tanto de orden penal (Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP– de Alicante 392/2018, de 20 de noviembre) como social (STSJ de Cantabria 74/2019, de 30 de enero), que incluimos en este monográfico.

En cambio, alcanzan su máximo grado de intensidad en la esfera de los derechos sociales (derechos-expectativas o «derechos a»), como serían los relativos al empleo –privado y público–, condiciones de trabajo y distribución de recursos público-sociales (prestaciones), en la medida en que es aquí donde la norma es más modelada conforme a una normalidad de la persona trabajadora varón. Por lo tanto, solo actuando como varón, asumiendo su estilo y opción de vida en lo que al reparto de tiempos realiza, se puede disfrutar de tales derechos en las condiciones de igualdad –formalmente– presupuestas, quedando esta banalizada o contradicha.

En este ámbito no bastaría, además, para la efectividad idónea o nivel óptimo con las garantías consistentes en las clásicas prohibiciones que eviten o prevengan de una forma efectiva la diferencia (por ejemplo, el art. 10.2 [Directiva 92/1985](#), para el despido de mujeres en situación de embarazo o lactancia; el despido se configura como un riesgo para el TJUE y de ahí que propugne un sistema de garantías preventivas del mismo, que nuestro sistema legal no satisface, según la [doctrina Porrás Guisado](#)). Al mismo tiempo se precisan otras que asuman las diferencias y las evidencien, aportando medidas para corregirlas. Es el caso de la técnica de las «acciones positivas», cuya ambivalencia es también reseñada por el pensamiento feminista, porque la finalidad de tutela terminaría perpetuando la desigualdad de hecho.

Ni que decir tiene que no se trata solo de una cuestión doctrinal, sino que cada vez tiene más proyección jurisdiccional, y, en consecuencia, de experiencia forense, además de ser clave desde la perspectiva de gestión de personal («recursos humanos» o «capital humano»). Así, cabe destacar la creciente operatividad, legal y jurisprudencial, de conceptos como los de «persona» y/o «grupo de especial vulnerabilidad», fuente de reglas diferenciadas (estatutos de protección especial para que los derechos –idénticos a las demás personas– sean reales, dadas las mayores dificultades para su disfrute práctico), pero también pauta interpretativa; o el relativo a la «discriminación múltiple», acogido por la doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 3/2018, de 22 de enero: por discapacidad y por edad) y europea (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –STEDH– de 25 de julio de 2017, caso [Carvalho Pinto de Sousa](#): por sexo y por edad –«demasiado vieja

para el sexo, debe reducirse a su papel de esposa dedicada a atender su esposo»-). Ambos nuevos tópicos jurídicos se sitúan en este convencimiento de la necesidad de disponer garantías más eficaces en aras de la igualdad sustancial real, efectiva.

Es cierto que tal necesidad se aprecia respecto de la igualdad jurídica en general. Pero es una vez más el ámbito de la igualdad por razón de sexo y género (SSTS, Sala 2.ª, [247/2018, de 24 de mayo](#), y [99/2019, de 26 de febrero](#), el que precisa la diferencia, si bien respecto del campo propio de cada una de estas dos agravantes distintas ex [art. 22.4.ª Código Penal](#); nos será útil en nuestro [diálogo](#) crítico de la [SAP de Alicante 392/2018](#), que la ha ignorado) donde se produce el inicial y mayor impulso de avanzadilla. La utilidad interpretativa de ambos conceptos en aras de la función de progreso en el enfoque de juzgar con perspectiva de género, también sus dificultades, teóricas y prácticas, se aprecian paradigmáticamente en el asunto resuelto por la [STSJ de Canarias/Las Palmas 605/2018, de 4 de junio](#).

