

La perspectiva de género en la jurisdicción social. Equívocos y medias verdades. Su aplicabilidad a ambos sexos

The gender perspective in social jurisdiction: misunderstandings and half-truths. Its application to both sexes

Macarena Martínez Miranda

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña

doi: 10.20318/labos.2025.9415

Resumen: Este artículo tiene por objeto profundizar en las razones por las que la perspectiva de género, como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, continúa siendo objeto de debate. Para ello, se reflexionará sobre la persistencia de las razones que determinaron la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, así como sobre los equívocos y medias verdades que distorsionan la comprensión de un instrumento imprescindible para lograr la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres; entre ellos su exclusiva aplicabilidad al sexo femenino.

Palabras clave: Perspectiva de género, igualdad efectiva, equívocos, medias verdades, estereotipos, ambos sexos..

Abstract: This article aims to delve into the reasons why the gender perspective, as a technique of interpretation, application and regulatory integration, continues to be the subject of debate. To this end, we will reflect on the persistence of the reasons that determined the promulgation of Organic Law 3/2007, as well as on the misunderstandings and half-truths that distort the understanding of an essential instrument to achieve the effectiveness of the principle of equality between women and men, among them its exclusive applicability to the female sex.

Keywords: Gender perspective, effective equality, misunderstandings, half-truths, stereotypes, both sexes.

I. Planteamiento

Al redactarse el presente artículo, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se encuentra a punto de alcanzar su mayoría de edad y, sin embargo, continúan planteándose debates como el que nos ocupa sobre el alcance, contenido y límites del enjuiciamiento con perspectiva de género, evidenciando que el ruido mediático ha logrado proyectar una sombra de duda, cuestionamiento o suerte de sospecha, sobre un mandato normativo cuyo objeto es la protección de un derecho fundamental, la

igualdad (entre mujeres y hombres), como imperiosa necesidad frente a la ineffectividad del despliegue de recursos normativos hasta entonces existentes. Esta reflexión preliminar conduce a cuestionarnos qué provoca tal persistencia dubitativa en la aplicación de un principio informador del ordenamiento jurídico, para posteriormente intentar exponer, que no justificar, las razones que continúan evidenciando la necesidad de que la perspectiva de género, como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, impere en nuestro ordenamiento.

Para centrar el punto de partida anterior a la promulgación de la citada Ley Orgánica y posteriormente aludir –es éste el propósito de estas reflexiones– al momento en que nos encontramos y hacia dónde queremos dirigirnos, hemos de incidir en aspectos evidentes si bien frecuentemente olvidados de la evolución normativa, especialmente en el ámbito laboral en que resulta ineludible el enjuiciamiento con perspectiva de género o, lo que es lo mismo, la observancia de los mandatos previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y en el artículo 9.2 de la Constitución. Éste último ya prescribía la necesaria remoción de los obstáculos que impidiesen o dificultasen la plenitud del principio de igualdad, evidenciando que la efectividad de aquel derecho precisaba de acciones que superasen la igualdad formal proclamada por el artículo 14 de la Constitución, manifiestamente insuficiente a la vista de la evidencia empírica.

Lanzaremos unos datos preliminares que constatarán que este último aserto resultaba de un clamor internacional a nivel normativo al promulgarse la Ley Orgánica 3/2007, pudiendo citarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, así como conferencias mundiales monográficas como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995; y en el ámbito de la Unión Europea el artículo 111 del Tratado de Roma, el Tratado de Ámsterdam de 1 de mayo de 1999, y las Directivas la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. No fue, por ello, la Ley Orgánica 3/2007 una norma novedosa a nivel internacional al evidenciar que la efectividad del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres distaba de ser algo real.

Pese a esta última circunstancia, la constatación de los desequilibrios de género persiste actualmente y es recordada por los organismos internacionales, conforme revela un nuevo indicador elaborado por la OIT, la “brecha de empleo” (que incluye a todas las personas sin empleo que están interesadas en encontrarlo), concluyendo aquel organismo que el acceso de las mujeres al mercado laboral, las condiciones de trabajo y las diferencias de ingresos apenas han mejorado en las dos últimas décadas, resultando “decepcionantemente lentos” los progresos para reducir el mencionado desequilibrio¹. Este

¹ “New data shine light on gender gaps in the labour market”, publicado el 5 de marzo de 2023. <https://www.ilo.org/publications/new-data-shine-light-gender-gaps-labour-market>

nuevo indicador (brecha de empleo) responde a las limitaciones constatadas de la tasa de desempleo, más frecuentemente utilizado, dibujando un panorama mucho más sombrío de la situación de las mujeres en el ámbito laboral. Los nuevos datos evidencian que continúan teniendo muchas más dificultades para encontrar trabajo que los hombres, pese a que las tasas de desempleo son muy similares entre ambos sexos, explicándose tal discordancia porque los criterios utilizados para definir el desempleo tienden a excluir de forma desproporcionada a las mujeres².

Podríamos preguntarnos por qué esta desigualdad entre sexos es tan persistente en el ámbito laboral, y aunque una reflexión más detallada nos llevaría a analizar factores, entre otros, de carácter sociológico e histórico, una primera aproximación –superficial pero suficientemente expresiva– nos obliga a referirnos a la subsistencia de desigualdades endémicas en el citado ámbito fruto de la tardía incorporación de la mujer a las relaciones laborales (remuneradas), a su vez lastrada por su circunstancia biológica asociada a la maternidad y capacidad (en el caso de las mujeres discriminatoriamente asociada a condición) reproductora con derivada atribución de un marcado rol social, consideraciones que condicionaron y continúan condicionando el propio ejercicio profesional y los derechos asociados al mismo. Es suficientemente expresiva de la consideración de la mujer en el ámbito laboral en el momento de su incorporación al mismo la denominada Ley de la silla³, reflejo de la concepción de la mujer como sexo débil necesitado de protección.

Como examinaremos, persisten asimismo concepciones estereotipadas asociadas a la condición femenina, así como límites intangibles pero presentes (techos de cristal y suelos pegajosos) que dificultan, cuando no impiden, el acceso y promoción en el mundo laboral de las mujeres; sociológicamente determinada por las dinámicas heredadas de la citada evolución histórica. Estas circunstancias, añadidas a otras como la desigualdad retributiva, abundan entre otras en la brecha económica, cuyo carácter multifactorial explica la complejidad de su erradicación, partiendo de que en aquel concepto se incluye no sólo la brecha salarial y la anteriormente referida brecha de empleo, sino la aún más acusada brecha de pensiones que, de forma incuestionable y con dimensión numérica, muestra la desigualdad entre sexos que viene imperando en el mercado laboral. A ella cabría añadir la infrarrepresentación en los puestos de responsabilidad de las mujeres tanto en el empleo público como en el privado, que evidencia la dificultad de la promoción profesional para un sexo frente a otro.

La historia y la sociología nos muestran, por tanto, que el punto de partida de mujeres y hombres en el ámbito laboral se encuentra alejado; distancia que persiste actualmente tal como seguidamente examinaremos, situando a ambos sexos en posición

² Según el informe “*New data shine light on gender gaps in the labour market*”, el 15% de las mujeres en edad de trabajar en todo el mundo desearían trabajar pero no tienen empleo, frente al 10,5% de los hombres. Esta brecha de género se ha mantenido prácticamente invariable durante dos décadas (2005-2022). En cambio, las tasas mundiales de desempleo de mujeres y hombres son muy similares, porque los criterios utilizados para definir el desempleo tienden a excluir de forma desproporcionada a las mujeres. <https://www.ilo.org/es/resource/news/las-diferencias-de-genero-en-el-empleo-son-mayores-de-lo-que-se-pensaba>

³ El 27 de febrero de 1912 se promulgó la denominada “ley de la silla”, cuyo objetivo era regular las condiciones de trabajo de las mujeres en tiendas, talleres y comercios; obligando a facilitar un asiento a las mujeres trabajadoras con la justificación en su exposición de motivos de los efectos nocivos de la bipedestación prolongada sobre la fertilidad.

asimétrica al acceder, permanecer y promocionar en el mundo laboral. Y ello enlaza con el objeto de este artículo, en que se cuestionará si el contexto histórico y sociológico expuesto determina la necesidad de una específica técnica de interpretación y aplicación normativa.

