

# EDITORIAL

## ¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate

### Discriminated male? Discrimination or inequality? Ideas for a discussion

Jesús R. Mercader Uguina  
*Catedrático Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7060>

#### I. Antecedentes: El varón y el viudo discriminado

El maestro e indiscutible referente del laboralismo español, M. Alonso Olea, publicó en 1982 y 1983 una larga serie de comentarios que llevaron por rótulo: “varón discriminado” y “viudo discriminado”. En los mismos se realizaban brillantes reflexiones sobre todos los pronunciamientos, en relación con ambas cuestiones, emitidos por un naciente Tribunal Constitucional. La primera serie (“varón discriminado”) se inició con el comentario de la STC 81/1982, de 21 de diciembre<sup>1</sup>, en la que comparadas las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, se constataba que eran distintas y más favorables para las mujeres, lo que llevó al Tribunal a decidir que los hombres estaban “discriminados” (expresión que aparece en el fallo) y que debía cesar la diferencia de forma que las condiciones de trabajo y sus salarios sean iguales que las de las mujeres.

Esta línea interpretativa se continuará en la STC 98/1983, de 15 de noviembre, que resuelve un caso que, como el propio pronunciamiento reconoce, es “sustancialmente igual al ya resuelto por la STC 81/1982”. Alonso Olea apuntaba comentando esta sentencia una reflexión de enorme alcance<sup>2</sup>:

*“Se está dando el fenómeno curioso de que en los supuestos jurisprudenciales no aparece como discriminada la mujer, que en realidad lo es, sino en realidad el hombre, que en realidad no lo es. Es difícil pensar que ni la Constitución art. 14, ni el ET art. 17, al prohibir la discriminación por razón de sexo tuvieran en mente*

---

<sup>1</sup> M. Alonso Olea, *Varón discriminado I*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, pp. 109 a 124.

<sup>2</sup> M. Alonso Olea, *Varón discriminado II*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, p. 235.

*una discriminación contra el varón. Más bien lo contrario. Con lo que se quiso acabar fue contra las normas y prácticas que discriminaban abiertamente contra la mujer, y contra las que pretendidamente favorables a esta, al menos según la concepción dominante cuando se dictaron, también producían efectos discriminatorios, al dificultar su empleo. No se quiso extender estas condiciones “favorables” al trabajo del varón”.*

Con la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que declaró inconstitucional el entonces vigente art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, se inicia la segunda serie (“viudo discriminado”). Este precepto condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los viudos varones a un requisito que no exigía la legislación a las viudas (el requisito de encontrarse el viudo, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión, incapacitado para el trabajo y a cargo de ella). El Tribunal señala que “no se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el artículo 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del artículo 14 de la Constitución”, violándolo.

Como señala Alonso Olea, “la crítica que el intérprete pudiera hacer de la sentencia en gran parte queda ahorrada por lo que de ella hacen los votos particulares”<sup>3</sup>. Destaca, para la reflexión a la que se dirige este estudio, el firmado por Rubio Llorente que prefigura un giro copernicano en la comprensión del principio de no discriminación por razón de sexo que influiría profundamente en la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de ese momento. Su argumento principal es que no es irrazonable la diferencia que el art. 160.2 LGSS establecía entre el acceso a la pensión de viudos y viudas (y, en consecuencia, no es contrario a la Constitución ni ha resultado derogado por ella), porque los grupos sociales a los que la norma dispensa distinto tratamiento son grupos cuya condición es realmente muy distinta:

*“... es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre la mujer la parte más importante, si no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres. Esta desigualdad “real y efectiva” debe ser eliminada por el legislador (del modo y en el momento que estime más oportuno para dar cumplimiento al art. 9.2 CE), pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla. Pueden existir buenas razones para sostener que esta “compensación legislativa”, lejos de solventar la discriminación social, en realidad la perpetúa. Pero esta supresión de la compensación es una medida de política legislativa que sólo tendrá efectos hacia el futuro, no hacia el pasado, cuando “la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir “a cargo” del marido (por irónico que la expresión pueda resultar) mientras era excepcional la situación contraria, y por tanto, no parece discriminatorio que se le dispense de probar esta situación, en tanto sí es razonable que se le exija al varón”.*

Una línea interpretativa que quedaría consolidada en la STC 128/1987, de 16 de julio que consolidaría la “explícita interdicción del mantenimiento de determinadas

<sup>3</sup> M. Alonso Olea, *Viudo discriminado I*, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1984, Tomo I, p. 247.

diferenciaciones históricamente muy arraigadas”, que encuentra su razón de ser “en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina [...]”. De modo que, como precisara la STC 229/1992, de 14 de diciembre, pese al “carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios”.