Si la mayoría de la sala –especialmente proclive a este enfoque, con carácter general– rechaza asumir tal prisma de enjuiciamiento, reconduciéndolo por el canal clásico de la sanción disciplinaria a una trabajadora que incumpliría sus obligaciones laborales, el voto particular –de una magistrada especialista en tal enfoque– abogaría por la alternativa propia de las cuestiones de discriminación –en este caso, indirecta y múltiple–, también en materia de salud laboral. Un sugerente [diálogo](#) crítico de la decisión lo realiza la profesora M. Miñarro, en el que se reclama especial atención sobre este conflicto entre la manera tradicional de gestión –la disciplinaria– y la más novedosa –gestión de la diversidad–. Una tensión presente en un número cada vez mayor de asuntos, como ilustraría la citada [STSJ de Cataluña 1558/2018, de 9 de marzo](#): declara nulo el despido disciplinario de una trabajadora por transgresión de la buena fe contractual, por estar realizando durante su baja por incapacidad temporal derivada de una conjuntivitis vírica una actividad incompatible con su proceso recuperador, como sería el llevar a sus tres hijos a la playa, al entender, aplicando expresamente el enfoque de género, que hay discriminación, en modo alguno transgresión de la buena fe, por darse la conducta en el escenario de la conciliación.

En cualquier caso, ilustra el contraste entre la visión teórica del derecho del trabajo –y de la seguridad social– como campos especialmente abonados a las garantías basadas en la protección efectiva de la igualdad de sexo y género con la realidad de una «inconsistencia de género en la práctica diaria del derecho ante nuestros tribunales»: «No estamos exentos los operadores jurídicos de las críticas sobre la ceguera de género [...]» ([González, 2018](#)). Esta deficiente cultura-práctica de enjuiciamiento de género conoce algunos episodios especialmente significativos desde hace algún tiempo. Muy destacado fue el caso de la [STS de 20 de noviembre de 2015 \(rec. 104/2015\)](#), que declaraba procedente un despido colectivo de la plantilla de dos hoteles que afectaba principalmente a mujeres –camareras de piso–, con un sugerente voto particular que reclamaba el enfoque de género.

Pero conoce últimamente otros de mayor impacto, tanto que en algún caso incluso ha sido directamente corregido, como se vio, por el gobierno-legislador ([RDL 6/2019](#)). Es el caso de

la [STC 111/2018, de 17 de octubre](#), y su larga saga, en relación con la (desestimada) equiparación constitucional de ambos permisos, maternidad y paternidad, en contraste con el voto particular, que también reprocha a la mayoría no asumir el juicio con un enfoque de género (una extensa crítica se ha realizado por el profesor S. García en la [sección de actualidad](#) de este número). O el del [Auto del TC 61/2018, de 5 de junio](#), que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el complemento por maternidad, en particular para la jubilación anticipada. De nuevo la minoría disidente del TC exhibe la utilidad del enfoque de igualdad de género en este ámbito, lo que hubiera dado otra solución distinta. Precisamente, para un aspecto muy específico del complemento, objeto desde su inicio de furibundas críticas por su pretendido desajuste a la igualdad jurídica entre sexos –lo que ahora desautorizaría, no con demasiada solvencia, la mayoría constitucional– y por su disconformidad con la jurisprudencia del TJUE, la sala canaria ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE respecto del mismo. Puesto que disponemos de un magnífico [análisis](#) de la magistrada promotora, publicado en el número de febrero de 2019 de esta revista, a él remito.

Acreditadas las dificultades para la elaboración teórica y, sobre todo, en esta sección, para su proyección práctica, parece claro que, pese a todo, el recurso, al menos la invocación, de la cuestión de género en la función juzgadora en el orden social comienza a ganar adeptos y practicantes –demandando con perspectiva de género y resolviendo con la misma clave–. De ahí el interés de ofrecer una visión de conjunto, a fin de valorar su alcance real y serio, más allá de los modismos.

4. El enjuiciamiento social con perspectiva de género, ¿más que un arte interpretativo de moda? Que enjuiciar toda cuestión jurídico-social «desde una perspectiva de género» está de actualidad lo evidenciaría la [STSJ de Cantabria 45/2019, de 18 de enero](#). Esta decisión, al resolver un asunto relativo a la calificación del despido de una trabajadora de baja por incapacidad temporal derivada de un cáncer de útero, y tras concluir su nulidad por discriminación a causa de una enfermedad equiparable a la discapacidad, termina, a mayor abundancia, con este inciso: «[...] no podemos obviar que estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género, como también se apunta en el recurso».