II. La imprescindible perspectiva de género en el enjuiciamiento

Asumida la desigualdad entre sexos derivada de la herencia histórica, cabría plantearse por qué no ha resultado suficiente para lograr su erradicación la abundante normativa e instrumentos internacionales o, en su reverso, por qué la perspectiva de género como método de enjuiciamiento se revela como absolutamente necesaria. Existen múltiples motivos que así lo evidencian, pero nos detendremos en dos, cuales son la persistencia de los estereotipos o expectativas de género en el ámbito laboral así como la inercia histórica legislativa, alejada de los actuales cánones de igualdad por razón de género.

a) Los estereotipos, expectativas y sesgos de género

Los estereotipos no resultan de la consagración normativa sino que trascienden a ésta, impregnando el ámbito de enjuiciamiento, lo que exige una labor de depuración por el órgano judicial. Podría cuestionarse esta aseveración, aludiendo a la debida observancia por los órganos judiciales del principio de igualdad o a la neutralidad de sus decisiones, pero ésta no obsta a la evidenciada permeabilidad en la labor enjuiciadora de los sesgos de género, en virtud de los cuales se atribuye a cada uno de los sexos una labor o rol social, derivada de la inserción de tales decisiones judiciales, de forma inevitable, en una sociedad lastrada por aquéllos. Se aludirá posteriormente a resoluciones judiciales en que así se constata, pero baste ahora resaltar que la ausencia de depuración de tales estereotipos impide que la decisión judicial resulte huérfana de desigualdad ab initio, viéndose contaminada y comportando la ineficacia del principio de igualdad. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007 proclamó que resultaba necesaria una acción normativa dirigida a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y “*estereotipos sociales*” que impedían alcanzarla.

Puede añadirse que la persistencia de estos estereotipos o etiquetas sociales encubre una concepción del derecho “dotado de género”⁴, heredero de un contexto social del que no puede desligarse sin esfuerzo. Un contexto de género que, tal como subrayó la IV Conferencia mundial de los derechos de la mujer de Beijing⁵, obviaba la necesidad de protección y acciones positivas tendentes a la efectividad de los derechos de las mujeres como derechos humanos⁶. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de

⁴ “La teoría feminista y el discurso jurídico”. Smart, Carol.

⁵ Celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995.

⁶ Apartado 14 de la Declaración de Beijing.

Naciones Unidas recordó que el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de los estereotipos de género y de su utilización, describiendo éstos como opiniones o prejuicios generalizados acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar, y concluyendo que es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y proyectos vitales⁷. El artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) proclamó que los Estados Partes debían adoptar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estuviesen basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Tal consagración normativa internacional sobre la necesaria supresión de los estereotipos evidencia que las mujeres y los hombres no parten de una situación de igualdad en relación a las materias afectadas por los roles de género, por lo que el mero enjuiciamiento desde una perspectiva formal que no elimine aquéllos impide la efectividad del derecho a la igualdad, al precisar éste una labor depurativa de sesgos a los que quienes operamos en el tráfico jurídico no resultamos inmunes. Con razón se ha afirmado que, considerando la igualdad un principio general del derecho, no basta con que las mujeres tengan iguales derechos (entendido como igualdad ante la ley) sino que han de ser iguales en derechos⁸, existiendo una brecha entre el ideal de igualdad y las realidades de las vidas de las mujeres que responden a parámetros divergentes de los atribuidos socialmente a los varones.

El problema estriba en la invisibilidad de tales “expectativas de género”⁹ y en su fuerza expansiva a nivel legislativo¹⁰ y de enjuiciamiento. Valgan los anteriores apuntes para concluir sobre la necesaria perspectiva de género como instrumento práctico dirigido a lograr la expuesta depuración en el enjuiciamiento de los estereotipos de género, ante la ineficacia de los instrumentos normativos existentes evidenciada por los organismos que cada año examinan su virtualidad práctica. La negación de esta premisa determina un equívoco o media verdad a que posteriormente se aludirá.

b) La herencia histórica legislativa

La aplicación de la perspectiva de género para la depuración normativa tiene por objeto, asimismo, evitar la automaticidad de la aplicación de normas desigualadoras ante la im-

⁷ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>

⁸ “De igual tratamiento a igual derecho”. Holtmaat, Rikki. En “Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas” (coord. por Daniela Heim, Encarna Bodelón, Vol. 1, 2010).

⁹ <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1054139X17303555>

¹⁰ La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, aludía a la incorporación de la mujer al trabajo y no así al fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, tal como efectúa la Ley Orgánica 3/2007 con afán de superación de aquella concepción.

posibilidad práctica de una labor de revisión o enmienda “ad casum” por parte del legislativo, necesidad más acuciante en el ámbito laboral en que resulta notoria la antigüedad de algunas de aquéllas. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado que la perspectiva de género constituye un criterio “*imprescindible*” para la interpretación de las normas jurídicas, calificándolo como principio informador del ordenamiento jurídico y “*faro a cuya luz*” se interpretan las normas¹¹.

Más allá de su conceptualización, la doctrina jurisprudencial ha matizado que la perspectiva de género ha de aplicarse para “*la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad*”, lo que equivale al reconocimiento de una función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, de conformidad con el artículo 1.4 del Código Civil. Esta función integradora supone, en palabras del citado Tribunal, su aplicabilidad en supuestos de “*ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado*”¹².

No se compadece con esta doctrina la consideración de la perspectiva de género como un criterio hermenéutico de segundo grado, subsidiario, frente al resto de los contemplados en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Y ello por cuanto la aludida configuración jurisprudencial describe los parámetros de su aplicabilidad a la acción enjuiciadora del órgano judicial, extendiéndola a la totalidad de la actividad de quien asume la función de juzgar; lo que constituye un trasunto de su configuración en los artículos 4 y 15 de la L. O. 3/20017. Se trata por ello de un instrumento que trasciende la mera formalidad o literalidad de la norma en la actuación de los poderes públicos, entre los que se encuentra el judicial. Frente a la automaticidad aplicativa de la norma, este insoslayable mandato supera su literalidad y salvaguarda la aplicabilidad del principio de igualdad, otorgando un papel protagonista a la perspectiva de género como criterio hermenéutico¹³.

III. Equívocos y medias verdades sobre la perspectiva de género. Su aplicabilidad a ambos sexos

De cuanto se ha expuesto y la doctrina unificada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, así como la contundencia con que el Tribunal Constitucional se expresa sobre la vigencia de la perspectiva de género¹⁴, surge la cuestión acerca de las causas de la persistencia de debates como el que nos ocupa. Expresado en distintos términos, clarificada la doctrina sobre su aplicabilidad ¿qué determina que ésta continúe siendo cuestionada? Sin duda, algunos equívocos y medias verdades que se abordarán seguidamente han condicionado tal cuestionamiento, cuyos efectos la doctrina jurisprudencial ha minimizado abogando de forma clara por su virtualidad como principio informador del ordenamiento jurídico.

¹¹ STS/4ª de 20 de septiembre de 2022 (rcud. 3353/2019).