## II. La discriminación por razón de sexo es solo discriminación femenina

El debate sobre la discriminación masculina pareció zanjado durante muchos años. La discriminación por razón de sexo es solo femenina. El sexo, como ha puesto de relieve la excelente STC 67/2022, de 2 de junio, “permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana”. Desde la perspectiva de su sexo o condición biológica como los seres humanos somos femeninos, masculinos y, excepcionalmente, intersexuales.

La discriminación sufrida por el sexo de la mujer ha constituido (y constituye) una antigua y persistente lacra que, aunque haya adoptado las más diversas formas –desde la brutal violencia a las formas más sofisticadas que se apoyan en comportamientos falsamente protectores– y se ha proyectado (y lo sigue haciendo) sobre los más diversos espacios, no ha conseguido separarse del devenir de nuestra sociedad. Simone de Beauvoir escribía en 1949 una de las obras emblemáticas de la teoría feminista, *El segundo sexo*, donde se preguntaba ¿qué significa ser mujer? Indagando en las distintas versiones que de ello han ofrecido la historia, la biología, la antropología o la psicología, respondía a la pregunta desde una construcción cultural: “No se nace mujer: se llega a serlo”. Transformar esa concepción y hacer de la mujer un sujeto en igualdad de condiciones con el hombre exige introducir en la acción social nuevas pautas que, de forma progresiva, modulen las caducas estructuras patriarcales y den lugar a un verdadero cambio axiológico que, del mismo modo que las acciones a favor de la igualdad de raza pretenden, en expresión de Kymlicka, una sociedad “ciega a las diferencias en el color”<sup>4</sup>, consigan una “sociedad ciega por lo que hace al sexo”.

---

<sup>4</sup> W. Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 175.

El Tribunal Constitucional ha seguido una doctrina categórica en esta materia:

*“La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio” (STC 92/2008, de 21 de julio).*

Como ha recordado en diversas ocasiones en su doctrina el Tribunal Constitucional, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca<sup>5</sup>. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres<sup>6</sup>. El Tribunal Constitucional ha afirmado que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”<sup>7</sup>.

Las democracias avanzadas y entre ellas, sin duda alguna, la nuestra, han dado pasos en el camino hacia una sociedad “sexualmente neutral” pero es un sendero largo y está lleno de sombras, como ponen de manifiesto los lamentablemente demasiado habituales episodios de violencia doméstica, los ataques sexuales y una visión anacrónica del papel de la mujer en el trabajo. En nuestro país, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supuso un paso importante en este camino, proclamando desde su frontispicio el deseo de alcanzar la “igualdad entre mujeres y hombres” al proclamarla como el objetivo primordial de la Ley (art. 1.1). Aunque los escenarios desde aquel momento han sido cambiantes, la acción normativa en los últimos años viene avanzando en esta dirección.

<sup>5</sup> Por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6.

<sup>6</sup> SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3.

<sup>7</sup> STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4.

### III. La condición biológica que rodea a la maternidad justifica las diferencias de trato entre madres y padres

La condición biológica de madre y el proceso de transformación física y mental que se produce en los periodos de embarazo, parto y puerperio han venido justificando tradicionalmente la existencia de regímenes jurídicos diferenciados a la hora de tutelar estas situaciones<sup>8</sup>. Entre los múltiples ejemplos sobre los que se asienta esta línea interpretativa, el Tribunal Constitucional ha considerado que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección derivada del art. 39.2 CE, de manera que las ventajas o excepciones que se determinen para la mujer no pueden ser consideradas discriminatorias para el hombre. La imposibilidad de ejercicio del derecho al permiso por maternidad y su cesión por la madre al padre, cuando aquella no tenga derecho al mismo por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no daba lugar a la inclusión en el campo de protección de la Seguridad Social, antes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, no resultaba inconstitucional<sup>9</sup>.

En la misma línea, las SSTC 111/2018 de 17 de octubre y 2/2019, de 14 de enero, desestimaron el recurso de amparo de un padre que solicitó la equiparación temporal de su permiso laboral de paternidad con el de maternidad. Básicamente, la sentencia rechaza que los elementos de comparación traídos sean situaciones comparables, por lo que, en ausencia de dicha igualdad o comparación razonable de situaciones, resulta conclusiva la declaración de inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE. El caso de nuevo trae causa de una decisión administrativa –confirmada en vía judicial– que no reconoció al demandante el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, en las mismas condiciones que la establecida para el permiso por maternidad.

La sentencia reitera la significación de la condición biológica de la mujer en relación con el hombre de forma que reconocer a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre en la prestación de Seguridad Social, no es discriminatoria para el varón porque la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres, de modo que las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre, sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación

---

<sup>8</sup> Un amplio y detenido análisis de esta línea interpretativa puede encontrarse en C. Molina Navarrete, *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, pp. 73-111.

