



Feminismo y S.S.

RAMÓN GIMENO LAHOZ

T.S. y Perspectiva de género

▶ LA LOIEHM 3/2007, INTRODUCE EL TÉRMINO “PERSPECTIVA DE GÉNERO”, PERO NO LO DEFINE.

▶ EL PROPIO TS PARECE QUE INCURRE EN ESTE “SÍNDROME DE GUAY”, Y SE CREA SU PROPIO CONCEPTO DE PERSPECTIVA DE GÉNERO.

1) “A los anteriores argumentos se ha de añadir uno más que refuerza la conclusión alcanzada por la Sala. Nos estamos refiriendo a la aplicación de la perspectiva de género en el asunto examinado.

2) Art. 4 de la LO 3/2007 LOIEMH- bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" establece: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

3) "Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1.4 Cc. "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

4) “Juzgar con perspectiva de género supone la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.”

T.S. y Perspectiva de género

5)“La función integradora supone la 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.”

► ESTA CONCEPCIÓN SUPONE “EL JUEZ LEGISLADOR” Y NO ES LO QUE DICE EL ART. 1-4 CC. UNA COSA ES QUE EL JUEZ NO TENGA NORMA, Y OTRA ES QUE EXISTIENDO LA NORMA EL JUEZ ENTIENDA QUE ESTÁ MAL PORQUE A SU JUICIO NO TUVO EN CUENTA EL VALOR DE IGUALDAD DE SEXOS.

► PERO ES QUE LA PERSPECTIVA QUE TIENE NO ES DE GÉNERO; ES PERSPECTIVA DE MUJER.

► Y TODAVÍA QUEDA TODO EL ART. 43 DE LA LEY TRANS 4/2023 .

I) STS 21-12-09: SOVI + 112 d. parto

- ▶ El TS considera que es la primera en la que aplica la perspectiva de género.
- ▶ “La Disp. Ad. 44º LGSS, introducida por la Disp. Ad. 18ª.23 LOIMH, se refiere a "cualquier régimen de Seguridad Social", lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967.”
- ▶ “...una norma como la analizada - D.A. 44º LGSS- exige un canon de interpretación amplio que permita la consecución de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional.”
- ▶ “Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad.”

II) STS 29-1-20: SOVI + prest. familiares

- ▶ SE OTORGA LAS PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES (HIJOS) PESE A NO SER LA CAUSANTE BENEFICIARIA DE JUBILACIÓN O INCAPACIDAD CONTRIBUTIVA, Y SÍ SOLO DE PENSIÓN DE VEJEZ SOVI.
- ▶ CAMBIA LA JURISPRUDENCIA.
- ▶ SE LEGISLA. AQUÍ YA NO ES QUE SE OTORGAN LOS NUEVOS 112 DÍAS POR PARTO; ES QUE SE OTORGA UNA PRESTACIÓN QUE EL SOVI NO TIENE/NUNCA LA HA TENIDO.
- ▶ Y ADEMÁS SE OTORGA A QUIEN NO ES MUJER (DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN).

III) STS 6-2-20: Jub. anticipada + Servicio social obligatorio de la mujer.

► Art. 208-1-b LGSS. Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

► El TS acude a la perspectiva de género.

► Esto podría ser simplemente una interpretación por omisión del Legislador, dado que tanto el servicio militar obligatorio, como la prestación social sustitutoria, o Servicio Social obligatorio de la mujer, son períodos de prestación obligatorio no cotizada, sin que concurra justificación alguna de trato.

IV) STS 2-7-20: IPA/ANL + Parto.

- ▶ **La IPA** como consecuencia de las COMPLICACIONES Y LESIONES SUFRIDAS EN EL PARTO, deriva de enfermedad común (INSS) o, por el contrario, de accidente no laboral (acción súbita, violenta y externa).
- ▶ “Pero, por si la expresión de acción «externa» pudiera generar alguna duda, como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la referida Ley Orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues 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. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra.”
- ▶ **Esto podría ser un caso de interpretación judicial (las consecuencias inesperadas de IQ), pero al hacerlo “perspectiva de género”...: mamas, enanismo, próstata.**

V) Ss.TS Violencia de Género

STS 14-10-20 VIUEDAD

Cuando en un pareja de hecho concurre violencia de género, la mujer tiene derecho a la pensión de viudedad aunque ya no estuviera unida ni conviviese con el causante en el momento de su fallecimiento, ya que la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia: interpretación del art. 174.3 LGSS 1994 (actual art. 221.1 LGSS 2015), con perspectiva de género.

Porque si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad (aunque no fije pensión compensatoria), lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho y que son igualmente víctimas de violencia de género.

STS 13-6-23 PRESTACIÓN A FAVOR DE FAMILIARES

Extensión del criterio acuñado para el cese de la convivencia por violencia de género en la pensión de viudedad de las parejas de hecho que exime el requisito de convivencia cuando la ruptura de la relación obedece a la circunstancia de violencia de género.