¹² STS/4ª de 20 de septiembre de 2022 (rcud. 3353/2019).

¹³ STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2024 (conflicto colectivo 42/2024).

¹⁴ STC 89/2024, de 4 de junio.

a) La perspectiva de género únicamente resulta aplicable al sexo femenino (?)

Aunque pudiera resultar superfluo clarificar que esta técnica hermenéutica y de aplicación normativa no circunscribe su ámbito a un solo sexo al tener por objeto la protección del derecho fundamental a la igualdad, la justificación en su génesis de la inefectividad de este derecho para proteger al sexo tradicionalmente discriminado, el femenino, ha determinado que de forma errónea la perspectiva de género haya sido asociada en todo caso a la protección del sexo femenino. No puede negarse que en la mayoría de supuestos así será, tanto por la persistencia de la desigualdad anteriormente aludida como por la debida protección del embarazo que, de forma obvia, se circunscribe al sexo femenino. Pero ello no impide que en otros precisamente su configuración —e incluso el otorgamiento de este nomen iuris— ligado al género y no al sexo, determine la aplicabilidad a supuestos en que se dirima sobre la discriminación de varones en el ámbito laboral. Se trata, por ello, de una media verdad que se tratará de desvirtuar refiriéndonos de forma expresa a supuestos así dirimidos por diferentes instancias judiciales, si bien previamente se ha de clarificar la conclusión anteriormente expuesta derivada de la conceptualización de la perspectiva de género como ligada a este factor discriminatorio y no al del sexo.

Con tal propósito, hemos de partir de la afirmación sobradamente conocida de que la prohibición de discriminación alcanza al numerus apertus de factores odiosos contemplado por el artículo 14 de la Constitución, entre los que, tal como afirma la doctrina constitucional, se encuentra incluido el género. Su noción, ya incluida en el Convenio de Estambul¹⁵, ha sido clarificada recientemente en la doctrina constitucional, al diferenciar la STC 67/2022, de 2 de junio, entre el sexo y el género¹⁶.

En el ámbito laboral, resulta destacable la conexión del ejercicio de los derechos a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal con el derecho a la igualdad por razón de género, dado su ligamen a concepciones estereotipadas sobre su primordial

¹⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011). Su artículo 3 contiene, entre otras, las siguientes definiciones:

– “por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”;

– “por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

¹⁶ Expone la STC 67/2022, de 2 de junio, que el sexo “permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales”, y “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”, en tanto el género “se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género”.

Asimismo, expone la STC 67/2022: “Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art. 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la “aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...] la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación”.

disfrute por parte de las mujeres frente a los varones, lo que si bien sociológicamente continúa siendo cierto en modo alguno puede justificar conducta discriminatoria. En el supuesto de así acaecer, la discriminación fundada en el potencial o efectivo ejercicio de tales derechos pueda anudarse al factor del género, tal como subraya la doctrina constitucional en la materia al conceptualizar los derechos conciliatorios como dotados de “trascendencia constitucional”. Ciertamente, la doctrina constitucional no ha dado el paso de concluir sobre la concurrencia de discriminación por razón de género asociada al ejercicio de derechos conciliatorios. Ahora bien, la normativa va avanzando al consagrar la referida trascendencia constitucional, evidenciada en la promulgación del RD 5/2023¹⁷, que al trasponer la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁸, modificando el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, añadió en el artículo 4.2.c) que el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleadas, por razón de sexo incluye “*el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral*”.

Pudiera matizarse que normativamente tal discriminación es asociada al sexo y no al género, pero trataremos de evidenciar que buena parte de las resoluciones en que se ha estimado la discriminación por razón de sexo por ejercicio de derechos conciliatorios han basado tales pronunciamientos en la persistencia de estereotipos de género, lo que resulta parangonable a la discriminación por este último factor. A tal efecto, el silogismo resulta sencillo: se discrimina por asociarse la condición de mujer al obligado ejercicio de derechos conciliatorios (lo que equivale al género o a la cristalización de la conducta asociada al sexo femenino) y no por su condición de mujer frente al varón (lo que sería equivalente a discriminación por razón de sexo).

Obsérvese que la Jurisprudencia interna e internacional, incluso desde fechas anteriores a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, evidenciaba la necesidad que el enjuiciamiento fuese efectuado desde una óptica igualitaria por razón de género, abordando la doctrina constitucional a partir de la STC 3/2007 la conexión de los derechos conciliatorios con los artículos 39 y 14 de la Constitución, este último en su vertiente de discriminación indirecta –por considerar que las mujeres son las usualmente implicadas en el cuidado de hijos/as–¹⁹. Asimismo, la STC 26/2011 reconoció la conexión de los derechos conciliatorios con el artículo 14 de la Constitución, si bien aludiendo a la discriminación de las personas trabajadoras por circunstancias familiares (relacionadas con la responsabilidad parental en la asistencia a sus hijo/as menores de edad), huyendo

¹⁷ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE número 154, de 29.06.2023).

¹⁸ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹⁹ La STC 3/2007, de 15 de enero, otorga el amparo a trabajadora solicitante de reducción de jornada, partiendo de la feminización del ejercicio de los derechos de conciliación y reconociendo su dimensión constitucional de los mismos, ligada al principio de igualdad por razón de género, con cita del ATC 1/2009, de 12 de enero

de concepciones estereotipadas sobre su ejercicio al afirmar que procedía analizar si la resolución impugnada resultaba necesaria para lograr *“la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares”*. Este reparto equilibrado de las responsabilidades familiares equivale al reconocimiento de la superación de concepciones estereotipadas sobre la atribución de tal labor al sexo femenino, lo que mutandis mutandi supone aludir al género (recordemos que el Tribunal Constitucional así lo conceptualiza en la STC 67/2022 parcialmente transcrita ut supra).

Continuando con la doctrina constitucional que, pese a no otorgarle este nomen iuris, aplica la perspectiva de género para dirimir sobre la concurrencia de discriminación, la STC 149/2017 concluye sobre la vulneración del artículo 14 en conexión con el artículo 39 de la Constitución, al no ponderarse en el enjuiciamiento del ejercicio de los derechos conciliatorios los intereses constitucionales en juego, aludiendo a la mayor incidencia de la solicitud de aquél por parte de las mujeres frente a los varones²⁰. Con similar línea argumental, la STC 79/2020 ha recordado que los derechos asociados a la maternidad responden a la idea de *“compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora”*²¹. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha subrayado asimismo la dimensión constitucional de los derechos conciliatorios, al enfatizar su potencial incidencia en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, como *“discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho”*²², así como la necesaria protección de la garantía contra la lesividad por su ejercicio²³, subrayando que en su enjuiciamiento debe evitarse limitar la ponderación de los intereses en conflicto a una mera comparativa entre ambos, extendiéndola a la efectividad del contenido del artículo 14 de la Constitución.

Esta última conclusión enlaza con nuestra argumentación inicial sobre la potencial discriminación por razón de género de los varones por ejercicio de derechos conciliatorios y corresponsabilidad, al atribuirseles contrario sensu un rol tradicional desligado de aquél. Más concretamente, la limitación o impedimento del referido ejercicio por la atribución de tal rol social (género), determinará que se incurra en discriminación por razón de género, reforzando la necesidad de su enjuiciamiento con perspectiva superadora de la conceptualización tradicional. Constituye un ejemplo en este sentido el supuesto fáctico objeto de enjuiciamiento por la STEDH de 22 de marzo de 2012 (asunto Konstantin

²⁰ La STC 111/2018, de 17 de octubre, recuerda que la colaboración en el cuidado de lo/as hijo/as comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambo/as progenitore/as, lo que convertiría en inadmisibles una posición que partiese “de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas”; pese a denegarse el amparo solicitado por considerar que la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no resultaba discriminatoria para el varón.