<sup>9</sup> STC 75/2011, de 19 de mayo, FF. 4 y 8; y 78/2011, de 6 de junio.

con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE).

#### **IV. Construyendo la discriminación masculina, construyendo la corresponsabilidad**

En los últimos tiempos ha vuelto a cobrar interés el debate sobre el “varón discriminado” al rotar el eje de gravedad sobre la necesidad de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Padre y madre, varón y mujer, como regla general, se enfrentan a una misma realidad: la corresponsabilidad. Esta idea supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación. No se trata ya únicamente de favorecer que las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, puedan conciliar su vida laboral con las exigencias y necesidades de carácter familiar, objetivo que por sí mismo merece la tutela del ordenamiento. Se trata, más allá de esa finalidad, de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras. Desde esta perspectiva, se amplía la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad.

Cuando se produce una diferencia de tratamiento entre padre y madre ¿puede considerarse la misma discriminatoria por razón de sexo? No está de más recordar que la discriminación se vincula con la existencia de hechos diferenciales inherentes a la condición de persona (sexo, orientación o condición sexual, raza, discapacidad física, psíquica o sensorial), que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y ello porque ésta no se atribuye a la especie humana, sino a cada uno de los seres humanos. Se trata de tratamientos diferenciales basados en rasgos que tienen una base esencialmente biológica y, por tanto, situaciones inseparables de la condición de persona. Por tanto, ser tratado de forma distinta en relación con otro ser humano por un factor ligado, exclusivamente, a su naturaleza es especialmente repugnante. La proyección de este factor sobre el sexo masculino viene arrojando respuestas de muy variado tipo cuyo objetivo es sancionar la diferencia de trato de los hombres a la hora de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos.

##### *1. La discriminación masculina como discriminación basada en “circunstancias personales o familiares”*

La STC 26/2011, de 14 de marzo<sup>10</sup>, abrió las puertas a un posible tratamiento discriminatorio del varón. En el caso, un Ayudante técnico educativo en una residencia

<sup>10</sup> SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6.

de educación especial, con dos hijos de corta edad, solicitó la adscripción a turno fijo de noche durante un curso escolar, con el fin de conciliar la vida laboral y familiar. Al no recibir contestación expresa de la Junta de Castilla y León, presentó demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social, al no reconocer la normativa aplicable un derecho directo del trabajador a elegir turno de trabajo por motivos familiares. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación al no concurrir discriminación y carecer el trabajador de derecho superior al de sus compañeros de trabajo. Intentada casación unificadora, el Tribunal Supremo inadmite el recurso por falta de contenido casacional.

Comienza el Tribunal Constitucional reconociendo la especial trascendencia constitucional del recurso, por concurrir ejercicio de derechos de conciliación por un varón, debiendo examinarse si concurre discriminación por razón de sexo u otros motivos del art. 14 CE. Se descarta que pueda concurrir discriminación por razón de sexo, pues la negativa de la solicitud del demandante no se basó en su condición de varón pero, sobre esta base, el máximo intérprete de la Constitución, crea una causa discriminatoria inédita hasta ahora, como es la basada en “circunstancias personales o familiares” (que la sitúa dentro de las prohibidas por el art. 14 de la Constitución) “relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)”. La conclusión es que los órganos judiciales en el asunto planteado no han valorado adecuadamente la dimensión constitucional *ex art. 14 CE*, en relación con el art. 39.3 CE, sin que ni siquiera se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado; todo ello conduce a otorgar el amparo solicitado.

Afirma el Tribunal Constitucional que:

*“el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” Pero ello no impide valorar que tales actuaciones empresariales, en la medida en que limiten, dificulten u obstaculicen el ejercicio por los varones de sus derechos de conciliación, pueden suponer una discriminación por razones familiares en cuanto que menoscaban la conciliación de la vida familiar y laboral de estos trabajadores. El impacto de estas decisiones sobre la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es también evidente. Esta prohibición impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación puede desincentivar el uso por los trabajadores de los permisos, reducciones de jornada o suspensiones por razones familiares y, por tanto, contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Son actuaciones que, por tanto, discriminan de forma indirecta a las mujeres en cuanto ahondan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas”*

No obstante, el voto particular que acompaña a la sentencia, firmado por el tristemente desaparecido Pablo Pérez Tremps, abre un razonable frente de duda frente a la construcción de la diferencia de trato en estos casos sobre la base de la simbólica categoría de “discriminación”:

*“Es preciso destacar que ésta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares. La determinación de una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, tal como ha reiterado este Tribunal, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). Pues bien, en el presente caso, la circunstancia de tener dos hijos de corta edad no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 CE. En realidad, tal como denunció el recurrente y parece reconocerse implícitamente por la propia posición de la mayoría, que cita en su favor la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, éste sería un supuesto, en su caso, de discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer”.*

Aunque, seguramente, la línea marcada por el voto particular es la más acertada, lo cierto es que este modo de razonar ha alcanzado cierto éxito y su uso se ha generalizado a la hora de construir el canon interpretativo que se utiliza para fundamentar la diferenciación masculina en el acceso a mecanismos de tutela parentales.

