

El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total?

Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Por imperativo legal, además de por exigencias de los compromisos internacionales asumidos por España, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo lleva años aplicando, al menos en el plano del discurso hermenéutico, la perspectiva de género, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social. Ahora bien, cuando se lleva a cabo un estudio profundo de su jurisprudencia, el balance resultante es mucho menos positivo del que derivaría de la posición teórica. Precisamente, en estos últimos meses, la Sala Social del Tribunal Supremo ha dictado una serie de sentencias en el ámbito de la Seguridad Social que desnudan las dificultades aplicativas, también las diferencias de posiciones en el seno del Alto Tribunal, tanto de la perspectiva de género como de la perspectiva de infancia (interés superior de la persona menor). Este análisis jurídico, expositivo y crítico, pretende dar cuenta de tres de las más relevantes sentencias (dos de ellas relativas al complemento de maternidad ex art. 60 Ley general de la Seguridad Social, la tercera relativa al permiso por nacimiento para las familias monoparentales ex arts. 177 y ss. Ley general de la Seguridad Social y 48 Estatuto de los Trabajadores). De su conflictividad da cuenta que dos de ellas se hayan dictado con votos particulares y en un escenario de extrema disparidad de criterios de los tribunales de suplicación que, en ciertos casos, se han situado más allá de la función interpretativa de las leyes para aventurarse en una auténtica, y polémica, función creativa.

Palabras clave: perspectiva de género; interés superior de la persona menor; pensiones públicas; Seguridad Social; familias monoparentales; complemento de maternidad; gobierno de los jueces.

Recibido: 15-03-2023 / Aceptado: 15-03-2023 / Publicado (en avance *online*): 27-03-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18731>

The "wobble" of the gender (and children's) perspective in recent case law: can "maternity damage" (even single-parent) be compensated through Social Security without its total judicialisation?

On the occasion of Supreme Court Rulings 111/2023, of 8 February, 167/2023, of 27 February, and 169/2023, of 2 March

Cristóbal Molina Navarrete

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

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Abstract

By legal imperative and international law mandates, the jurisprudence of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court has been applying the gender perspective for years, at least at the level of hermeneutical discourse, especially in the field of Social Security. However, an in-depth study of its jurisprudence reveals a much less positive balance. Precisely, in recent months, the Social Chamber of the Supreme Court has handed down a series of sentences in the field of Social Security in which the application difficulties are exposed, as well as the differences in positions within the High Court, both from the gender perspective as well as the childhood perspective (best interest of the child). This expository and critical legal analysis aims to account for three of the most relevant judgments (two of them related to the maternity supplement *ex art. 60 General Law on Social Security*, the third related to birth leave for single-parent families *ex arts. 177 et seq. General Law on Social Security and 48 Workers' Statute*). It is clear from their conflict that two of them have been issued with private votes and in a scenario of extreme disparity of criteria of the appeal courts that, in certain cases, have gone beyond the interpretative function of the laws to venture into an authentic, and controversial, creative function.

Keywords: gender perspective; best interest of the child; public pensions; Social Security; single-parent families; maternity supplement; government of judges.

Received: 15-03-2023 / Accepted: 15-03-2023 / Published (online preview): 27-03-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). The "wobble" of the gender (and children's) perspective in recent case law: can "maternity damage" (even single-parent) be compensated through Social Security without its total judicialisation? On the occasion of Supreme Court Rulings 111/2023, of 8 February, 167/2023, of 27 February, and 169/2023, of 2 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18731>

El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total?

[...] los actos justos [...] cubren lagunas de la ley particular [la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo] y escrita. Porque, efectivamente, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, cierto es, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores [...].

Aristóteles (*Retórica*)

Contra esta falacia [realista] que equipara el derecho y el hecho [«principio de efectividad»] debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional que estaba presente en Francisco de Vitoria y en Kant. En un doble sentido: rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo «tomando en serio» el derecho. [Los] Estados que se hallen en contradicción con él no suponen «desmentidos» a su existencia, como a menudo lamentan juristas y politólogos realistas, sino más bien «violaciones» cuya ilegitimidad debe ser obligatoriamente denunciada. [...]. En otras palabras, gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial.

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*)

1. Marcos normativos: el ambiguo imperativo internacional de diligencia debida de género y de infancia en la producción e interpretación de las leyes

El carácter evolutivo, legal y culturalmente, del derecho en general (*Sentencia del Tribunal Constitucional –TC– 198/2012, de 6 de noviembre*), y de la «rama social del derecho» (*art. 1 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–*) en particular, ha supuesto que, junto al persistente dominio de los cuatro grandes cánones clásicos de la interpretación (literal, sistemático, realista y teleológico) ex *artículo 1 del Código Civil* (CC), se hayan ido abriendo camino, no de forma pacífica, ni lineal, otros más recientes. Por lo que ahora aquí interesa, hay que destacar dos.

En primer lugar, la «perspectiva de género», que ha conocido un notable auge desde inicios de esta década, primero en los tribunales superiores de justicia, después en el seno

de la jurisprudencia social (también en la penal, pero aquí con mayor ambivalencia aplicativa y resistencias culturales más señaladas). En segundo lugar, y no desconectado de ella, pero con una dimensión específica y más amplia, la «perspectiva de infancia», esto es, la proyección transversal al juzgar en el orden social del principio de «interés superior de la persona menor» (principio que sigue formulándose al margen del lenguaje inclusivo de género, pero no hay que resignarse a que eso pueda cambiar como debe y nosotros así lo hacemos). Nuevos cánones hermenéuticos transversales y obligatorios, no opcionales, que se reflejarían en todos los ámbitos de esa «rama social del derecho», también, en consecuencia, y con una creciente intensidad en el ámbito del derecho de la Seguridad Social ([Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023](#)), que es el seleccionado para esta glosa de análisis y crítica jurisprudencial.