²¹ La STC 79/2020, de 2 de julio, cita las SSTC 145/1991, de 1 de julio; y 91/2019, de 3 de julio. *“La específica prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo comprende la “discriminación directa” a la que se ha hecho referencia, sino también la “discriminación indirecta”, es decir, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”*.

²² STS/4ª de 21.03.2011 (recurso 54/2010).

²³ Entre otras, SSTS/4ª de 10.01.2017 (recurso 283/2015), 20.07.2016 (recurso 568/2015), y de 25.04.2018 (recurso 2152/2016).

Markin c. Rusia), cuya fundamentación alude a la necesaria superación del reparto tradicional de roles de género para avanzar en materia de no discriminación, mencionando la corresponsabilidad en el hogar y concluyendo que se incurrió en vulneración de la prohibición de discriminación al denegar al demandante el ejercicio de derechos conciliatorios aludiendo al predominante rol cuidador de las mujeres frente a los varones en el seno familiar²⁴. Sin duda, este pronunciamiento tuvo por objeto una discriminación por razón de género no obstante no otorgarle este nomen iuris por asociarse la labor del varón a determinado rol social (en este caso, no cuidador).

En la STSJ Cataluña de 30 de julio de 2020 (recurso 1484/2020) abordamos (s.e.u.o., de forma novedosa) esta cuestión, concluyendo –si bien a los meros efectos dialécticos y dadas las alegaciones contenidas en el recurso entorno a la imposibilidad de declarar la vulneración del derecho a la igualdad por razón de género de trabajador varón–, que el hecho de que el demandante tuviese sexo masculino no hubiese impedido concluir sobre la vulneración del principio de igualdad por razón de género, de haber sido concretada y ulteriormente acreditada; añadiendo que, particularmente, podría haber sido estimada la vulneración alegada por diferencias de trato con relevancia constitucional en el ejercicio de los derechos conciliatorios, basadas en la aplicación de estereotipos de género, tan frecuentes en esta materia, que perpetúan roles sociales en perjuicio de la dimensión material de aquel derecho.

Posteriormente, en la STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2023 (recurso 6291/2022) concluimos (nuevamente con carácter novedoso en nuestra doctrina judicial, s.e.u.o.) que concurría discriminación por razón de género de trabajador varón tras extinción de la relación laboral reactiva a su comunicación a la empresa sobre el embarazo de su mujer y tras haber disfrutado recientemente de permiso por paternidad. Razonamos entonces que concurría un panorama indiciario de discriminación por razón de género no desvirtuado por la empleadora, sin que a ello obstase el sexo masculino del trabajador, con cita de la doctrina jurisprudencial interna e internacional en la materia. Al referido panorama indicario añadimos que, habiendo sido anunciado el embarazo de su mujer, podría, asimismo entenderse potencialmente afectado el derecho a la igualdad por razón de sexo por discriminación refleja o por asociación, extremo a que aludiremos seguidamente.

En efecto, restaría añadir a lo hasta ahora expuesto que, además de la discriminación por razón de género de los varones por atribución a los mismos de un rol social distinto del tradicional con consiguiente denegación o limitación del ejercicio de derechos conciliatorios²⁵, la perspectiva de género se presenta como imprescindible para dirimir sobre la denominada discriminación por asociación o refleja cuando el trato desfavorable

²⁴ La STEDH 22.03.2012 (asunto Constante Markin c. Rusia) contiene pronunciamientos de especial relevancia en la materia, cual son que “la sociedad se ha dirigido hacia una división más igualitaria de las responsabilidades de la crianza entre hombres y mujeres y el papel de cuidadores de los hombres ha ganado reconocimiento”, ligándose el ejercicio de los derechos conciliatorios al de igualdad entre mujeres y hombres.

²⁵ La STS/4^a de 03.03.2020 (recurso 190/2018), subraya que “el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación”, resultando ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades “la atribución del beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas”.

en su disfrute por el varón deriva de su relación con la persona del sexo femenino²⁶. Para describir su alcance, cabe citar la STS/4ª de 29 de enero de 2020 (recurso 3097/2017), al concluir que la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada (en el supuesto objeto de la citada resolución, embarazo), sino que la protección derivada del mismo es aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la causa de discriminación²⁷. En ese caso, sin embargo, nos encontramos ante una discriminación por razón de sexo (no por razón de género), por cuanto la discriminación que concurre en el varón deriva de la concurrencia del factor discriminatorio en la mujer ligado a su sexo femenino (por su embarazo). Así concluimos en la sentencia de STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2023 (recurso 6291/2022) anteriormente citada, en que apreciamos, además de la mentada discriminación del trabajador varón por razón de género, una situación subsumible en discriminación por razón de sexo por asociación o refleja ligada al embarazo de su mujer; en virtud del artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 al disponer que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. En suma, el acto reactivo al anuncio de embarazo de la mujer del actor resultó discriminatorio por razón de sexo de manera directa o refleja, al traer causa el trato desfavorable hacia el trabajador de aquella situación de embarazo; pese a no otorgársele tal nomen iuris en la demanda.

Compendiando lo expuesto, la perspectiva de género constituye un canon interpretativo y de aplicación normativa no circunscrito al sexo femenino sino que ha de presidir el enjuiciamiento sobre la efectividad del derecho de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución cualquiera sea el sexo de la persona afectada por tal conducta en supuestos en que la discriminación alegada tenga por objeto el género (rol social) y no el sexo; premisa ésta imprescindible para aprehender su alcance en la labor enjuiciadora en el orden jurisdiccional social.

b) Los estereotipos de género no impregnan la labor de enjuiciamiento (?)

La perspectiva de género como técnica de interpretación y aplicación normativa no agota su ámbito a los supuestos en que se hace necesaria la ponderación de las soluciones posibles para concluir sobre cuál de ellas hace efectivo el principio de igualdad (función

²⁶ En este sentido, cabe citar la STJS Cataluña de 6.03.2023 (recurso 6291/2022).

²⁷ STS/4ª de 29 de enero de 2020 (recurso 3097/2017) con cita las SSTJUE de 17 julio 2008 Coleman –C-303/06– y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD –C-83/14–, refiriéndose a su recepción en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RD-Leg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP.

Asimismo, la doctrina constitucional ha contemplado la discriminación por asociación o refleja en la STC 71/2020, para los supuestos en 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”

interpretativa de la norma jurídica), así como cuando nos encontramos ante ausencia de norma aplicable al caso real, inexistencia de regulación o regulación que no toma en consideración el valor de la igualdad de sexos (función integradora)²⁸ sino que extiende su fuerza aplicativa a aquellos supuestos en que el enjuiciamiento se impregna de estereotipos de género que determinan conclusión jurídica contraria al principio de igualdad.

Tales estereotipos lesionan el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres tanto si son de carácter negativo como aparentemente positivo, encontrándonos en este último caso ante las medidas “falsamente protectoras”, que la doctrina constitucional considera basadas en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer sin vigencia en la sociedad actual y que, pese a su apariencia, tienden a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, por lo que su mantenimiento consolida la situación discriminatoria contra la que se reacciona²⁹.