Este canon interpretativo se viene utilizando por algunos pronunciamientos en suplicación en el caso de la extinción sin causa del contrato de trabajo de un trabajador cuando previamente había comunicado a responsables de la empresa que iba a nacer su hijo por lo que procedería a disfrutar del permiso de paternidad. La STSJ Andalucía, Granada de 28 de octubre de 2021 (R<sup>o</sup> 1273/2021), considera que dicho despido debe reputarse nulo por discriminatorio por razón de sus circunstancias personales o sociales (con cita de la STC 26/2011, de 14 de marzo),” pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares del actor”. Dice la sentencia que: “Si bien es cierto que en el caso de los padres no tienen la misma protección que la mujer embarazada que se produce desde la fecha de inicio del embarazo y por tanto el despido del padre durante el mismo ni con posterioridad no queda protegido sino cuando se hace uso de determinados permisos que relaciona el art.55 ET, no lo es menos que la protección no debe quedar limitada al estricto periodo del disfrute sino también al periodo inmediato anterior coincidente con el preaviso que realiza el trabajador a la empresa sobre tal extremo y su intención al respecto y ello es así porque de otra forma, para eludir el disfrute del permiso, no tiene más el empresario que proceder al despido inmediato para evitar el disfrute del permiso”.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022 (R<sup>o</sup> 4913/2021), que califica el despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales, en un caso similar al anterior, fundamentando dicha decisión en que:

*“una cosa es que en este caso no quepa hablar de discriminación por razón de sexo, y otra, bien distinta, que el tratamiento discriminatorio invocado no pueda obedecer a otras circunstancias o razones de índole personal o social a las que se remite igualmente el artículo 14 de nuestra Carta Magna. El efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nues-*



*tro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta Ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares”.*

## 2. La construcción de la discriminación masculina desde la discriminación refleja

Se entiende por discriminación refleja, la situación en la que “una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio”<sup>11</sup>. El legislador español ha acogido la categoría “discriminación por asociación” en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, definiéndola como la que “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad” [art. 2.e)]. También la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha dado carta de naturaleza a este concepto al considerar que existe discriminación por asociación “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 (Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”.

La discriminación refleja es una figura reconocida por el TEDH<sup>12</sup> y por el TJUE<sup>13</sup>, que han apreciado su concurrencia cuando una persona recibe un trato peyorativo con fundamento en su vinculación con otra que presenta las causas de discriminación prohibidas, aunque no manifieste dicha circunstancia quien sufre el perjuicio. La doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de algunos Tribunales Superiores

<sup>11</sup> STC 71/2020, de 29 de junio.

<sup>12</sup> STEDH 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, párrafo 79, mantiene que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman, se refleja la discapacidad; STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), en el caso Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail se refleja la maternidad.

de Justicia ha aplicado también estas discriminaciones reflejas, por asociación o “per relationem por sexo”<sup>14</sup> (de hija en relación con la discriminación de la madre pensionista del SOVI sobre la prestación a favor de familiares; acoso discriminatorio y moral del marido por el acoso sexual de su mujer, denegación del permiso por hospitalización, cuando esta se produce como consecuencia del parto de la hermana de la solicitante) y por actividad sindical (despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja sentimental)<sup>15</sup>.

En su concepción teórica, las discriminaciones reflejas “rompen el tratamiento unitario entre la titularidad de la condición o característica personal diferenciadora, protegida al prohibir la Constitución (y la ley) que esa característica sea causante de tratamientos peyorativos, y la titularidad de la esfera jurídica en que se producen los efectos negativos de los tratamientos perjudiciales o peyorativos prohibidos por la técnica funcional de la tutela antidiscriminatoria con causa en esa característica de diferenciación juzgada ilegítima por la propia Constitución o por su interpretación judicial, y de manera especialmente autorizada por el Tribunal Constitucional, al no ser cerradas las causas de discriminación en sociedades en transformación permanente con constituciones vivas (art. 14 CE)”<sup>16</sup>.

Un intento de dotar de cobertura situaciones de “discriminación masculina” a través de la técnica de la discriminación por asociación lo podemos encontrar en varios pronunciamientos en los que se recurre a esta categoría<sup>17</sup>.