Pero ¿de qué sirve esta invocación, tanto a efectos doctrinales como prácticos? En este caso de nada, de modo que la proclamación es puramente simbólica, vacía². Nada añade a la calificación jurídica de nulidad del despido, pues su razón de ser es la aplicación de la doctrina comunitaria sobre el tratamiento de las enfermedades de larga duración, equiparables a la discapacidad. Sin embargo, como bien ha sugerido la profesora C. Sánchez, en

² Rememorando a Paul Valéry, la jueza Lucía Avilés, en [Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué](#) (2017), habla del riesgo de que la invocación de la cuestión de género termine siendo una «palabra loro», palabras que pierden su sentido a fuerza de pronunciarlas solo para aparentar lo que significan. Palabras que se desgastan y terminan siendo «palabras vacías».

su **diálogo** incluido en este monográfico, las posibilidades de innovación jurídica en tal enfoque eran altas, sugiriendo genuinas garantías sexuadas, en la línea de la **doctrina Otero Ramos** (por ejemplo, ¿debe aplicarse la protección antidiscriminatoria a toda enfermedad exclusiva del sexo femenino, en especial si se asocia a la función biológica de la mujer como reproductora?). Lo más interesante, pues, es lo que la sentencia sugiere pero deja extramuros de sus análisis, limitándose a una invocación nominal («palabra loro»). Ni tan siquiera ha añadido nada a la efectividad de su tutela judicial ex **artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social** (LRJS), pues no prevé la indemnización adicional por daño moral discriminatorio. Este no solo se infravalora, que es lo más usual –por ejemplo, **STSJ de Andalucía/Málaga 246/2018, de 14 de febrero**, que pese a indemnizar a la trabajadora con 35.000 euros, en concepto de compensación por la diferencia retributiva sufrida a raíz de la discriminación, dejó fuera el daño moral–, sino que se ignora por completo.

Por supuesto, siempre cabe pensar que será mejor al menos invocarla que silenciarla. Es el caso de la **STSJ de Castilla-La Mancha 1461/2018, de 9 de noviembre**, que la orilla en relación al cáncer de mama. O de la **STSJ de Cataluña 4221/2018, de 12 de julio**, que no solo deja extramuros el enfoque de género, sino que declara el despido improcedente, pese a que se trata del despido de una mujer con tumor maligno de mama (ni se trataría de enfermedad de larga duración, ni cabe obviar que la empresa ofreció un nuevo contrato temporal –la trabajadora era indefinida antes del despido–).

Ahora bien, no debería reducirse tal pauta hermenéutica obligatoria a mera moda, a una invocación meramente testimonial o simbólica, sino que debe tomarse en serio como lo que es: un sistema de garantías de efectividad de la tutela judicial de la igualdad entre sexos. Como ya se anticipó, esta búsqueda operativa de garantías se produce tanto en el ámbito de la aplicación de las normas sustantivas como, muy a menudo, de las procesales. Al respecto, lo que cuenta no es que se nombre o no como enjuiciamiento con enfoque de género el método que se emplee para asegurar la protección antidiscriminatoria y pro igualdad real, sino que se lleve a cabo con rigor y tenga este efecto. Al respecto es evidente que la **STS 419/2018, de 19 de abril**, ofrece un marcado perfil favorable a la igualdad real de sexos, más allá del dato de estar compuesta la sala íntegramente por magistradas, en la medida en que potencia el gozo efectivo del derecho de acumulación del permiso de lactancia ex **artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores** (ET) (de titularidad hoy indiferenciada por sexo-género) en detrimento de las refractarias prácticas de empresa.