Sirva como ejemplo reciente de esta tal permeabilidad del enjuiciamiento a los sesgos de género, la STS/4ª de 30 de octubre de 2023 (recurso 130/2021), en que se concluye, revocando el pronunciamiento recurrido, sobre el carácter no fraudulento del acceso a la prestación de desempleo por haber sido contratada la trabajadora encontrándose embarazada. La argumentación contenida en la citada resolución tiene por objeto la depuración del enjuiciamiento fundado en sesgos de género, al aludir que *“de esa condición o estado de gravidez no puede derivarse el fraude imputado, máxime cuando el proceso gestacional fue normoevolutivo y sin evidencia de riesgo alguno (...) pues de otra forma podría incurrirse en una discriminación en el acceso al empleo, por razón de sexo, prohibida por el art. 14 del mismo texto constitucional”*. Adviértase que, pese a no aludirse a tales sesgos con el nomen iuris de “estereotipo”, no de otro modo puede conceptuarse la argumentación que sustentó la actuación de la entidad gestora así como la resolución judicial que la confirmó, por cuanto tal conclusión jurídica supondría la cristalización del sesgo histórico y social que asociaba el estado de embarazo a la ineptitud para desempeñar en óptimas condiciones la relación laboral, lo que entendido como dogma podría comportar un evidente perjuicio derivado de aquel estado³⁰. De forma expresa aludimos a la concurrencia de estereotipos, en supuesto similar (presunción de alta fraudulenta por mujer embarazada) en la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2023 (recurso 8081/2022), por entender que la sentencia de instancia había concurrido en un enjuiciamiento impregnado de aquéllos al considerar que la mujer embarazada se encontraba en situación

²⁸ STS/4ª de 20.09.2022 (recurso 3353/2019).

²⁹ La doctrina constitucional a partir de la STC 128/1987 subrayó que en el ámbito laboral, la situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora, adoptadas desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral (inferioridad física, mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares, ...) que fueron consideradas contrarias al artículo 14 de la Constitución. Esta doctrina fue enriquecida con la conclusión alcanzada por la doctrina constitucional sobre la ausencia de virtualidad enervadora de la discriminación por la aquiescencia de la persona perjudicada por la medida. Compendiando lo expuesto, la doctrina constitucional ha reconocido que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres proclamada por el artículo 14 de la Constitución impone erradicar interpretaciones del ordenamiento jurídico que consoliden una división sexista de papeles, referencia ésta inexorablemente unida a la persistencia de estereotipos sociales en el ámbito laboral y prestacional, postulando como *“fin y generalmente como medio”* la parificación.

³⁰ En este sentido, STC 75/2011, de 19 de mayo, con cita de las SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004 de 4 de octubre, FJ 3; y 324/2006, de 20 de noviembre, asimismo invocadas en la STS/4ª de 30.10.2023 (recurso 130/2021).

de inferioridad a nivel de salud, dadas las consecuencias negativas que en el ámbito laboral tendría para las mujeres esta apriorística premisa.

No constituye éste el único supuesto en que la doctrina jurisprudencial ha advertido sobre las perniciosas conclusiones jurídicas asociadas al embarazo, pudiendo citarse la STS/4ª de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018), en que se alude a la perspectiva de género para considerar que la contingencia de las lesiones causadas en el parto es la de accidente no laboral y no así enfermedad común, advirtiendo que la “*utilización de parámetros neutros*” conduciría a un resultado contrario al principio de igualdad. No escapa a quien redacta el presente artículo que la perspectiva de género es fundamentada en la citada resolución en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, por entenderse que “*sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que la se acuda a la atención sanitaria*”, pero ello no obsta a que en la argumentación jurídica se aluda asimismo a la “*especificidad y singularidad del embarazo y del parto, que diferencia esas situaciones del concepto de enfermedad*”. La necesaria superación de este sesgo asociado a la condición de enfermedad del embarazo y los indeseables efectos que ha comportado de cara al acceso y permanencia en el empleo de las mujeres embarazadas ha sido reconocida tanto por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo³¹ como por la doctrina del TJUE³². Tales pronunciamientos evidencian que el embarazo y la maternidad continúan estando ligados a estereotipos de género que de perpetuarse comportarían la consideración de la inferioridad de condiciones de la mujer frente al varón por el mero hecho de encontrarse embarazada, lo que no sólo resulta contrario a la evidencia científica sino que abundaría en la brecha de género en el acceso al empleo, su mantenimiento y promoción profesionales³³. Asimismo, el Tribunal Constitucional, incluso con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, ha concluido sobre la necesaria eliminación de los estereotipos de género en la labor de enjuiciamiento, resultando suficientemente ilustrativa la STC 224/1999³⁴ al considerar que en la valoración probatoria el TSJ se había incurrido en una argumentación jurídica lesiva del art. 14 CE por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer³⁵. La doctrina de la Sala Cuar-

³¹ STS/4ª de 18 de abril de 2011 (rcud. 2893/2010).

³² Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9.02.1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.09.2002, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.07.2006), y STJUE de 4.10.2001 (asunto Tele Danmark, C-109/00).

³³ La STC 79/2020, de 2 de julio, ha recordado que entre “*los derechos asociados a la maternidad (...) responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora*”.

³⁴ STC 224/1999, de 13.12.1999, en supuesto de acoso sexual en el trabajo, en que se demandó en amparo aduciendo que la decisión judicial vulneró el derecho de la actora a no ser discriminada por razón de sexo (art.14 CE) con menoscabo de su dignidad personal (art. 10.1 CE) y lesión de los derechos fundamentales afectados. Si bien el TC asume una noción de acoso sexual en el ámbito laboral que actualmente ha sido superada, su pronunciamiento constituye un paradigma de enjuiciamiento depurado de estereotipos de género.

³⁵ Se considera un estereotipo la exigencia de “*la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario*”, discrepando de tal solución no como revisión de la valoración de la prueba, sino como una interpretación del relato “*a la luz de los valores constitucionales*”. Resulta este pronunciamiento paradigmático de la depuración de estereotipo asociado a la concepción social sobre la necesaria respuesta femenina ante situaciones de acoso considerando necesaria su reacción inmediata y contundente, lo que la doctrina constitucional tilda de actitud que implícitamente pretende cosificar a la mujer, con ponderación de los hechos enjuiciados desde una perspectiva igualitaria, superadora de las citadas concepciones sociales.

ta del Tribunal Supremo ha estimado la necesidad de eliminación en el enjuiciamiento de concepciones sociales relativas a estereotipos de género en resoluciones tales como la STS/4^a de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009)³⁶.

Reviste particular relevancia para reflexionar sobre la permeabilidad de los sesgos de género en el enjuiciamiento la doctrina del TEDH, por cuanto su ámbito de se circunscribe a la conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos de la actuación estatal cuestionada. Y precisamente cuando la impugnación ha tenido como objeto la actuación judicial, y más específicamente su adecuación al principio de igualdad por razón de sexo, la citada doctrina ha concluido sobre tal vulneración en supuestos en que ha observado que los pronunciamientos judiciales se basaron en fundamentación que descansaba sobre sesgos de género. Esta doctrina, con especial protagonismo a partir de la década de los noventa tras superar concepciones de carácter tradicional sobre los roles sociales en materia conciliatoria³⁷, ha tenido singular incidencia en materia de ejercicio de derechos conciliatorios, pudiendo citarse las SSTEDH de 22 de febrero de 1994 (asunto Burghartz c. Suiza)³⁸ y de 16 de febrero de 2005 (asunto Ünal Tekeli contra Turquía)³⁹. Como nueva punta de lanza sobre la necesaria superación de concepciones estereotipadas en el enjuiciamiento resulta destacable la STEDH de 25 de julio de 2017 (asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal), al concluir sobre la vulneración del derecho a la no discriminación, tanto por razón de edad como de género, por haberse producido aquél partiendo de concepciones estereotipadas sobre ambas condiciones⁴⁰. Más recientemente, pueden traerse a colación las SSTEDH de 4 de febrero de 2021

³⁶ La STS/4^a de 19.04.2011 (rec. 16/2009) consideró discriminatoria la práctica empresarial de imponer a las trabajadoras un solo uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria y no poder usar el uniforme de pantalón, por estimar que vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo al no estar objetivamente justificada ni ser proporcional ni necesaria. Sin otorgarse el nomen iuris de estereotipo, se alude a unos hechos que serían constitutivos de éste, cuales son el “componente tradicional o antiguo” de determinada uniformidad femenina, que “*se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres*” que denota una política empresarial que pretende “*proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir*”.