En primer término, en la STSJ Galicia 13 de abril de 2018 (Rº 421/2018), que analiza un supuesto de discriminación del varón por asociación vinculado con el acoso sexual y discriminación sufrido por la esposa. El referido pronunciamiento concluye que “se ha acreditado una vulneración de la dignidad del trabajador demandante que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo (art. 14 CE), y como un acoso moral atendiendo a que, además, se ha acreditado la finalidad de dañar a la víctima (art. 15 CE)”.

En la STSJ Galicia, 4 de marzo de 2021 (Rº 4447/2020), la empresa era conocedora de la situación de embarazo de la compañera sentimental un trabajador. Este fue despedido poco después de que enviase a los responsables de la empresa determinados mensajes de texto poniendo en conocimiento la situación de embarazo de su pareja y

<sup>14</sup> M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, Revista de Jurisprudencia Laboral, 7/2020.

<sup>15</sup> Da cuenta de todas ellas, D. Perez Del Prado, *Algunas reflexiones sobre la discriminación por asociación*, El Foro de Labos, entrada de 24 de octubre de 2019.

<sup>16</sup> M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, cit.

<sup>17</sup> Sobre la discriminación por asociación es de referencia el excelente trabajo de Y. Maneiro Vázquez, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Pamplona, Aranzadi, 2021. En el mismo se analizan con detalle los referidos pronunciamientos.

su intención de acompañarla a las consultas médicas, y de comunicar asimismo que no podría ir al día siguiente al trabajo por estar ingresada su pareja al haber tenido un aborto. La sentencia considera “irrelevante que el demandante y su compañera sentimental (...) no hubieran contraído matrimonio o que no estuvieran inscritos como pareja de hecho”. Y ello puesto que está probado en todo caso que “el actor era pareja sentimental de la persona embarazada y posteriormente hospitalizada, vínculo que –unido a que el actor manifestó dicha circunstancia a la empresa, así como su intención de acompañarla en determinadas circunstancias médicas o de hospitalización– tiene entidad suficiente como para sustentar una discriminación por razón de sexo por asociación”.

En la citada línea se sitúa también la STSJ Galicia de 16 de abril de 2021 (R<sup>o</sup> 754/2021), en el caso de un varón que comunica el embarazo de su mujer y es despedido el mismo día del parto. El despido no tiene que ver con el ejercicio del permiso de paternidad, sino con su condición de progenitor lo que lleva a la Sala a considerar que estamos ante un supuesto de discriminación refleja: “se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya), el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues –precisamente– su despido se ha producido por el hecho del embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo (permisos, bajas, etc.); por lo que ciertamente nos encontramos ante un despido por discriminación refleja”.

Y es que, ciertamente, “la discriminación refleja o por vinculación es una categoría doctrinal y jurisprudencial que, aun sin resolver todos los problemas, debiera ser tenida en cuenta en la aplicación de la discriminación por sexo a presuntos perjuicios o tratos peyorativos sufridos por hombres al no haber constituido el sector de la población en posición desventajosa y contraria a la dignidad humana por motivo del sexo y existir, en consecuencia, obstáculos teóricos a su acomodo en la categoría constitucional discriminación por sexo”<sup>18</sup>.

### *3. Pero si la discriminación obedece a rasgos o condiciones personales innatas ¿se puede hablar de discriminación del varón?*

Creo sinceramente que las respuestas a las anteriores preguntas deben ser contestadas, en este momento, de forma rotundamente negativa. Es más, proyectar la categoría “discriminación por razón de sexo” al varón constituye un error conceptual y jurídico. Estos supuestos, como seguidamente trataré de razonar, no deben ser tratados como duras discriminaciones sino como meras desigualaciones, porque el sentido de la prohibición de discriminaciones, y así lo subraya el Tribunal Constitucional, es el de no ahondar en

---

<sup>18</sup> M. E. Casas Baamonde, M. Ángel Quiroga, *Discriminación directa “refleja” por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto)*, cit.

diferenciaciones que han colocado históricamente a ciertos grupos en situación de inferioridad<sup>19</sup>: Al hombre se le desiguala, a la mujer se la discrimina.

Siendo esto así, Philippe Van Parijs en un artículo extraordinariamente agudo (*“Four Puzzles on Gender Equality”*)<sup>20</sup> al que, por cierto accedí por recomendación de mi admirado Pablo de Lora, ha puesto sobre la mesa argumentos para fundamentar la discriminación masculina. Su conclusión es, sin duda, polémica: “La desigualdad de género existe, pero a favor de las mujeres”. Como el objeto de este artículo es abrir líneas de reflexión en esta materia, creo que puede ser interesante que nos detengamos brevemente en los fundamentos que sostienen dicho razonar.