Conviene insistir en que estos cánones innovadores de enjuiciamiento no son ni un modismo hermenéutico, fruto del esnobismo cultural, ni una mera opción de la política jurisdiccional del derecho, según la inclinación respecto de la eterna dialéctica entre la función de progreso y la función conservadora en la interpretación de las leyes (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 18 de mayo de 1933), sino sendos mandatos legales, por lo tanto, inesquivables en toda decisión, tanto de política legislativa como jurisdiccional. Recuérdese, para la perspectiva de género, el [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH). Y para la perspectiva de infancia, inequívoco y contundente es el [artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del menor, reforzado en todas sus sucesivas modificaciones, cada vez más frecuentes (por ejemplo, [LO 8/2015, de 22 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

Una y otra perspectiva, en su dimensión de expresión de la tutela de la diversidad en igualdad, así como de la prohibición de disposiciones y actos, públicos y privados, discriminatorios, no solo se habrían reforzado, sino que se han ampliado en leyes aún más recientes, por explorar en el ámbito sociolaboral, como el [artículo 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación. A su tenor: «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 [de oficio] con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Esta firmeza normativa patria del reconocimiento y garantía de las perspectivas, de género e infancia (y no discriminación efectiva, real, de resultado, en general), fuera parte de sus desmentidos, lagunas, paradojas y contradicciones (vicios) en el plano real, no es tampoco una decisión nacional que queda sola. Responde claramente al reforzado compromiso del Estado español con las normas y estándares internacionales. En ellos se halla una fuerte condicionalidad multinivel que alienta la puesta en práctica efectiva de ambas perspectivas de enjuiciamiento social y de los principios jurídicos subyacentes. Consecuentemente, dada su prevalencia (arts. [30 y 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), de tratados y otros acuerdos internacionales), penetran con una creciente intensidad de principios y

valores de carácter sustancial en la racionalidad formal de los procesos de producción normativa, en el momento legal, sí, pero igualmente en el de interpretación de las leyes y del derecho, también en el de la Seguridad Social, como es obvio, máxime teniendo en cuenta la finalidad de esta de atender adecuadamente las varias situaciones de necesidad social que cubre (por ejemplo, [STS 106/2023, de 7 de febrero](#) –que promueve lectura material de las normas reguladoras de las pensiones no contributivas para garantizar una protección mínima suficiente–).

No se trata solo de objetivos programáticos. Como, por ejemplo, el –ahora tan invocado, tanto como incumplido– [objetivo 5](#) de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. En su virtud, la igualdad entre las mujeres y los hombres no se configura solo como un derecho humano fundamental, sino también como un pilar inexorable para reconstruir un mundo mucho más próspero, equitativo y sostenible. A tal fin, se necesitarán nuevos marcos legislativos, erradicando las prácticas nocivas que siguen perpetuando y alimentando las brechas de género, en el mundo del trabajo y en el de la Seguridad Social. Pero para que tengan credibilidad, también se precisa una aplicación jurisdiccional acorde con ese objetivo, en aras de lograr resultados efectivos, reales. De ahí que requiera de principios y reglas vinculantes para ganar efectividad y, por lo tanto, ser «tomadas en serio» (Dworkin).

Sería el caso, de un lado, del «principio jurídico-internacional de diligencia debida en clave de género», cuya principal construcción, a nuestros efectos, la encontraremos en el marco de la doctrina hermenéutica (interpretativa y aplicativa) de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (Convención CEDAW), que ha venido estableciendo el Comité CEDAW ([Recomendación general 16 sobre igualdad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#)). Este exige garantizar y promover la igualdad de resultado a todos los poderes públicos, incluidos los tribunales (función correctora de los prejuicios y perjuicios de género subyacentes en las leyes). De otro lado, el principio del interés superior de la persona menor (por ejemplo, art. 24.2 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–; [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– de 18 de mayo de 2021, caso Valdis Fjólnisdóttir y otros c. Islandia](#)), principio general de civilización humana, que no sería solo un criterio interpretativo, sino también fuente creadora de derechos de garantía (vínculos normativos adecuados para la efectividad a los derechos subjetivos) para la mejor protección (razonable) posible para las personas menores ([Convención sobre los derechos del niño](#) –art. 3–; [Convención CEDAW](#) –arts. 5 y 16–; entre otros muchos).

Ahora bien, como ya se reflejó en el editorial de este monográfico, que no haya ninguna duda en la firmeza del reconocimiento y garantía de estos principios en el actual sistema multinivel de protección de los derechos sociales no significa que sea fácil fijar su contenido concreto. Más bien sucede todo lo contrario, como evidencian numerosos litigios abiertos en nuestra experiencia al respecto. Pongamos algunos ejemplos, aunque sea en forma enunciativa, para verificarlo, antes de analizar las sentencias aquí comentadas.

Para el principio de diligencia debida para la garantía y promoción de la igualdad de resultados entre géneros en las relaciones de trabajo (y, por lo tanto, de una manera derivada, en las relaciones de Seguridad social), de gran interés es traer a colación la [STS 270/2022, de 29 de marzo](#). Esta sentencia no observó tacha en el derogado despido por absentismo desde el juicio de convencionalidad, afirmando su conformidad con las normas internacionales (sistema multinivel de protección). En cambio, la derogación de aquella causa de despido, anticipada en suplicación, se debió a la imputada violación de esas mismas normas internacionales, incluida la perspectiva de género ([Convención CEDAW](#)). Asimismo, de la especial dificultad para identificar un contenido y una valoración concretos del principio de diligencia debida en perspectiva de género, daría cuenta el que, partiendo de los mismos presupuestos y principios internacionales en el plano del discurso normativo, el voto mayoritario emitido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Canarias/Las Palmas 105/2023, de 24 de enero](#)), negará toda ampliación del permiso de nacimiento a las familias monoparentales encabezadas por mujeres (4 integrantes del tribunal), mientras que el voto minoritario (2 integrantes) reconocerá tal derecho. Volveremos sobre este tema.

En el plano de la valoración concreta u operativa del principio de protección del interés superior de la persona menor reseñamos la [STS, Sala 1.ª, 277/2022, de 31 de marzo](#). Dictada en Pleno y sin votos particulares, consolida su criterio contrario a la maternidad subrogada, fijado en el precedente de 2013, si bien dictado en este caso con una mayoría de 5 a 4. Para la Sala Civil, con la solución adoptada, que abre la filiación adoptiva, no la biológica de la madre subrogante, lejos de orillarse el interés superior de la persona menor, se protegería mejor, con su «valoración en concreto», como exige el TEDH:

[...] pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales [...] dignos de protección, como son los [...] de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución [...] tratados como simples mercancías [...] (FJ 4.º 14).

¿Contundente y convincente? A mi juicio, sí. Pero no le parece lo mismo a la Sala Social del TS que, superada una inicial y tímida crítica jurídica interna ([STS 881/2016, de 25 de octubre](#)), no ha tenido reparo en reconocer/crear la protección por «maternidad subrogada» en aras del «interés superior del menor» (últimamente, si bien en este caso media adopción por la cónyuge del padre biológico y madre subrogada, [STS 997/2022, de 21 de diciembre](#)). En suma, lo que para la Sala Civil es una gravísima violación de derechos fundamentales, para la Sala Social es inocua a efectos de prestaciones¹.