Como manifiesta es la alineación, con una política de garantías procesales con enfoque de género del TS, aunque no se nombre así expresamente, particularmente respecto de uno de los aspectos más determinantes del éxito de la acción, la carga de la prueba, de la **STS de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014)**. Con ella se inauguró una política jurisprudencial del derecho social de las víctimas de la violencia de género favorable a la interpretación flexible de los medios de prueba para acreditar tal condición, cambiando el rumbo llevado hasta ese momento por la mayoría de la doctrina judicial. También para los derechos colectivos tienen utilidad las facilidades de prueba vistas con clave de género, como ilustra la

STSJ de Galicia de 26 de abril de 2018 (rec. 10/2018). En apretada síntesis, violaría el derecho de huelga la sustitución de una trabajadora televisiva, rostro conocido del programa, por un trabajador, pues de este modo se harían invisibles las consecuencias buscadas por la huelga del 8M, cual es el dejar patente el daño de la ausencia de las mujeres trabajadoras en sus puestos de trabajo.

5. Una mala práctica de enjuiciamiento por ausencia de perspectiva de igualdad de género para la corrección de antinomias jurídicas e integración de lagunas: ¿la novación de condiciones de trabajo en perjuicio del derecho de conciliación de una trabajadora se reconduce por la vía del [artículo 41.3 del ET](#) o por la del [artículo 50.1 a\) del ET](#) en relación con el [artículo 183 de la LRJS](#)? Para valorar mejor la potencial utilidad, doctrinal y práctica, del enfoque de género en el arte de juzgar, releído como mandato de predisponer las garantías de efectividad de la tutela judicial, nada mejor que seleccionar asuntos suficientemente ilustrativos de los costes de toda índole que tiene no asumir tal perspectiva enjuiciadora, dejando extramuros de la decisión este método jurídico, crítico de la visión tradicional de la norma y reconstructivo de una nueva.

Ese sería el caso, por ejemplo, que nos proporcionaría la [STSJ de Extremadura 23/2019, de 15 de enero](#). En ella se ha prescindido por completo de aquella perspectiva hermenéutica para la calificación jurídica, por lo tanto, sus consecuencias prácticas, de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que causa grave perjuicio, no solo económico sino personal, a una trabajadora con reducción de jornada por guarda legal. Al contrario, se ha hecho una estricta –y formalista– aplicación de legalidad ordinaria, aplicando el [artículo 41.3 del ET](#), en detrimento tanto del [artículo 50.1 a\) del ET](#) cuanto de la acción indemnizatoria adicional ex [artículo 183 de la LRJS](#). La solución pudo y debió ser otra, si se hubiese aplicado el –obligado– método de juzgar con perspectiva de género.

Brevemente, el asunto resuelto por la sentencia referida es relativo a una modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada unilateralmente y sin procedimiento legal a tal fin, afectando a una trabajadora a tiempo parcial y horario de lunes a viernes (jornada partida), teniendo a su cargo un hijo de 9 años. La novación consistía en añadir 2 horas más a su jornada diaria, una hora más al inicio de su actual jornada (de mañana) y otra más al final de la misma (en la de tarde). Instada la resolución contractual ex [artículo 50.1 a\) del ET](#) (atentado a la dignidad de la trabajadora), como acción principal, o ex [artículo 41.3 del ET](#) (perjuicio grave derivado de novación contractual realizada conforme a derecho), la sentencia de instancia, sorprendentemente, no estimó la demanda, ni principal ni subsidiaria, por entender que el incremento horario no era de tal entidad como para afectar a una parte esencial de la relación, por lo que no se habría producido ninguna onerosidad sobrevenida que habilitara la resolución indemnizada.

La sala de suplicación extremeña revocará la sentencia de instancia por entender que sí se ha producido una novación sustancial ex [artículo 41 del ET](#), sin seguirse el procedimiento debido a tal fin. Ahora bien, descarta que se trate de una novación vejatoria o denigrante

ex [artículo 50.1 a\) del ET](#), en la medida en que este precepto exigiría probar de forma suficiente la vulneración de la dignidad, personal y/o profesional, de la trabajadora, lo que no se habría producido. A su juicio –errado, sin duda–: «No consta hecho declarado probado que sostenga tal». Pero sí aplica, en cambio, y como «premio de consolación», el [artículo 41.3 del ET](#), pues una novación temporal intensa para una mujer con responsabilidades familiares permite presumir (prueba de presunciones ex [art. 386 Ley de enjuiciamiento civil –LEC–](#)) un «perjuicio a su esfera familiar y personal», al obstaculizar significativamente su derecho a la conciliación. De ahí la indemnización reducida de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 9 mensualidades (en el caso procedió el máximo, unos 15.500 euros). Como vamos a ver de inmediato, siquiera sucintamente, aplicar o no el enfoque de género, además de que no es elegible para el intérprete, por ser un mandato constitucional, conlleva un alto coste –personal y patrimonial– para las mujeres.