La premisa de la que parte el citado autor podría enunciarse simplificada así: si la discriminación se fundamenta en hechos diferenciales inherentes a la condición de la persona, el hombre también tiene condiciones que le hacen diferente. Hay dimensiones en las que los hombres parecen estar en desventaja, en promedio, en relación con las mujeres y que generan desigualdades; su esperanza de vida es menor; en un número creciente de países, en promedio, tienen menos educación que las mujeres y, además, los varones forman una minoría electoral. Y, en fin, que la inmensa mayoría de la población penitenciaria es masculina. Estas desventajas, si son reales, derivan todas de una característica no elegida compartida por una categoría de seres humanos: ser varón.

Señala Van Parijs que la esperanza de vida al nacer es actualmente de 82,5 años para las mujeres europeas y de 76 para los hombres. En promedio, “los hombres obtienen ingresos significativamente más altos que las mujeres en cada año que viven, pero viven menos años”. Para nuestro autor, sin embargo, hay algo más fundamental: “en lo que respecta a desigualdades en la vida, hay algo que presumiblemente es aún más valioso que los ingresos: la vida”. Añade a lo anterior que “desde la invención de la escuela, los hombres han disfrutado de una mejor educación que las mujeres, pero esta situación se viene invirtiendo. En la Unión Europea, por ejemplo, el porcentaje de mujeres con un título de educación superior es del 25%, en comparación con 22% para los hombres. Si se combinan las dos primeras desigualdades, cabe predecir un tercer factor diferencial: las mujeres son decisivas en las elecciones políticas. La cuarta desigualdad sobre la que llama la atención Van Parijs es la más delicada: “la desigualdad hormonal”.

¿De ello se sigue que estas desventajas permiten construir una discriminación por razón de sexo masculina? “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido y la más primaria, porque se añade a todas las demás”<sup>21</sup>. La idea de la inferioridad femenina, se encuentra tan sólidamente asentada en el pensamiento filosófico que soporta nuestra civilización (Kant, Rousseau, Hegel) y tan sólidamente arraigada en la realidad

---

<sup>19</sup> J. A. Lascurain Sánchez, *Igualdad y delitos de género*, en S. Quicios Molina, S. Álvarez Medina (Dir.). *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia: Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 99 y 105.

<sup>20</sup> Law, Ethics and Philosophy, 2015, n° 3, pp. 79-89.

<sup>21</sup> F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995, p. 1.

social que la transformación de nuestra sociedad en una “sexualmente neutra” requerirá probablemente también de siglos. Las desventajas del hombre deben esperar para alcanzar el mismo peso.

#### **IV. La discriminación masculina como desigualación: La condición de progenitor como factor de desigualación irrazonable**

¿La diferencia de tratamiento del hombre basada en su condición de progenitor (padre o madre biológico o por adopción) constituye un factor de discriminación o debe ser considerado, más propiamente, una desigualación irrazonable? Como veremos, la cuestión es trascendente.

El art. 14 CE establece que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social“. Un precepto que incorpora “una coma inicial con espíritu de punto y aparte”<sup>22</sup> que sirve para distinguir entre genérico derecho a la igualdad y el más exigente derecho a no ser discriminado. La discriminación representaría, de este modo, una manifestación especialmente cualificada de vulneración del principio de igualdad. Esta diferenciación se mantiene en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que también distingue entre igualdad ante la ley (art. 20) y no discriminación (art. 21), si bien la interpretación que viene realizando la jurisprudencia del TJUE no ha construido un razonamiento abstracto referido a la igualdad per se, sino que su aplicación se vertebra a través del encaje en alguna de las causas de discriminación<sup>23</sup>. Como veremos, tal singularidad de nuestro modelo constitucional puede tener importantes consecuencias a la hora de responder a la duda que sirve de base a este estudio.

Aunque pudiéramos resolver esta cuestión por el cómodo expediente de considerar que el término “discriminación” en un sentido extensivo incluye cualquier desigualación irrazonable, lo cierto es que nuestro modelo constitucional distingue dos dimensiones básicas del derecho de igualdad, como se ocupa de precisar la STC 67/2022. Por un lado, se identifica “la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación”<sup>24</sup>. Es importante precisar que los vínculos de la igualdad no solo alcanzan al legislador. De una u otra forma, también se proyectan sobre la autonomía de la voluntad y sobre la autonomía colectiva. Y es que, como

---

<sup>22</sup> Como brillantemente señala J. A. Lascurain Sanchez, *Igualdad y delitos de género*, Blog Almacén del Derecho, entrada de 6 de abril de 2019.

<sup>23</sup> Como precisa M. F. Fernandez Lopez, *Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral*, en Casas Baamonde, M. E., Gil Alburquerque, R. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 2ª edición, p. 227.

<sup>24</sup> STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

dejó sentado el Tribunal Constitucional en su STC 36/2011, “una decisión empresarial de diferenciación (...) adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”. Por otro, se identifica en el inciso segundo del mismo art.14 CE la interdicción de “comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado”<sup>25</sup>.