¹ Concluye que «procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad [...] sin que tenga relevancia alguna que [...] nos encontremos ante un supuesto de maternidad subrogada».

2. Relatos de hechos y términos de los debates en la suplicación recurrida: unos escenarios con exceso de disparidad de criterios de «jurisprudencia menor»

2.1. Hechos y doctrina de suplicación en la STS 111/2023, de 8 de febrero: lectura alternativa del hecho causante del «complemento de maternidad»

Una mujer, afiliada en el régimen general de la Seguridad Social, profesora de enseñanzas secundarias, inició un proceso de incapacidad temporal (IT) derivado de un accidente de trabajo, extinguiéndose dicho proceso el 5 de diciembre de 2015 (expediente). Pocos días después, el 10 de diciembre de 2015, presentó en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) solicitud de incapacidad permanente (IP), que le fue inicialmente denegada (7 de marzo de 2016), obteniendo en vía judicial la IP cualificada derivada de accidente de trabajo con efectos desde la valoración del Equipo de Valoración de Incapacidades. El 23 de marzo de 2017, solicitó el complemento de maternidad por aportación demográfica en varias ocasiones (10 %), todas ellas denegadas al entender el INSS que este complemento se reconoce tan solo a pensiones «cuyo hecho causante jurídico es a partir del año 2016, considerando que el hecho causante jurídico de la pensión de la actora es el 5 de diciembre de 2015».

La inicial demanda contra esta resolución fue desestimada en la instancia social, pero en el recurso de suplicación social vería estimada su pretensión ([STSJ de Canarias/Las Palmas 1035/2019, de 30 de septiembre](#)). Dos son básicamente las razones jurídicas que sustentan este fallo revocatorio. De un lado, propone una interpretación sistemática y finalista alternativa a la literal de la [disposición final única de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) (el complemento por maternidad será de aplicación «a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016»). Su sentido es el de fijar una excepción al régimen del [apartado 6 del artículo 60 de la LGSS](#), únicamente en relación con la entrada en vigor de la ley. En consecuencia, la fecha del hecho causante será la del reconocimiento de la pensión que da lugar al complemento, claramente posterior al 1 de enero de 2016.

De otro, el clásico principio «pro persona» beneficiaria de la pensión, en la medida en que, ante la posibilidad razonable de dos interpretaciones distintas y alternativas, se ha de elegir la que más beneficie a la persona beneficiaria. A su entender, la voluntad de la ley, reflejada en el artículo 174, párrafo quinto (fija la fecha de efectos de la prestación en la de emisión de la resolución que la reconoce, salvo que su importe sea superior al del subsidio por IT previo, supuesto en que se retrotraen sus efectos a la fecha de extinción de la IT), sería la de mejorar la prestación por IP en la forma señalada. Por tanto, avalaría una interpretación de la disposición final única en el sentido expuesto de conceder el complemento a la fecha de su reconocimiento.

2.2. Relato fáctico y doctrina de suplicación recurrida en la STS 167/2023, de 27 de febrero: para el complemento también computa quien nace muerto

Una mujer, en este caso jubilada y con complemento de maternidad del 10 % (nacimiento de 3 hijos/as), solicitó un incremento hasta el 15 %. Alegó que tuvo otro descendiente, que nació muerto. Denegado por el INSS y desestimada la demanda en instancia social, en suplicación (TSJ de Cantabria) se reconoce su derecho a incrementar el complemento.

2.3. Hechos y doctrina de suplicación en la STS 169/2023, de 2 de marzo: la «madre» monoparental puede acumular el permiso como si hubiese «padre»

De nuevo, otra mujer, ahora titular de una familia monoparental y con suspensión de su contrato de trabajo por disfrutar de una prestación por nacimiento, reclama que se le reconozcan, además, las semanas atribuidas al permiso de nacimiento que hubiera podido corresponder en caso de ser biparental, y existir padre («el otro» progenitor). La entidad gestora lo rechaza por no tener cobertura en ninguna situación protegida ex [artículos 177 a 180 de la LGSS](#) de conformidad con los artículos [183](#) y [318](#) del mismo cuerpo legal. Interpuesta la reclamación previa legalmente prevista y presentada, tras su rechazo, demanda judicial, la instancia social la desestimó. En cambio, el recurso de suplicación revocaría el fallo de instancia y reconocería el permiso de nacimiento ampliado pretendido. La doctrina de suplicación sentada por el TSJ del País Vasco se centró en la aplicación expresa de la doble perspectiva de género y de infancia, en la medida en que, de no reconocerse este derecho por duplicado, se incurriría tanto en una (pretendida) discriminación indirecta por razón de sexo, dado que son las mujeres las prevalentes en este tipo de familias, como en una discriminación de las personas nacidas en familias monoparentales, pues tendrían menos tiempo de cuidado que las nacidas en familias biparentales.

3. Los criterios de unificación: síntesis de los razonamientos para los fallos y, en su caso, votos particulares

3.1. El canon de género no puede corregir la fecha legal del hecho causante del artículo 60 de la LGSS identificándola con la del reconocimiento de la IP

Recurrida la [STSJ de Canarias/Las Palmas 1035/2019, de 30 de septiembre](#), en unificación de doctrina, por parte de la mutua e invocada de contraste la [STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018 \(rec. 1155/2017\)](#), la [STS 111/2023, de 8 de febrero](#), estimará el recurso

y revocará la de suplicación canaria. A su juicio, no habría una base legal suficiente para entender que la expresión legal pensiones «que se causen a partir de 1 de enero de 2016» pueda equipararse a «prestaciones reconocidas» (FJ 3.º 5). La clara, a su juicio –ya veremos que, en mi opinión, yerra– dicción literal del texto (prevalencia del sentido literal de la palabra de ley) hace inequívoco el sentido de la previsión legislativa.

Por lo tanto, no cabría proponer una lectura alternativa de la norma legislativa, tampoco de la reglamentaria de desarrollo, ni atendiendo al fin perseguido, que sería el fijar el hecho causante en el preciso momento indicado, sin excepción alguna, ni al principio de favor hacia la persona beneficiaria, porque no hay duda interpretativa que abra una opción para el juicio interpretativo, ni tampoco a la perspectiva de género. En última instancia, dado el margen de libertad de decisión de la ley, esta pudo situar el hecho causante en el momento de reconocimiento de la pensión base que da lugar al complemento ex artículo 60 de la LGSS, pero no lo hizo así, sino que su voluntad fue la de usar «la expresión pensiones que se causen a partir de 1 de enero de 2016». Más aún. Esa voluntad permanecería, porque el Real Decreto-Ley 3/2021 «no modificó la disposición final única» de la LGSS. En suma, ha de estarse, también en clave sistemática, a la letra de la [disposición final única.2 de la LGSS](#) según el [artículo 13.2 de la Orden ministerial de 18 de enero de 1996](#).