³⁷ STEDH de 27/03/1998 (Petrovic c. Austria), con opinión disidente común de los jueces Bernhardt y Spielmann, en que se indicaba que el objeto del pronunciamiento era la tradicional división de responsabilidades familiares entre las madres y los padres que llegó a la legislación austríaca, reconociendo únicamente a las madres el derecho a un subsidio por permiso parental, añadiendo que la discriminación contra los padres perpetuaba esta división tradicional de género, y también podía tener consecuencias negativas para la madre, ya que si ella continuaba su actividad profesional y se mostraba conforme en que el padre se quedase en el hogar, la familia perdería el subsidio de permiso parental al cual ella tendría derecho si permanecía en casa.

³⁸ La STEDH de 22/2/1994 (asunto Burghartz c. Suiza) si bien arrastra cierta inercia tradicionalista, negó que la elección por el marido o la mujer de uno de sus patronímicos como apellido antes que el otro pudiera tener distintos efectos.

³⁹ La STEDH de 16.02.2005 (asunto Ünal Tekeli contra Turquía), concluye que resultaba discriminatoria la ley turca que prohibía utilizar a la mujer casada sólo su apellido de soltera después del matrimonio, mientras que el hombre casado mantenía su apellido. Constituye uno de los pocos ejemplos en que el TEDH ha estimado la violación del Convenio por un Estado pese a la existencia de un consenso a nivel europeo.

Entre los pronunciamientos en que se aprecia discriminación en relación a los apellidos de las parejas binacionales en Suiza, cabe citar la STEDH de 9.11.2010, asunto Losonci Rose y Rose c. Suiza.

En las SSTEDH de 4.12.2003 (M. C. c. Bulgaria) y 28.05.2013 (Eremia c. Moldavia) se reflexiona sobre la influencia en la actuación de las autoridades de las concepciones estereotipadas.

⁴⁰ Sin perjuicio del avance que supone esta resolución, adolece de la necesaria referencia a la discriminación múltiple pese a estimar que concurrió aquélla tanto por razón de edad como de género, lo que comportó la ausencia de un superior reproche a efectos indemnizatorios o restitutorios. Así lo expuse en: Martínez Miranda, Macarena. “De la corresponsabilidad formal a la corresponsabilidad efectiva: la necesaria superación de estereotipos. Doctrina del TEDH”, en “Hacia una igualdad efectiva a través de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional y la corresponsabilidad”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, núm. 68, año 2018.

(caso Jurcic contra Croacia) –paradigma de proscripción de los estereotipos que comportan el enjuiciamiento con desigualdad por razón de género⁴¹– así como la de 19 de marzo de 2024 (B. T. c. Rusia), que concluye sobre la ausencia de justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato entre mujeres y hombres en materia de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar⁴². En el ámbito de las pensiones la doctrina del TEDH ha evidenciado asimismo que persisten los estereotipos de género⁴³, redundando en la muy preocupante brecha de pensiones⁴⁴.

En similar sentido, evidenciando la necesaria depuración por la labor enjuiciadora de los sesgos de género que persisten en el ámbito laboral, cabe recordar la doctrina del TJUE contenida, entre otras, en la STJCE 11.01.2000 (asunto T. Kreil, C-285/98)⁴⁵, la STJCE de 30 de septiembre de 2010 (c. Roca Álvarez)⁴⁶, y la STJUE de 16 de julio de 2015 (c Maïstrellis, C-222/14)⁴⁷.

Concluimos, en suma, que los órganos judiciales no resultamos inmunes a la permeabilidad de los estereotipos de género, lo que obliga a la labor de depuración amparada por la interpretación y aplicación normativa con perspectiva de género.

c) La perspectiva de género no es aplicable a la valoración de la prueba (?)

Hemos venido incidiendo en la configuración de la perspectiva de género como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, debiendo incluirse en su ámbito las normas sobre valoración de la prueba. La relevancia de así efectuarlo ha sido recalca-

⁴¹ La STEDH de 4 de febrero de 2021 (caso Jurcic c. Croacia) dirime sobre supuesto en que se había concluido que la obtención de empleo por trabajadora que se había sometido diez días antes a fecundación in vitro podía considerarse fraudulenta, al concluirse que no era apta desde el punto de vista médico para ocupar un puesto de trabajo en el momento de los hechos debido a la referida FIV. El TEDH estima que por la trabajadora demandante se había recibido un trato diferente por razón de sexo, no pudiendo considerarse el embarazo por sí mismo un comportamiento fraudulento ni justificar una diferencia de trato. A ello añade su preocupación por la conclusión sobre que las mujeres no deben trabajar o buscar empleo durante su embarazo o ante la posibilidad de éste, tildándolo de estereotipo de género y “grave obstáculo para la consecución de una verdadera igualdad sustantiva entre hombres y mujeres” que contradice las normas internacionales. Esta doctrina es aplicada en la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2023 (recurso 8081/2022).

⁴² La STEDH de 19 de marzo de 2024 (B. T. c. Rusia) concluye sobre la vulneración de la igualdad entre sexos al condicionarse el derecho al permiso parental del personal policial masculino, frente a la ausencia de condicionantes en el caso del personal femenino.

⁴³ Pueden citarse entre estas resoluciones la STEDH de Gran Sala de 11 de octubre de 2022 (Beeler c. Suiza) y la de 20 de diciembre de 2022 (Moraru and Marin c. Rumanía). Esta última aprecia discriminación por no permitir a dos funcionarias jubilarse a la edad de los hombres.

⁴⁴ “Brecha salarial de género en Europa: hechos y cifras (infografía)”. Parlamento Europeo, 12.04.2023. En 2020, las pensiones de las mujeres en la UE mayores de 65 años fueron de media un 28,3 % más bajas que las masculinas.

⁴⁵ La citada resolución concluyó que la legislación alemana resultaba contraria a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, al prohibir a las mujeres el acceso a los empleos militares que implicasen el uso de armas, autorizando únicamente aquél a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar; superando el estereotipo alegado por el Gobierno alemán de que las mujeres debían estar más protegidas que los hombres contra determinados riesgos.

⁴⁶ La STJCE de 30 de septiembre de 2010 (Roca Álvarez) concluyó que la medida nacional que preve que las trabajadoras por cuenta ajena puedan disfrutar de un permiso durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento del/de la hijo/a, en tanto los hombres únicamente pueden disfrutarlo cuando la madre también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena se oponía a la Directiva 76/207/CEE.

⁴⁷ La STJUE de 16 de julio de 2015 (c Maïstrellis, C-222/14) declara contrario al Acuerdo Marco el reconocimiento de una licencia después del nacimiento o adopción en todo caso a la mujer, y sólo al hombre si su mujer tenía una actividad profesional, destacando que esta normativa suponía una perpetuación de los roles tradicionales de género que atribuyen a las mujeres el cuidado de lo/as hijos/as.

da por el Comité CEDAW en materias como la violencia de género, en que la reserva y carácter privado del ámbito en que acaecen dificulta tal labor⁴⁸; así como por la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que ha estimado dotada de esencial valor probatorio la declaración de la víctima en supuestos de delitos de carácter sexual⁴⁹.