La idea de la prohibición de desigualdades irrazonables deriva del hecho de que el art. 14 CE no exige igualdad absoluta de trato, ya que admite diferencias no sólo entre supuestos de hecho diferentes, sino también entre situaciones iguales, siempre que estén fundadas en razones objetivas y justificadas, carezcan de arbitrariedad, y se ajusten en su regulación y aplicación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Se trata, en suma, de evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, con lo que la igualdad se resuelve en la exigencia de no diferenciar, sin razón suficiente, entre situaciones de hecho equiparables<sup>26</sup>. Este cambio de centro de imputación normativa evita proyectar la categoría de discriminación sobre el sexo masculino y, a la vez, elimina una proyección ontológica de la discriminación sobre cualquier actuar.

Solo concretas y determinadas situaciones en las que sea posible concretar un adecuado término de comparación podrán ser consideradas contrarias al artículo 14 CE. Toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos<sup>27</sup>. Así pues, los conceptos de igualdad y desigualdad, sin cuya previa aclaración es imposible explicar el contenido del principio de igualdad, se refieren siempre a un tercer elemento que permite una comparación, un *tertium comparationis*. Dos individuos son iguales, esto es, “pertenecen a la misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, un término que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce”<sup>28</sup>. Y ello, porque la clave del juicio de igualdad se encuentra en el “criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales”<sup>29</sup>, en suma, en los factores que contribuyen a crear un “círculo de igualdad”<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

<sup>26</sup> J. Jimenez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1983, nº 9, p. 72-73.

<sup>27</sup> F. Rubio Llorente, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, nº 31, p. 12.

<sup>28</sup> I. De Otto, *El principio general de igualdad en la Constitución Española*, en AA.VV., *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Toledo, Instituto de Cooperación Iberoamericana/Colegio de México, 1983, p. 347.

<sup>29</sup> J. A. Garcia Amado, *Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1987, p. 116.

<sup>30</sup> Como señala U. KLUG, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990, p. 106, “en el caso de los círculos de

Es evidente que “condición de progenitor” no es un factor odioso en los términos apuntados por responder a determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona, pero resulta un adecuado *tertium comparationis* en la medida en que la condición de progenitor sitúa al trabajador y a la trabajadora que tenga también esa condición en una situación comparable en cuanto al cuidado de los hijos.

Así lo subraya la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que en su Considerando 6 establece: “Las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios”. Por su parte el artículo 1 dispone: “*La presente Directiva establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional.* En consecuencia, el disfrute por las personas trabajadoras de alguno de los derechos parentales anteriormente examinados no puede originarles un perjuicio en sus derechos económicos.

Esta idea se encuentra muy presente en la doctrina del TJUE, que ha subrayado el cuidado de la familia como corresponsabilidad entre, en su caso, ambos progenitores y la igualdad de derechos y de obligaciones entre hombres y mujeres en cuanto a la crianza y al cuidado. El primer ejemplo puede extraerse de la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09, Roca Álvarez. En la misma, un varón que prestaba servicios como trabajador por cuenta ajena para una ETT solicitó a su empresario que le fuera reconocido el derecho al permiso previsto por el art. 37.4 ET. Ese permiso le fue denegado debido a que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia. Pues bien, la actividad laboral por cuenta ajena de la madre era supuestamente un requisito imprescindible para disfrutar del referido permiso. Dice el Tribunal que el hecho de que el permiso controvertido pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por lo que concluye que “el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido (...) a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del

---

igualdad o clases por abstracción se trata de clases que cumplen las dos siguientes condiciones: Primero, entre un par de elementos cualesquiera “x” e “y” y de una clase de esa índole existe la relación de igualdad “R”, con respecto a la cual se ha formado el círculo de igualdad. Y, segundo, ningún elemento exterior a dicha clase se encuentra en aquella relación de igualdad con “R” con ningún elemento perteneciente a la clase”.

niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”. Aunque, en este caso, la construcción se realiza desde la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, lo cierto es que la misma pone en primer plano la condición de progenitor como factor de diferenciación no justificado.