A mi entender, sin desdeñar la finura jurídica demostrada por la sala extremeña para flexibilizar el requisito de la prueba del perjuicio (la [STS 853/2016, de 18 de octubre](#), exige la prueba concreta incluso pese a tratarse de reducción salarial –casi un 4 %–, aplicando de forma rígida el [art. 217 LEC](#) –quien mejor conoce el daño debe probarlo–) con la técnica de la prueba de presunciones, ni se comprende ni es acertada la exclusión del [artículo 50.1 a\) del ET](#) en este supuesto, máxime de haberse aplicado una perspectiva de género. Primero, porque, frente al fundamento del [artículo 41.3 del ET](#), que es la existencia de un perjuicio, pero sin incumplimiento contractual grave y culpable (responsabilidad objetiva y tasada por daño), aquí hay un claro incumplimiento (responsabilidad por culpa), al prescindirse por completo del procedimiento. Segundo, porque, dado el modo «salvaje» (sin sujeción a límite jurídico) de ejercicio del poder, sin comunicación previa a su práctica, ni respuesta a la solicitud de resolución, se reduce la condición personal y profesional de la trabajadora a mero «recurso productivo» al servicio del interés empresarial. Esta concepción mercantilista de la relación –el fin productivo justificaría el medio– atenta contra la dignidad a secas ([STC 192/2003, de 27 de octubre](#)), no ya solo contra la dignidad de la mujer. Tercero, y en relación con esta condición, la sala ignora la conexión del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar con la prohibición de discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)), lo que está constitucional –y comunitariamente– prohibido ([STC 3/2007, de 15 de enero](#)), asumiendo ya en la práctica este enfoque la mayoría de la doctrina judicial.

6. Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar como particular filón, aun de alcance transitorio, para juzgar con enfoque de género: garantías de neutralización de los obstáculos a la igualdad. Revelándose en la práctica la maternidad como la fuente de todas las discriminaciones por razón de sexo y de género, salvo la muy relevante relativa a la violencia sexual, que conecta con la condición misma de la mujer como objeto de dominación para los varones, en su condición biológica –de machos– y de género –hombre–, el problema no queda relegado ni en el embarazo ni en el nacimiento y sus aledaños (lactancia, permisos de cuidados en los albores del desarrollo de la descendencia), sino que se prolonga mucho más lejos. La no solo desigual sino discriminatoria distribución del tra-

bajo de cuidar, a lo largo de toda la vida –que se prolonga en relación con los ascendientes dependientes, cada vez de más conflictividad–, asumido en su gran mayoría por las mujeres, hace, como se dijo en el [editorial](#), de los derechos de organización del tiempo de trabajo más conforme a las responsabilidades de conciliación un aspecto fundamental para la igualdad de género. Dada la –también referida– ambigüedad de buena parte de esos derechos, que no otorgan poderes de adaptación unilaterales, tampoco a las mujeres –no ya al titular hombre de esos mismos derechos–, sino derechos de negociación de buena fe ex [artículo 34.8 del ET](#) (también ex [art. 37.4 ET](#) según, por ejemplo, la [STS 419/2018](#), citada), el enfoque de género en el juicio ex [artículo 139 de la LRJS](#) resultará determinante.