3.2. El complemento de maternidad presupone el nacimiento con vida por exigirle su fin, sin ser de aplicación el canon de género. Voto particular

Recurrida en casación unificadora, por el INSS, la doctrina del TSJ de Cantabria que ha venido reconociendo el complemento por maternidad, en la versión del artículo 60 de la LGSS, también por las personas descendientes nacidas muertas, la citada [STS 167/2023, de 27 de febrero](#), lo estimará, considerando que se exige la condición de nacimiento con vida. Y ello por así exigirle una interpretación teleológica, pues en el caso de nacimiento sin vida no se cumpliría la finalidad perseguida de premiar la aportación demográfica ni la de compensar el trabajo de cuidar. Asumido el informe del Ministerio Fiscal, el TS, en su voto mayoritario, recuerda que el complemento por maternidad no persigue el objetivo de proteger la gestación, sino el de compensar la aportación demográfica derivada de la natalidad en los términos analizados. Asimismo, como en el caso anterior, el TS, sobre la base del criterio histórico-legislativo ex [artículo 3.1 del CC](#), relativo a la evolución legislativa de la institución interpretada, reafirmará su criterio apelando a la vigente regulación. En ella no solo se exige expresamente la condición de nacimiento con vida, sino que, como prueba de la centralidad del objetivo de compensar el perjuicio derivado del trabajo de cuidar, se prevé el rechazo a reconocer el complemento de reducción de brecha de género a quien –padre o madre– sea privado de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o a quien haya sido condenado por violencia filial.

Precisamente, teniendo en cuenta que la [versión precedente del artículo 60 de la LGSS](#) ha de aplicarse por igual a mujeres y hombres, carecería de sentido invocar la perspectiva

de género, pues la interpretación beneficia, o perjudica, por igual a unas y otros. No opina así, en cambio, el voto particular formulado por la presidenta en funciones de la Sala 4.^a del TS, que defiende que, en este supuesto, al ser pretendido por una mujer el complemento, sí se debía conceder. A su juicio, el canon hermenéutico o la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no habría ninguna razón jurídica para apartarse de la doctrina jurisprudencial de la propia sala, atendiendo las circunstancias del caso, y las desventajas o perjuicios derivados de la maternidad.

3.3. Ni discrimina ni vulnera el interés superior de la persona menor denegar a la madre monoparental el permiso del padre, opción legal, no jurisdiccional

En el recurso del Ministerio Fiscal, por la vía casacional específica del [artículo 219.3 de la LRJS](#), contra la doctrina de suplicación del País Vasco, en el caso [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#), la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), volverá a dictar un fallo estimatorio del recurso. En consecuencia, considera legítimo denegar el derecho de las mujeres (madres) que encabezan unidades familiares monoparentales (originarias o sobrevenidas) a acumular el permiso que, por nacimiento, hubiera correspondido al padre (el otro progenitor) de haber existido, como si de una pareja biparental se tratara. Ninguna norma nacional ni internacional, relativa a la prohibición de discriminación y a la protección de infancia, exigiría reconocer, por vía interpretativa, un derecho prestacional, que actuaría como auténtica acción positiva, no como corrección de prejuicios o estereotipos de género de las leyes, exigible [ex artículo 4 de la LOIEMH](#) en relación con los [artículos 14 y 9.2](#) de la Constitución española (CE), correspondiendo su reconocimiento a una opción de política legislativa del derecho de Seguridad Social.

Tampoco la [Directiva 2019/1158, de 20 de junio](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, permitiría alcanzar otra conclusión. Al respecto, recuerda que la legislación española no es ajena en modo alguno a sus dictados, pues la reforma operada por el [Real Decreto-Ley 6/2019](#) supondría, en buena medida, un anticipo de la regulación comunitaria. Así:

[...] nuestra legislación es expresión de una voluntad normativa tendente al cumplimiento estricto y completo [...], adelantándose [...] a las previsiones contenidas en la Directiva de la UE 2019/1158 y resulta ser perfectamente compatible con las exigencias que derivan del resto de la normativa internacional [...].

Por supuesto, tampoco aquí la sala va a renunciar al criterio del historial legal, en virtud del referido criterio interpretativo de los «antecedentes históricos y legales». Al respecto, recurrirá a los antecedentes legislativos y recuerda que, en fechas recientes, el Parlamento español habría rechazado varias iniciativas en tal sentido. Así, desestimó una proposición no de

ley que propugnaba la ampliación en el caso de familias monoparentales. El Senado excluyó por abrumadora mayoría una enmienda del mismo tenor, modificativa del [artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), al proyecto de ley de modificación de la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo (hoy [LO 1/2023, de 28 de febrero](#)).

En suma, el hecho de reconocer a la mujer trabajadora que encabeza una familia monoparental un solo permiso, como en el caso de las mujeres trabajadoras que forman una familia biparental, ni constituye una discriminación indirecta por razón de género ni vulnera el derecho al cuidado de la persona menor descendiente. En cambio –introduce aquí argumentos ya claramente más de política jurisdiccional del derecho que de técnica normativa–, considerar lo contrario, reconocer ese derecho acumulado o duplicado, no solo supondría ejercer una función de suplencia legislativa por parte de la jurisdicción a la hora de conformar el sistema de prestaciones de Seguridad Social, creando una nueva por vía interpretativa, sino que crearía en la gestión contractual de la empresa notables distorsiones, pues exigiría aumentar el tiempo de suspensión contractual, con el coste que para las empresas ello supone, económico y/o de organización. En síntesis, no se está ante ninguna discriminación, ni de género ni de infancia, sino ante «un [...] déficit de protección concreto consentido y querido por el legislador».

El voto particular no considerará, en cambio, que el vicio jurídico sea de pura laguna, incluso de un silencio elocuente, sino de auténtica antinomia jurídica, que debe ser necesariamente corregida en vía jurisdiccional. Desde la perspectiva de infancia, el voto minoritario reprocha al mayoritario que no realice una interpretación correctora-integradora de los [artículos 177 y siguientes de la LGSS](#), y [48.4 del ET](#) a la luz de los [artículos 39 de la CE](#), [24.2 de la CDFUE](#), [3.1 de la Convención sobre los derechos del niño](#), [artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996](#), así como de la [Directiva 2019/1158](#). Inequívoco sería el preámbulo de la [Ley orgánica 8/2015](#), que recuerda cómo el principio interpretativo del interés superior de la persona menor exige, si hay dos, «optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor». En lo que concierne a la perspectiva de género, el reproche es mayor, porque reprueba al voto mayoritario –parece excesivo– que ni justifique ni razone por qué «en el presente caso se aparta de la doctrina [función integradora] establecida por nuestra [...] Sala IV».