Más clara desde la perspectiva que aquí defendemos es la STJUE (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020, Asunto Sentencia Syndicat CFTC<sup>31</sup>. En ella se plantea la negativa de una entidad a reconocer al padre de un niño, el permiso para las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas, previsto en el art. 46 del Convenio Colectivo Nacional del Personal de los Organismos de Seguridad Social, de 8 de febrero de 1957. El Sindicato CFTC, que actúa a favor del trabajador, considera que la resolución por la que se deniega el permiso previsto en el Convenio Colectivo constituye una discriminación por razón de sexo prohibida tanto por el Derecho de la UE como por el Derecho francés. Desde su punto de vista, el citado permiso no responde a consideraciones fisiológicas, sino al hecho de ser progenitor. A juicio del TJUE, el citado permiso adicional no está destinado a proteger la condición biológica de la mujer trabajadora, ligada al embarazo o a su maternidad, de conformidad con la Directiva 92/85/CEE, objetivo que ya cumple el más favorable permiso legal de maternidad de dieciséis semanas reconocido por el Code du travail, de las cuales, al menos diez deben disfrutarse tras el alumbramiento. El permiso adicional objeto de controversia contempla a las trabajadoras como progenitoras, por lo que la reserva del citado permiso a las mujeres constituiría una discriminación directa (en términos comunitarios) frente a los hombres.

Incluso la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18 (asunto WA), que estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, articula una parte de sus razonamientos en la condición de progenitor<sup>32</sup>. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), “mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento”. El TJUE argumenta que la diferencia de trato en la regulación de una prestación pública no constituye un régimen de empleo susceptible de la aplicación de la igualdad retributiva sentada en el art. 157 TFUE, dada su naturaleza

---

<sup>31</sup> B. García Romero, *Permiso de maternidad adicional al legal reservado por el convenio colectivo a las madres trabajadoras: condiciones para su adecuación al Derecho de la UE en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo*, Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2021.

<sup>32</sup> Es referencia necesaria para comprender el sentido y efectos de este pronunciamiento la lectura de la monografía de J. Vivero Serrano, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.



pública general y obligatoria, pero sí resulta amparada por la directiva 79/7, en cuanto a la diferencia de trato basada en el sexo (art. 4.1.3).

Aplicado dicho principio a la prestación controvertida, el complemento de pensión por aportación demográfica a la Seguridad social, el TJUE considera que “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres”, por lo que no podría justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable a los efectos controvertidos. Ambos son igual de progenitores. El pronunciamiento es impecable porque, como ha señalado Álvarez de la Rosa, “desde la perspectiva de la construcción de su enunciado (reconocimiento de un complemento por maternidad a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social), resulta evidente que el legislador eligió un supuesto normativo imposible de constatar y absurdo, porque “la aportación demográfica”, así dicho, es cuestión de la reproducción humana; o sea, cosa de dos”<sup>33</sup>. En suma, la condición de progenitor hace a mujer y hombre iguales por lo que una diferencia de trato basada en ese exclusivo factor resulta irrazonable.

Pero existen supuestos en los que la desigualación puede ser razonable. La promulgación de la Ley Integral de Protección contra la Violencia de Género estableció en el delito de violencia ocasional una pena distinta en atención al género de la víctima. En el caso que resuelve la STC 59/2008, de 14 de mayo, Juan y Marta, pareja sentimental, discutieron vehementemente en la calle porque no se ponían de acuerdo sobre el momento de regresar a casa. Tan intensa fue la desavenencia que se agredieron recíprocamente, “de manera que la encausada le propinó a Juan un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por Marta, sin que conste la producción de lesiones”. Ninguno de los dos denunció al otro, pero sí se querelló el Ministerio Fiscal, solicitando la condena de ella por el delito de maltrato doméstico del artículo 153.2 CP y a él por el más grave delito de maltrato de género del artículo 153.1 CP. Tras dos absoluciones el litigio termina en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en sentencia de Pleno estima el recurso del Fiscal y condena a Juan a la pena de seis meses de prisión y a Marta a la de tres meses de prisión. ¿Discrimina al varón la diferenciación normativa? Como ha señalado la más cualificada doctrina penal, la normativa vigente “desigual” al varón, no lo discrimina<sup>34</sup>. Un tratamiento diferencial que, pese al gran debate generado, es admitido por el Tribunal Constitucional al considerar que: “*La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, (...), que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*”.

La diferencia conceptual entre desigualación y discriminación no se entiende bien si no se añaden sus consecuencias. En otro caso, podría parecer que estamos ante un

<sup>33</sup> M. Álvarez de la Rosa, *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020, p. 90.

<sup>34</sup> J. A. Lascurain Sánchez, *Igualdad y delitos de género*, en S. Quicios Molina, S. Álvarez Medina (Dir.). *El Derecho frente a la violencia dentro de la familia: cit.*

mero debate semántico. Constitucionalmente se puede desigualar siempre que exista una justificación objetiva y razonable; pero lo que no es posible es discriminar “razonablemente”. La desigualación irrazonable del hombre cuando existe un adecuado término de comparación con la mujer (la condición biológica o jurídica de progenitor) contradice el mandato del art. 14 CE, pero, sin embargo, creemos que ello no lleva consigo extender la discriminación por razón de sexo al varón. Al hombre se le puede desigualar (razonablemente), la mujer no debe ser discriminada nunca.

En cualquier caso, el debate está servido.