De ahí el gran interés que suscitan las sentencias más novedosas en esta materia, en las que cabe identificar una línea claramente expansiva de los derechos de conciliación, incluso sin implicar reducción de jornada ex [artículo 37.5 y 6 del ET](#), claramente en contraste con la política del derecho jurisprudencial en esta materia, nítidamente neutralizadora de la innovación legal, en la línea ya referida igualmente en el [editorial](#) de este número a propósito del significado de la reforma del [artículo 34.8 del ET](#) por el referido [RDL 6/2019](#). Decisiones a menudo de un gran impacto mediático. En esta dirección destaca la más reciente, y mediática, [STSJ de La Rioja 7/2019, de 10 de enero](#). En ella se flexibiliza la regulación para que la excedencia por cuidado de hijo no sea un obstáculo a la percepción de prestaciones económicas por incapacidad temporal, aunque no concurra de forma efectiva el mínimo cotizado debido al cuidado de sus hijos, que se considera integrado según la doctrina del paréntesis (con carácter general, la [STS 173/2018, de 20 de febrero](#)). Los periodos de excedencia por cuidado de hijos («gozados» mayoritariamente por mujeres) se configuran así como un paréntesis en la carrera profesional de una trabajadora a integrar en su carrera de seguro para que no resten en el cómputo global de su cotización social a efectos de disfrutar de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes. Dado su interés, ha merecido un [diálogo](#) específico, a cargo de la profesora M.^a C. López, en el que se hallará un profundo, aún breve, análisis crítico y constructivo.

Las semillas están sembradas por doquier y cada vez son –serán– más sus germinaciones y floraciones. Así, por ejemplo, la [STSJ de la Comunidad Valenciana 520/2018, Sala Contencioso-Administrativa, de 20 de noviembre](#), estimó el recurso interpuesto por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con habilitación de carácter nacional de Valencia contra una resolución por la que se publicaba la relación individualizada de méritos generales de las personas funcionarias, anulándola. La razón de esta estimación estribó en la discriminación por razón de género que supone excluir del cómputo como periodo de servicio activo el concedido por excedencia por el cuidado de familiares. Se reprocha que, pese a haber transcurrido ya varios años de la LOIMH, la Administración local no se ajuste a este imperativo de igualdad (criterio normativo y criterio realista de interpretación jurídica):

En definitiva, el tiempo de permanencia [...] en la situación de excedencia por cuidado de hijos/familiares, debe entenderse como asimilada a la situación de activo, y desplegar los efectos oportunos en la valoración de los méritos generales, siendo esta

interpretación la que debió efectuar la Administración al tiempo de dictar la resolución impugnada al ser la que resultaba acorde con los mandatos [...] legales (FJ 5.º).

Pero no son las únicas decisiones recientes en este ámbito, complejo y muy proceloso, como evidencia su creciente conflictividad judicial, que exhiben la clave de igualdad de género en su enjuiciamiento como principal razón de decidir. También sería el caso de las SSTSJ de Canarias/Las Palmas (2) de 12 de marzo de 2019 (recs. 1596/2018 y 19/2019). Por su máxima actualidad y su trascendencia, se incorpora en este monográfico una [crónica](#) de las mismas a cargo de la magistrada G. Poyatos.

7. ¿Y de la igualdad del «varón moderno» qué? ¿Hay riesgo de un «síndrome del varón (corresponsable) ignorado»? el juicio en clave de igualdad de género no abre ninguna guerra de sexos ni pretende crear estatutos de identidad-pertenencia privilegiados. Otras muchas decisiones judiciales se irán añadiendo, sin duda, a esta corriente de renovación interpretativa de la rama social del derecho y su orden jurisdiccional. Y las iremos contando en estas páginas. Pero ahora es necesario poner fin a esta presentación, que trata de ofrecer un panorama más global o de conjunto sobre el estado del arte interpretativo (hermenéutica) en clave de género en el orden social, con una selección cuidada, o eso se ha procurado, de las más recientes y, al tiempo, relevantes. Pero conviene terminar tratando de precisar el verdadero sentido de esta contemporánea pauta interpretativa, que no debiera responder a opciones ideológicas, aun sin renunciar a ellas, sino a compromisos serios con mandatos constitucionales y comunitarios, además de auténticas exigencias de sentido social común.