4. Trascendencia de los criterios más allá de los casos: ¿relativización operativa en extremo prudente o debida de las perspectivas de género y de infancia?

4.1. ¿«*In claris non fit interpretatio*»? : principio de favor y canon de género en el hecho causante del complemento de reducción de la brecha

De las tres sentencias, que, como se ha visto, presentan más de un punto en común para la teoría y la interpretación del derecho de la Seguridad Social en clave de género, la

primera, la [STS 111/2023, de 8 de febrero](#), ha pasado desapercibida, para la prensa y para la comunidad científica jurídico-social, acaso por la inexistencia de crítica interna (se dicta sin voto particular) y lo contundente de su posición interpretativa. Ante el tenor tan claramente establecido –a su entender, ciertamente cualificado institucionalmente, aun no exento de crítica científica– en la [disposición final única de la LGSS](#) y en la norma reglamentaria ([art. 13.2 Orden de 18 de enero de 1996](#)), no cabría interpretación alternativa correctora o superadora, ni acudiendo a una lectura finalista-sistemática ni en virtud de criterios axiológicos específicos del sistema (principio de favor para la persona beneficiaria), como propone la doctrina de duplicación social recurrida. Pero tampoco invocando «la parte recurrida [...] a la perspectiva de género».

¿Tan voluntaristas y descaminadas resultan ambas posiciones interpretativas, la imparcial y cualificada del tribunal de duplicación, al proponer una lectura correctora en clave finalista y de principios sustantivos, por encima de la letra, sin necesidad de apelar en este caso al canon de género y la, ciertamente, interesada de parte recurrente en casación, que sí lo hizo? A mi juicio, no. En relación con la interpretación de la sala social canaria, una simple comparación del afanoso esfuerzo de razonamiento realizado por aquella, para alcanzar su solución correctora, con el realizado, bastante más reducido, por la sala de duplicación evidenciará lo discutible de su doctrina jurisprudencial. El TS se ha limitado a una interpretación literal, sin mayor despliegue argumental, apelando, para reforzar su comprensión de la disposición final única, a una norma reglamentaria, que no deja de arrastrar el peso de una tradición siempre adaptada al tiempo actual.

Pero, de este modo, vuelve a incurrir en una falacia interpretativa, la derivada del viejo, y superado, aforismo subyacente a esa lectura: «*in claris non fit interpretatio*», máxima de un tiempo jurídico en el que dominaba una visión de positivismo formalista en la comprensión de las leyes. Aunque a veces se confunde con un principio general, es la máxima estereotipada de una regla escolástica que, en el fondo, incurre en una tautología: la regla práctica resultaría de un juicio apriorístico basado en la letra de la ley en vez de constituir el resultado del proceso interpretativo o hermenéutico propiamente, en el que tengan la debida cabida todos los criterios hermenéuticos, que son obligatorios, tanto los del [artículo 3 del CC](#) como el del [artículo 4 de la LOIEMH](#) (género). En suma, para el TS no cabe realmente interpretación alguna de la ley, sobre todo del reglamento, sino su mera aplicación al hecho litigioso (método formal de la subsunción del caso en la norma), sin más. De lo contrario, el tribunal estaría extralimitándose al alterar su sentido racional y literal, en perjuicio del sistema prestacional (entidad gestora, aquí) y a favor, indebidamente, de la persona beneficiaria (por ejemplo, en el ámbito contencioso, la STS, Sala 3.^a, 1000/2018, de 13 de junio).

Es decir, la sala da como resultado interpretativo el tenor literal del precepto sin preguntarse si esa es realmente la única lectura, tras aplicar los criterios hermenéuticos, que descarta, circularmente, porque no habría nada que interpretar realmente ante una dicción literal tan «claramente» formulada. Justamente, la sala canaria, después de un muy exhaustivo y riguroso repaso tanto del marco normativo como jurisprudencial, así como de doctrina

judicial de suplicación, entiende que de una interpretación sistemática (contexto al que se refiere el [art. 3 CC](#)) de los preceptos que regulan el complemento por maternidad ([art. 60.1 LGSS](#) y [disp. final única](#) de la misma) «permiten alcanzar otra solución». Y es que, en el fondo, interpretar que la [disposición final única](#) dice exactamente lo mismo que el [artículo 60.1 de la LGSS](#) reduciría al absurdo la disposición extravagante final, por lo que debe tener otro sentido, según la sala:

[...] desde esta perspectiva carece de sentido la referencia de la disposición final única a la entrada en vigor del complemento discutido, salvo que la finalidad del legislador no hubiere sido insistir en lo que resulta del art. 60.6 LGSS respecto a su régimen jurídico, sino excepcionar el mismo únicamente en relación con la entrada en vigor de la ley, a efectos de poder aplicar la normativa que lo reconoce, en supuestos como el de autos.

Precisamente, es una regla de coherencia interpretativa la que exige favorecer una lectura que haga efectiva la finalidad de la norma, que debe ser facilitar el acceso a quien está en la situación protegida, en detrimento de la que reduce su campo aplicativo y prima, pues, la racionalidad económica. Por tanto, debería elegirse, cuando cabe más de una posibilidad, la interpretación que propicia «promover el reconocimiento del complemento desde la misma fecha de entrada en vigor de la ley en 2016». El criterio de la finalidad reforzaría, pues, el de sistematicidad. Como razona con precisión y rigor, a mi juicio, la sala canaria, la actual regulación de la pensión de IP responde a un objetivo de protección efectiva de la persona beneficiaria de la IP. Así, el [artículo 174 de la LGSS, párrafo quinto](#) (FJ 2.º [STSJ de Canarias/Las Palmas casada](#)):

[...] fija la fecha de efectos de la prestación en la de emisión de la resolución que la reconoce, salvo que su importe sea superior al del subsidio por IT [...]. En caso contrario se mantiene el devengo del subsidio hasta la fecha de la resolución reconociendo la invalidez. La voluntad [legal] de mejorar la prestación por incapacidad permanente en la forma señalada es favorable a la interpretación de la disposición final única, en el sentido de otorgar el complemento a la fecha de su reconocimiento.