Si bien pudiera considerarse superfluo aludir a la inclusión de las normas sobre valoración de la prueba entre las interpretables con perspectiva de género (no de otro modo podría acaecer al encontrarnos ante un principio informador del ordenamiento jurídico), la permeabilidad de algunas materias a los estereotipos de género hace que deba enfatizarse la observancia de la técnica que nos ocupa en la ponderación de los elementos de convicción. Conviene subrayar que el proceso deductivo en que reside la valoración probatoria no resulta neutro ni objetivo (salvo los tasados supuestos previstos en los artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tal como sostienen quienes combaten la aplicabilidad de la perspectiva de género a aquélla, sino que se desdobra en una fase de establecimiento de las circunstancias fácticas que puedan constituir elementos de prueba y otra posterior de valoración jurídica de estos elementos para decidir si integran los requisitos de fondo que comporten estimar acreditado el hecho base de la pretensión⁵⁰. A ello ha de añadirse la existencia de ámbitos que resultan especialmente permeables o sensibles a la introducción de sesgos de género en la valoración probatoria, por tratarse de materias en que las máximas de la experiencia juegan un esencial papel a la hora de fijar el objeto de la prueba y proceder a su ponderación.

No constituye el objeto de este artículo el desarrollo del proceso cognitivo en que consiste la valoración de la prueba ni la necesidad de que el mismo se vea presidido por la perspectiva de género, lo que ha determinado estudios monográficos⁵¹. Pero sí hemos de subrayar que la pretendida limitación del ámbito de aplicación de la perspectiva de género a la subsunción jurídica restringiría de forma indebida o impediría la eficacia del principio de igualdad, por cuanto tanto en la determinación del valor probatorio otorgado a un medio de prueba como en la propia fijación del objeto de prueba, en su ponderación y en la interpretación de los hechos pueden concurrir sesgos de género. La doctrina jurisprudencial alude a tal circunstancia al concluir que para dirimir sobre la discriminación por razón de sexo ostentan un valor referencial no sólo aspectos jurídicos sino asimismo “*los usos sociales y las máximas de experiencia*”⁵², pudiendo dentro de éstos infiltrarse los estereotipos asociados al género femenino o masculino. Citaremos seguidamente otros

⁴⁸ El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la CEDAW, en su Recomendación número 135 subraya que “para determinar si los actos de violencia por razón de género contra la mujer constituyen tortura o trato cruel, inhumano o degradante, se requiere un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género para comprender el grado de dolor y sufrimiento que experimentan las mujeres, y de que los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo”. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

⁴⁹ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010.

⁵⁰ Puede servirnos de ejemplo el documento de la European Asylum Support Office “Valoración de las pruebas y de la credibilidad en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo” <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/EASO-Evidence-and-Credibility-Assessment-JA-ES.pdf> (si bien referido a las solicitudes de asilo)

⁵¹ Martínez Miranda, Macarena. “Valoración de la prueba con perspectiva de género en el orden jurisdiccional social”, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ (número 52 del año 2022.-Estudio de la prueba: un enfoque transversal-).

⁵² STS/4ª de 19.04.2011, recurso 16/2009.

supuestos en que la doctrina jurisprudencial ha reparado en la contaminación de sesgos de género en el examen del acervo probatorio o en la fijación del objeto de la prueba.

Procesos en materia de acoso sexual en el trabajo

En materia de acoso sexual en el trabajo, la STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999⁵³ concluyó que en la valoración probatoria el TSJ había incurrido en *“una argumentación jurídica que en sí misma es lesiva del art. 14 CE, por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer”*. La argumentación que acompaña tal conclusión viene determinada por la inexigibilidad del requisito requerido por la Sala de lo Social cuyo pronunciamiento revoca, atinente a la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pusiesen de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario. Afirma el Tribunal Constitucional que ha de revocarse tal pronunciamiento basándose en una interpretación *“a la luz de los valores constitucionales”*, expresión que entendemos equivalente a la necesaria depuración de concepciones estereotipadas sobre el comportamiento de la víctima, añadiendo el citado Tribunal que no puede permitirse *“la perpetuación de actitudes”* con las que implícitamente se pretende cosificar a la mujer, *“tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal”*.

La doctrina constitucional se ha referido asimismo al divergente impacto de género del acoso sexual en el trabajo por afectar notoriamente con mayor frecuencia e intensidad a la mujer que al hombre *“como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación”*, ligándolo al principio de igualdad por razón de sexo proclamado por el artículo 14 de la Constitución⁵⁴. Esta evidencia empírica sobre la superior afectación al sexo femenino ha sido recientemente subrayada por el Convenio 190 de la OIT ratificado por España⁵⁵, cuyo Preámbulo aboga por un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género. La transcrita cláusula posibilita la afectación de hombre y niños como víctimas de violencia y acoso por razón de género precisamente por no ajustarse a los denominados patrones de género, lo que coadyuva a la conclusión anteriormente expuesta sobre la aplicabilidad de la perspectiva de género a los varones.

Pueden citarse, entre los estereotipos más frecuentes en materia de acoso sexual en el trabajo, los atinentes a la ausencia de negativa contundente o de reacción airada por la trabajadora⁵⁶, el contexto social o laboral que entiende que a las mujeres se les ha de “in-

⁵³ STC 224/1999, sección 1, del 13.12.1999.

⁵⁴ STC 224/1999, sección 1, del 13.12.1999.

⁵⁵ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21.06.2019, publicado en el BOE núm.143, de 16.06.2022, páginas 82959 a 82966 (8 págs.)

⁵⁶ La STC 224/99 constata que esta consideración resulta de una concepción estereotipada en la sentencia objeto de amparo.

sistir” para conquistarlas formando parte del “cortejo sexual” mostrar cierta resistencia⁵⁷, la existencia de relación o comunicación previa⁵⁸, y la ausencia de hechos constitutivos de acoso por mantenerse la conducta en idénticos términos con todas las trabajadoras⁵⁹ o por realizarse en presencia de otras personas trabajadoras o clientes. Esta última circunstancia en modo alguno obsta a la concurrencia de acoso sexual, sino que por el contrario puede coadyuvar a su acreditación al producirse una doble victimización sobre quien lo sufre debido al impacto no sólo individual sino también social y laboral de tal conducta.

A título ilustrativo, en la STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2024 (recurso 7138/2023) concluimos que alegaciones atinentes a la ausencia de interposición de denuncia o al tiempo transcurrido entre los hechos y la manifestación a la empresa no podían ser tomados en consideración por la Sala por cuanto efectuarlo incurriría en una concepción estereotipada sobre la conducta exigible a una mujer cuando acontecen hechos como los descritos, que resultaría discriminatoria por razón de género y vulneradora del principio de igualdad; añadiendo que debían ponderarse las dificultades emocionales y personales que suelen concurrir para dar el paso de denunciar comportamientos tan lesivos de la dignidad, máxime cuando se producen en un contexto laboral, al afectar, tal como recuerda el Preámbulo del Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social. Asimismo, alegándose una previa relación amistosa entre el actor y la trabajadora así como con el marido de ésta, se concluyó que no obstaría a la calificación de la falta ni a su gravedad, así como que constituía un argumento que parecía responder a un contexto social o laboral de carácter estereotipado con objeto de justificar en el clima de confianza previa (por otra parte, no acreditado) un comportamiento como el descrito en el relato fáctico, de todo punto inaceptable en una sociedad que pudiera calificarse de igualitaria por razón de género. Igualmente se concluyó sobre la neutralización, por intrascendente y contrario al principio de igualdad, del estereotipo atinente a la ausencia de virtualidad probatoria de la declaración de la víctima, insistiéndose en las dificultades probatorias anteriormente descritas.