En efecto, como la doctrina jurídica más solvente en materia de garantías en aras de la igualdad de derechos entre todas las personas viene postulando, al margen de la cuestión de si, en un sentido técnico-jurídico estricto, existen o no auténticas garantías «sexuadas» y/o de «género» para hacer efectiva la igualdad, esto es, de si existen o no garantías para mujeres –y cabría plantearse también para hombres en ciertos aspectos–, emergiendo siempre la espinosa cuestión de las garantías del derecho a la autodeterminación de la mujer sobre su cuerpo, que debe ser inviolable, lo verdaderamente reseñable es que el paradigma de enjuiciamiento aquí delineado:

[...] comporta que las diferencias –entre varones y mujeres [...]– no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre *status*, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad, y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía (Ferrajoli, 1999, p. 84).

Por eso, los derechos han de ser los mismos para el hombre y la mujer, en defensa de la madre y en el nombre del padre (corresponsable). Pero sus garantías de tutela no, porque distintos son los riesgos de violación de aquellos.

¿Tiene el varón un derecho de conciliación corresponsable? Por supuesto, y en esa dirección se dirigen las nuevas leyes. Y así lo reconocen y garantizan los tribunales, pero no necesariamente a través de las mismas técnicas de protección. Por ejemplo, la [STSJ de Cataluña 295/2019, de 22 de enero](#), también asegurará que el varón con responsabilidades familiares no se vea perjudicado, sin compensación, por modificaciones sustanciales de trabajo que, pese a ser canalizadas por el conducto legal, sin incumplimiento pues, puedan producir algún perjuicio en sus intereses personales, aplicando el [artículo 41.3 del ET](#), con la técnica de la presunción del perjuicio. Es evidente que, en este caso, no podría jugar la discriminación por razón de sexo-género, si bien sí, como en su día sostuvo el TC, la discriminación por circunstancias familiares. En el caso referido medió acuerdo.

Del mismo modo que la protección de la conciliación, como derecho social fundamental, en sí mismo y diferenciado respecto de la no discriminación, debe también desplegar su manto sobre los hombres corresponsables, o responsables en sí. Y así lo deja de manifiesto la interesante [STSJ de Madrid 793/2018, de 21 de septiembre](#), relativa al cuidado del cónyuge gravemente enfermo (responde a la regla general de interpretación de la norma convencional en el sentido más favorable al disfrute de permiso [ex STS 419/2018](#)). Frente a los estereotipos de sexo y género exhibidos por el TS portugués, y reprobados por el TEDH ([caso Carvalho Pinto de Sousa](#)), la sala madrileña, quizás con un exceso de moralina, recuerda que no solo la esposa debe cuidar al esposo, también este debe cuidar de la esposa enferma, pues «no es solo un deber, sino un derecho. El actor ha cumplido con un imperativo categórico que le honra como persona y esposo [...]» (FJ 8.º). También identifica la realidad social actual con la conciliación de los tiempos de vida y de trabajo (productivo y reproductivo), que de carecer de cobertura económica se reducirían a puro simbolismo o retórica (carácter ilusorio de los derechos de conciliación si no permiten que la compatibilidad sea real, presuponiendo algún modo de recursos económicos).

Asimismo, ¿acaso no tenemos los varones enfermedades que nos son propias y que pueden significar estigmatización? ¿Nos perjudica entonces la identificación de las «garantías sexuales»? Planteadas como efectividad de la igualdad entre sexos, todos merecen igual tutela, pero, de nuevo, a partir de garantías diversas y específicas. La clave del enfoque de género, en la regulación y en la interpretación, no está en favorecer, o recuperar, privilegios de estatus, sino en la capacidad del derecho –poderes públicos, sujetos colectivos e intérpretes (el término es neutro)– para diseñar y realizar, de forma seria, un sistema de garantías capaces de asegurar la efectividad de la igual dignidad de derechos de todas las personas, pero sin abstraernos de sus diferencias, para que aquella sea real ([art. 9.2 CE](#)).

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Juzgar con perspectiva de género en el orden social: ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 175-187.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0