Y, en todo caso, si existe duda –que existe–, habría que acudir al principio de justicia material, consistente en el favor hacia la persona beneficiaria (SSTS de [14 de septiembre de 2016, rec. 1990/2015](#), o de [28 de febrero de 2019, rec. 266/2017](#)).

En suma, a diferencia de lo que entiende el TS, una interpretación sistemática, e incluso de lógica racional, permite dudar de cuál es el sentido real de la norma, máxime teniendo en cuenta que parece poco razonable privar a una mujer del complemento de maternidad cuando, en realidad, ha accedido a la pensión básica que lo permite después del 1 de enero de 2016. La cuidada argumentación de la sala canaria merecía, al menos, el beneficio de la duda. Sobre todo tratándose de mujer y apelar al [nuevo artículo 60 de la LGSS](#).

En efecto, aquí emerge el segundo yerro de la sentencia comentada, siempre con el debido respeto y, a mi entender, en estricto ejercicio de la función de crítica científica jurídico-social. El TS parece agotar el valor del canon de la perspectiva de género a la existencia de una duda interpretativa, de modo que, no habiendo duda, no habría lugar a interpretación integradora-correctora alguna. Pero, como es evidente, esa visión tan reductiva es contraria al [artículo 4 de la LOIEMH](#), en la medida en que el canon de género no solo interviene *a posteriori*, tras los demás criterios hermenéuticos y a resultados de no lograr la ansiada interpretación única e inequívoca, sino que debe presidir incluso la aplicación de los criterios del [artículo 3 del CC](#) (en este sentido, [STS 576/2022, de 23 de junio](#) –que integra el claro tenor omisivo del [art. 235 LGSS](#) e incluye, a los efectos de tener en cuenta el beneficio de los días cuota por parto, el subsidio de personas mayores de 55 años–).

Cierto, que sea una mujer la que solicita el complemento no significa de manera necesaria que concurra esta necesidad de interpretación integradora de género, porque es posible que, en el caso, no concurra esa dimensión. Y así sucedería, sin duda, respecto de la versión del [artículo 60 de la LGSS anterior a su reforma el año 2021](#), esto es, en su formato –todo un dislate y caótico– de «complemento de maternidad», porque, tras ser declarado disconforme al derecho de la Unión Europea (no al marco constitucional), se reconocería por igual a mujeres y hombres. Como, por cierto, para otro aspecto de este régimen jurídico (el no cómputo de quienes nacen sin vida), ha entendido la [STS 167/2023, de 27 de febrero](#). Precisamente, en algún otro relativamente reciente supuesto (ya [analizado en un número anterior de esta revista](#)), el de la [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), donde tuvo lugar un debate jurídico relativo a la fijación del hecho causante del complemento, en el caso también de una mujer que tenía reconocida la IP total (desde el 16 de marzo de 2015), y que luego obtuvo, tras la revisión por agravación ([art. 200.2 LGSS](#)), el grado de invalidez (posterior a 1 de enero de 2016), el voto particular que la acompaña, favorable a su concesión, negada por el mayoritario, no apeló a la perspectiva de género. La discrepancia se situó, jurídicamente, en la autonomía conceptual de ambos grados y a un cierto enfoque de los derechos de justicia material, aunque no se explicite así.

Ahora bien, si esta omisión o descarte de la perspectiva de género tiene razón de ser en la versión precedente, que es la aplicable al asunto aquí analizado, cambia de forma radical en la nueva versión, en la que sí tiene reflejo normativo esa perspectiva, sea en un plano normativo, sea en un plano práctico. En el primero, porque, al situar el presupuesto de la protección en el perjuicio profesional y social derivado de la condición biológica de maternidad (estereotipos de género), queda claro que la ley establece una clara preferencia por las mujeres, aunque no se descarte al varón. En el segundo, porque, verificando en la práctica esa preferencia normativa, se comprueba que el 90 % de beneficiarias son mujeres ([Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023, p. 60](#)). Algo que suscita ya suspicacias judiciales, considerando que la nueva versión es material, no formalmente, tan discriminatoria como la primera (por ejemplo, [STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 2022, rec. 1098/2022](#)). Por tanto, sin poder ir más allá en este sugerente tema, parece claro que sí tiene una dimensión de género cómo se entienda el hecho causante para la nueva versión. Aunque no

sea aplicable por razones temporales, la sala pudo advertirlo, al igual que acudió a la nueva regulación para reforzar su argumento literal-formalista.

Por supuesto, no desconozco que esta prevalencia normativa y real femenina, en el ámbito de las titularidades del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, pudiera hacer pensar que quien más se perjudica por lecturas estrictas serían los hombres. Pero no podrá negarse que dimensión de género tiene y muy significativa. En todo caso, no deja de ser curioso que el TS haya sido tan generoso con los hombres a la hora de fijar el momento a partir del cual se tiene derecho al complemento, estableciendo la mayor retroactividad posible, si bien el sistema normativo dejaba abiertas diferentes vías, más restrictivas, y muestre, sin embargo, un especial rigor formalista cuando son mujeres las que plantean conflictos interpretativos. Seguramente es pura casualidad o estricto celo en la aplicación de la ley, sin sospecha de favoritismo por razón de sexo. Por cierto, que esa generosidad sigue en la doctrina judicial actual a la hora de fijar el momento de eficacia –excluyente para una gran mayoría de hombres– de la nueva regulación, situándose no en la solicitud a partir del 4 de febrero de 2021, sino con efectos retroactivos desde la fecha de efectos de la prestación base que da lugar al complemento –IP, jubilación, viudedad–².

4.2. Nacer con vida, presupuesto del complemento: ¿no tiene género esta regla en la nueva modalidad de reducción de la brecha?

Precisamente, este uso interpretativo fluido e interactivo entre la (muy irracional) regulación legal del viejo complemento y la (más razonable, no perfecta) del nuevo, que tienen finalidades –e incluso regímenes³– diferentes (premio de natalidad –el eufémico fin de la contribución demográfica–; compensación del perjuicio del trabajo de cuidar por las personas que más lo sufren), pese a lo que suele afirmarse, se halla también en la [STS 167/2023, de 27 de febrero](#). Para la Sala 4.^a, que la reforma legal del [artículo 60 de la LGSS](#) prevea la condición de nacimiento con vida de la persona menor para devengar el complemento de reducción de la brecha de género, sería un argumento de refuerzo para sostener la misma regla excluyente en la versión de complemento por maternidad. ¿Tiene consistencia este argumento para alcanzar la conclusión a la que llega la Sala 4.^a?