La depuración de estereotipos de género permite valorar la prueba practicada de conformidad con la efectividad del principio de igualdad, sin que una ponderación neutra pudiera conducirnos a salvaguardar aquel derecho fundamental.

Procesos sobre ejercicio de derechos conciliatorios

Como ha sido expuesto anteriormente, en el ámbito de las medidas conciliatorias la doctrina constitucional ha recalado que continúan perpetuándose estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento del acceso, permanencia y promoción en

⁵⁷ STSJ Cataluña de 25/09/2019 (recurso 3292/2019).

⁵⁸ STSJ Baleares de 22/09/2022 (recurso 184/2022).

⁵⁹ STSJ Galicia de 27/04/2020 (recurso 433/2020).

el empleo de las mujeres trabajadoras⁶⁰. La permeabilidad de tales sesgos en la ponderación de la prueba resulta evidenciada por los pronunciamientos judiciales que subrayan el prevalente rol cuidador otorgado a las mujeres frente a los varones, en perjuicio de la igualdad por razón de género.

La propia determinación del objeto de prueba en materia conciliatoria propició un debate jurídico a raíz de la publicación del plan MECUIDA sobre la necesaria ampliación del objeto de enjuiciamiento a una suerte de obligación de ejercicio de corresponsabilidad familiar⁶¹, si bien con anterioridad ya existían divergentes posiciones judiciales sobre la posibilidad de requerir, en el caso de ejercicio de derechos conciliatorios, datos sobre los integrantes del núcleo familiar de la persona trabajadora⁶². Actualmente, el artículo 37.6 ET establece que en el reconocimiento de la reducción de jornada a la persona trabajadora se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género. Tanto su interpretación literal –ligada a la evitación de perpetuación de roles– como la obligada hermenéutica con perspectiva de género y la potencial afectación a otros derechos, conducen a concluir que el objeto de enjuiciamiento se circunscribe al ejercicio de los derechos conciliatorios por la parte demandante, y no así al papel desempeñado en las labores de cuidado por quienes integren el núcleo familiar, en aplicación de la doctrina constitucional en la materia⁶³. Ello no obstante, la referencia a la evitación de la perpetuación de roles puede ponderarse para impedir que, en supuestos de pluralidad de solicitantes del ejercicio de derechos conciliatorios, la empresa acuda al estereotipo social de que la mayor carga en relación a los cuidados corresponde a la mujer, priorizando el reconocimiento a las trabajadoras de género femenino frente a los de género masculino⁶⁴.

Resulta innecesario subrayar que tal concepción estereotipada sobre los derechos conciliatorios no impide sino que subraya la posibilidad de estimar la discriminación por razón de género de trabajadores varones cuando la misma traiga causa de la atribución de determinado rol social⁶⁵.

⁶⁰ STC 153/2021, sección 1, del 13 de septiembre de 2021 (ROJ: STC 153/2021 - ECLI:ES:TC:2021:153), con cita de la STC 26/2011, de 14 de marzo, la STEDH de 22 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia), la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (M. Roca Álvarez) y la Directiva 2019/1158 de 20 de junio de 2019.

⁶¹ El artículo 6.1 del RDL 8/2020 establecía que constituía presupuesto para el reconocimiento de los derechos de adaptación y reducción de jornada “*el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles*”. La vigencia de este artículo fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2022, por la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero. Ref. BOE-A-2022-2849

⁶² Sobre esta materia, con posiciones divergentes, STSJ Andalucía (sede Málaga), de 30.01.2014 (recurso1647/2013), STSJ Galicia, de 19 de noviembre de 2018 (recurso 2676/2018) y STSJ Cataluña, de 13 de febrero de 2020 (recurso 5233/2019).

⁶³ ATC 1/2019, de 12 de enero: “*en relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada*”.

⁶⁴ Para profundizar en la materia, me permito citar: Martínez Miranda, Macarena “Cuestiones prácticas en los procedimientos relativos al ejercicio de los derechos conciliatorios (Plan MECUIDA) y teletrabajo”, en Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, nº 1/2020.

⁶⁵ En este sentido, STSJ Cataluña de 30.07.2020 (recurso 1484/2020).

Supuestos en que concurra violencia de género

La doctrina jurisprudencial ha reconocido que se trata de una materia con lagunas y déficits de protección que precisa de una respuesta global y multidisciplinar en aras a subsanar y corregir tales deficiencias⁶⁶. Este déficit legislativo ha comportado que la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo haya aplicado la perspectiva de género para concluir sobre el reconocimiento de pensión de viudedad en supuestos en que las exigencias legales no contemplaban la especificidad de la situación derivada de tal violencia⁶⁷.

En materia de ponderación del acervo probatorio e incluso de determinación de los medios de prueba necesarios para valorar la concurrencia de violencia de género, nos encontramos ante materia especialmente sensible a los sesgos de género, en particular cuando se trata de valorar la declaración de la víctima como única prueba, lo que acontece con frecuencia por tratarse de conductas desarrolladas en su mayoría en ámbitos privados. Cabe remitirse al apartado atinente al acoso sexual sobre la virtualidad de aquella y de su valoración, que ha de verse liberada de estereotipos de género, sin que los indicios puedan equipararse al estándar penal sino resultar de la valoración del contexto en que se habría producido la citada violencia, especialmente cuando se trata de hechos acaecidos con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, tal como ha subrayado la doctrina judicial⁶⁸. La STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 2023 (recurso 2729/2023) alude al test de *posicionality* o relato personal que atiende a la verosimilitud del relato de la demandante tomando en consideración su conducta procesal y sus posibilidades racionales de actuación dentro de cada determinado contexto legal y social, con cita de la STSJ Galicia de 22 de febrero de 2019 (rec. 3317/2018). A título ilustrativo, resultan estereotipos ligados a la violencia de género los atinentes a la ausencia de denuncia durante determinado período temporal o de reacción de la víctima ante las autoridades⁶⁹.

La especial vulnerabilidad de las víctimas de violencia de género precisa que su enjuiciamiento tenga en cuenta la perspectiva igualitaria para comprender el grado de dolor y sufrimiento de las mujeres, tal como ha subrayado el Comité de para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la CEDAW en su Recomendación número 135, lo que nos permite recalcar el especial esfuerzo que el órgano judicial ha de efectuar para prescindir de concepciones estereotipadas en la fijación del objeto de prueba y su valoración.

IV. A modo de corolario

La evidencia sobre la necesaria aplicación de la perspectiva de género para la efectividad del principio de igualdad debe coadyuvar al análisis de la norma, su interpretación, apli-

⁶⁶ STS/4ª del 14.10.2020 (recurso 2753/2018).

⁶⁷ SSTS/4ª de 14.10.2020 (recurso 2753/2018), 12.05.2021 (rec. 4697/2018) y 20.09.2022 (rec. 3353/2019).

⁶⁸ SSTSJ Cataluña de 20.10.2021 (recurso 3300/2021), y de 10.11.2021 (recurso 3479/2021).

⁶⁹ STSJ Canarias (Tenerife), de 30.06.2022 (recurso 941/2021).

cación e integración, de conformidad con las pautas que la doctrina jurisprudencial y constitucional ha consolidado en la materia.

Los equívocos o medias verdades sobre su aplicabilidad no deben conducirnos a soslayar que únicamente el cumplimiento del mandato impuesto por los diversos instrumentos normativos internacionales e internos comportará que nuestro ordenamiento se vea impregnado por este principio informador, teniendo en cuenta que, tal como ha subrayado recientemente el Director General de la OIT, Sr. Gilbert F. Houngbo, no hay justicia social sin igualdad de género⁷⁰.

⁷⁰ <https://www.ilo.org/es/resource/la-igualdad-de-genero-nos-concierne-todos>