² «El hecho de que el interesado no solicitase el complemento de maternidad antes del 4 de febrero de 2021, sino después de esa fecha, no priva de efectividad a un derecho que se incorporó a su haber patrimonial con anterioridad y que se rige por la normativa vigente en la fecha de nacimiento del derecho a la prestación sin que tal demora permita aplicar con carácter retroactivo una normativa que define y regula otra de características diferentes» ([STSJ de Madrid 167/2023, de 24 de febrero](#), FJ 2.^o).

³ Enfatiza esa diferencia de regímenes, entre otras muchas, la [STSJ de Madrid 167/2023, de 24 de febrero](#).

A mi juicio, no. Más aún. Este argumento es débil y, en realidad, se le puede volver muy fácilmente del revés: ¿si la nueva norma ha previsto expresamente esa condición de vida, no será que el poder legislativo era consciente de que en la versión anterior bien podría entenderse suficiente con el nacimiento? Una interpretación sistemática avalaría una respuesta positiva. Así, por ejemplo, en otros aspectos, como la inclusión ahora de la modalidad de jubilación anticipada, responde a la decisión deliberada de corregir la precedente exclusión, por lo que la nueva regla no debe usarse para interpretar que era una laguna de la anterior regulación, sino una garantía de mejora. Aunque algún sector minoritario de suplicación ha hecho una aplicación retroactiva, por exigirle el derecho a la no discriminación, pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sentenciado que no lo es ([asunto C-130/20](#)).

Con todo, creo que la posición mayoritaria es aquí sí la correcta respecto de esta cuestión. Para ello, es clave la interpretación finalista. El complemento de maternidad, ahora de vigencia solo transitoria (aunque muy polémica, convirtiéndose en auténticos campos de batalla judicial prácticamente todos los aspectos de su régimen jurídico, lo que amenaza contagio para el nuevo), responde a la vieja (y trasnochada) figura de los premios de natalidad. En consecuencia, no solo requiere nacimiento, sino crianza real.

Que de ello se derive una diferencia de criterio respecto de otras prestaciones en las que el nacimiento sin vida no priva de su devengo (por ejemplo, la de riesgo por embarazo, el permiso por nacimiento, etc.) no supone contradicción jurídica. Las situaciones de necesidad protegidas diversas y, en consecuencia, con distintas finalidades requieren presupuestos diversos. Ahora bien, no debemos dejar de señalar algunas disfunciones, que resultan de aplicación de esta exclusión a ambas modalidades. Enunciemos algunas.

La primera. ¿Si se excluye el complemento, en cualquiera de sus dos versiones, cuando se produce la desgraciadísima situación de nacimiento sin vida en el momento del parto, en la medida en que no se cumple ni la finalidad de premiar la natalidad y crianza (el complemento de maternidad) ni, por tanto, la compensación del perjuicio derivado del trabajo de cuidar a lo largo de la carrera profesional (complemento de reducción de la brecha de género), por qué sí se incluye cuando el fallecimiento se produce pocas horas después del nacimiento, incluso pocos días más tarde? Precisamente, la [STS 135/2023, de 15 de febrero](#), reconoce el complemento en el caso de un nacimiento vivo, pero con fallecimiento pocas horas después del bebé (mejor que «feto», que suelen decir los periódicos). Cierto, atendiendo a una perspectiva estrictamente formal, se constata una diferencia fáctica entre un caso y otro, lo que lleva a la Sala 4.^a a negar contradicción de las sentencias comparadas. Pero, desde una perspectiva material y de elemental juicio de razonabilidad, atendiendo a la finalidad del complemento discutido, no a cuestiones de obstáculo procesal para la unificación ex [artículo 219 de la LRJS](#), ¿alguien piensa seriamente que hay diferencias que justifiquen objetiva y razonablemente la diferencia de trato?

La segunda. Como se ha recordado, el nuevo complemento refleja, tanto en el plano normativo (por ejemplo, el complemento de reducción de la brecha no es dual, sino único,

a diferencia del de maternidad –no querido en el diseño legal, pero deriva lógica del carácter jurisprudencialmente discriminatorio; [STSJ de Cantabria 111/2023, de 24 de febrero](#)–, prefiriéndose, a igualdad de situaciones, la percepción de la mujer) como en el práctico, el favor por la percepción de la mujer. No por arbitrario, a mi juicio, sino por responder a un factor de compensación parcial, y presunta, de los perjuicios derivados del trabajo de cuidar en quienes son socialmente más perjudicadas, las mujeres, sin excluir a los hombres que acrediten tal perjuicio (interrupción en su carrera de cotización en fechas coincidentes con las de nacimiento de sus hijos/as), aunque sea difícil, hay que reconocerlo. Entonces, ¿sigue siendo adecuado excluir una perspectiva de género, como entiende el voto mayoritario, para preservar la finalidad de tan útil herramienta hermenéutica, pues no se benefician del mismo modo un género y otro, como considera el voto minoritario? Mi opinión emerge claramente para quien tenga la amabilidad de leer este análisis, por lo que me permitirán que no sea, en esta ocasión, explícito.

Finalmente. ¿Seguro que la maternidad solo genera perjuicios cuando nace vivo el/la bebé? La realidad nos dice que no, que se produce a menudo incluso antes del propio embarazo. Ahora bien, la corrección –incluso preventiva, desde luego reparadora e integral– no debe venir de la Seguridad Social, sino del derecho del trabajo.

4.3. ¿Quién debe compensar y cómo la mayor vulnerabilidad de las familias monoparentales?: la jurisdicción con una nueva prestación contributiva no

Sin duda, es la [STS 169/2023, de 2 de marzo](#), la que más expectativas levantaba y en la que se vislumbraba un debate jurídico más intenso, e irreconciliable en el seno de la Sala 4.ª, resoluble solo por el mecanismo democrático del voto mayoritario. Naturalmente, será también la que más defraude a los sectores de opinión, jurídica y social, que esperaban de esta sala un ejercicio creativo para reconocer, por vía jurisdiccional, lo que el Parlamento todavía no se ha atrevido a introducir. A los intentos fallidos ya comentados en el epígrafe 3.3, anotados por el voto mayoritario y el minoritario, pero con usos opuestos, claro, en virtud del [artículo 3.1 del CC](#), habría que añadir que, de momento, tampoco se recogería en el anteproyecto de la ley de diversidad familiar.

Pese a ser la que más interés suscita, no será la que merezca nuestra mayor atención en este análisis. Por supuesto, no por desinterés, sino por lo contrario, por no aburrir, en la medida en que esta cuestión está intensamente debatida, bastará con comprobar la infinidad de sentencias de suplicación dictadas en un sentido (a favor de la tesis del cúmulo total) o en otro (a favor de la tesis del incremento 0), o ecléctico (la tesis de la ampliación de solo 10 semanas). También el bamboleo experimentado por más de una sala, que ha pasado del todo a la nada, para situarse en el medio. He de añadir que ya he dedicado una nutrida atención a este argumento, cuando casi todas las posiciones se decantaban por la visión «progresista», la que admitía sin aceptar apenas críticas, de reconocer la duplicación de permisos.

Mi posición anticipaba, en lo sustancial, lo que es el voto mayoritario. Poco más se puede esgrimir, sino es alinearse con un argumento u otro, el mayoritario o el minoritario, y eso ya no añade a la ciencia, sino a la política del derecho. Pero yo ya lo hice con criterio propio, no me merece la pena ahora insistir. Honestamente, no puedo compartir, reconociendo su razonabilidad y su autoridad científica, la posición del voto minoritario. No solo por la maximización que hace de ciertos estándares sociales internacionales, como el interés superior de la persona menor, orillando que el criterio interpretativo debe vincularse a los derechos previstos en la convención, no aislarlo de la misma para crear nuevos. Los tribunales en el orden internacional (por ejemplo, TEDH) no han llegado nunca a tanto. Mi discrepancia viene también porque la preocupación loable del voto por la protección de las personas menores en las familias monoparentales está completamente ausente respecto de las que lo son de familias biparentales y que, por el principio contributivo, no pueden disfrutar de la atención 32 semanas, aun repartida entre padre y madre. El desaguizado creado con este baile de posiciones, donde cada tribunal ha decidido positivar su propia norma, al margen de sus efectos de coherencia, seguridad jurídica, igualdad de trato, racionalidad del entero sistema, se asemeja a un espectáculo dantesco, que el TS ha hecho bien en cerrar o, al menos, atajar.

Con el mismo respeto, personal y científico, no puedo compartir la crítica al voto mayoritario por eventual exceso de prudencia, pues aquí lo que se imponía era justo ese ejercicio de jurisdicción, por las aporías tan significativas que crearía reconocer, por decisión jurisdiccional, una prestación contributiva *ex novo* sin ponderación de criterios y presupuestos, solo con la simple regla de la duración duplicada, sin más. A mi juicio, el voto minoritario, y la legión de sentencias de suplicación que abandera, incurre en una clara confusión de la función de progreso (correctora-integradora) del derecho que exige la perspectiva de género y la de infancia con la de «uso social alternativo» del derecho, deslizando las fronteras, a menudo lábiles y fluidas, líquidas, desde aquella, que es una exigencia derivada de estos cánones hermenéuticos, hacia este, que es un claro vicio de exceso de jurisdicción, de peligroso gobierno de los jueces. Por supuesto, este razonamiento no puede desconocer que las familias monoparentales, con un claro sesgo de género, desde luego de infancia, están sometidas a un plus de vulnerabilidad social y profesional que debe ser compensado jurídicamente, como ya sucede solo de modo parcial (por ejemplo, ingreso mínimo vital). Pero esa necesidad debe atribuirse a quien, en un Estado no solo social sino democrático de derecho, le corresponde: la ley, primero, los servicios públicos sociales, después, y también las empresas, a través, por ejemplo, de una mayor flexibilidad en la aplicación para ellas del [artículo 34.8 del ET](#).

4.4. ¿Y en el futuro inmediato qué?: el principio de progresividad del sistema de Seguridad Social requiere equidad de género, pero asumida pacíficamente

Llegados al final de este análisis, conviene hacer tres reflexiones. Primera, respecto del uso de la jurisprudencia de la perspectiva de género, también de infancia, son más que evidentes las deficiencias aplicativas, cuando transitamos del discurso teórico a su aplicación

concreta, operativa, que siguen marcando el proceso de formación de la jurisprudencia, muy convulsa, discutida y discutible, aquí analizada. La corrección real, efectiva, no puede ser una cuestión solo de sensibilidad hacia estas perspectivas, sino de combinación de una función de progreso en la aplicación de valores y principios y de mucho rigor jurídico, conforme a un coherente garantismo jurídico-social de género (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023, pp. 221 y ss.). Un equilibrio de diligencia debida pendiente, en el TS y en los tribunales de niveles inferiores, también en el TC y en el TJUE.

Segunda. Esa diligencia de género debida incumbe también, y sobre todo, no se olvide, a las leyes y estas parecen decididas, aunque hasta ahora no lo han hecho, pese a la hoja de ruta trazada en la recomendación 17 del Pacto de Toledo, a afrontarlo desde una perspectiva más sistémica. El reciente [Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo](#), pretende dar un nuevo paso adelante en esta dirección. Precisamente, un precepto particularmente afectado por la reforma ha sido el [artículo 60 de la LGSS](#), mejorándose no solo la cuantía, sino también la posibilidad de acceso por hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la nueva regulación ([disp. trans. cuadragésima cuarta](#)). Incluso se mejora el acceso de los hombres, seguramente a fin de reducir la conflictividad judicial que ya está creando el limitado acceso masculino tras la inicial configuración del complemento de reducción de la brecha de género. Sorprendentemente, la propia exposición de motivos reconoce que existe «discriminación para los hombres» en el nuevo complemento, pese a considerarlo, al tiempo, «acción positiva» para las mujeres. Todo un oxímoron, que traerá cola, sin duda, en los tribunales. En la misma línea de reducir la brecha de género se sitúan las reformas de los [apartados 2 y 3 del artículo 237 de la LGSS](#) (periodo cotizado durante tiempo de excedencia), de la [disposición adicional trigésima séptima](#) y la nueva [disposición transitoria cuadragésima primera](#) (mejora de la técnica de integración de lagunas), todas del mismo texto legal. Si bien siguen quedando muchos temas (asignaturas) pendientes.

Tercera. Ahora bien, y para finalizar, hay algo que convendría también tener muy en cuenta y es la necesidad de una llamada a leyes de calidad de género, sí, pero también a una visión social e institucional, igualmente en sede judicial, más pacífica de estas leyes de acción positiva en el sistema de Seguridad Social. El progreso en igualdad (principio de progresividad del sistema de Seguridad Social ex [art. 12 Carta Social Europea revisada](#), en clave de género y de infancia) no debería convertirse en la actual fuente de continuadas y muy voluminosas «batallas campales» en sede judicial, a modo de sucedáneo del viejo tópico de la «guerra de sexos y/o géneros». Veremos.