VI) STS 8-6-22 Reducción de jornada elegida

► Una médico tenía que hacer Jornada ordinaria, y Jornada complementaria (guardias médicas de presencia física) cuya retribución era inferior. La concreción de la reducción la situó en la Jornada ordinaria, y solicita que la Jornada complementaria se le pague como Jornada ordinaria, por cuanto lo trabajado no llegó a las 1.688 horas de la Jornada ordinaria.

► Después de poner el párrafo de rigor sobre la LOIEMH, y reconocer que la reducción de jornada la piden más las mujeres (8,6 %) que los hombres (5,1 %), dice que no, porque la reducción de la jornada ordinaria (más pagada) no convierte la jornada complementaria (menos pagada) en ordinaria, y ello aunque la suma de ambas no llegue a la Jornada ordinaria sin reducción.

► **No vulnera la LOIEMH** por cuanto se ha acreditado cumplidamente que la demandante solicitó únicamente la reducción de su jornada ordinaria, no haciéndolo para la jornada complementaria, aunque tenía pleno conocimiento de que ésta se retribuía a un precio inferior a la hora ordinaria.

► ...no es disuasorio del disfrute de sus derechos de conciliación, ni le ha producido ningún tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, por razón de género.

VII) STS 23-6-22: Sub. desempleo >55 + 112 d. parto.

► En la **STS 23-6-22** (rec. 646/2021) -estima de aplicación la previsión sobre cotizaciones ficticias por razón de parto que alberga el art. 235 de la LGSS/2015 para la jubilación y la incapacidad permanente contributivas (112 días por parto), al subsidio por desempleo para mayores de 55 años (que exige 6 años de cotización en un régimen con desempleo)-, se otorga un beneficio para un subsidio que el Legislador no lo contemplaba y ello por la perspectiva de género.

► (Art. 4 LOIEMH) “Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino....”

► **¿Esto no le corresponde al Legislador?** Si dice que la ficción de los 112 días por parto sólo para jubilación e incapacidad permanente contributivas, ¿ampliarlo a un subsidio de desempleo? y ¿a **cualquier otra prestación o subsidio?** Ej. **La I.T.**, que requiere 180 días de cotización en los últimos 5 años (art. 172)

VIII) STS 20-9-22: EP=Limpiadora + Manguito

▶ EL RD 1299/2006 CONTIENE LOS MOVIMIENTOS REPETITIVOS Y OTRAS PROFESIONES SIMILARES: “NUMERUS APERTUS” . Y ADEMÁS DEBE INCORPORARSE EN SU INTERPRETACIÓN LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

▶ ES GRATUITA (SÍNDROME DE GUAY) PORQUE NO LO DIJO EN 4 OCASIONES:

STS 5-11-14 Limpiadora + Túnel carpiano

STS 18-5-15 Peluquera + Manguito

STS 13-11-19 Gerocultora + Epicondilitis

STS 6-7-22 Auxiliar domiciliaria + Túnel carpiano

▶ PERO ES QUE ADEMÁS AL FINAL GENERA UNA DUDA ¿SI ES VARÓN EL QUE REALIZA ESAS ACTIVIDADES, ENTONCES NO?

IX) STS 4-10-22: Reducción + Plus de asistencia/puntualidad

▶ El asunto lo resuelve jurídicamente bien: “En el presente supuesto, no tiene justificación que un complemento que incentiva la asistencia y el cumplimiento del horario se percibe en menor cuantía por tener una jornada reducida. “

▶ Pero a continuación le entra el “complejo de guay”, porque ya estaba resuelto y no había ninguna necesidad:

“4. Debemos de recordar, finalmente, que la evidencia empírica acredita, todavía hoy, que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen el derecho ...”

▶ Si es varón, la respuesta será la misma.

X) STS 27-2-23: COMPLEMENTO DEMOGRÁFICO + FETO MUERTO

▶ “Su referencia expresa a «hijos nacidos», impide extenderlo a los supuestos en los que el feto es alumbrado muerto y no llega a adquirir la condición legal de hijo nacido, en los que tampoco concurre aquel otro elemento de aportación demográfica, ni de compensar la dedicación de los padres a la atención y cuidado de los hijos.”

▶ **Niega la perspectiva de género** (que es el voto particular) porque la norma a interpretar afecta -tras la STJUE 12-12-19 (C-450/18)- exactamente por igual y sin distinción alguna a mujeres y hombres.

“Bien al contrario, la indebida apelación a esa herramienta supone sin duda una cierta devaluación de tan relevante mecanismo legal para la interpretación de las leyes.”

XI) STS 2-2-23: MONOPARENTALES. NO DUPLICA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO MENOR

DESESTIMA DUPLICAR LA PRESTACIÓN EN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES, POR CUANTO:

- no está en la Ley crear una nueva prestación con base en los mismos requisitos (ej. sólo los 180 días de cotización);
- no está en la Ley duplicar las consecuencias para el empresario;
- no siempre en las biparentales tiene derecho la pareja a la prestación;
- pero sobre todo porque ya no es “interpretación judicial” sino “legislación judicial”,
- estando además el Legislador en ello.

A CONTINUACIÓN AUTOEXCUSA PARA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

“lo que se nos pide va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar el derecho” y se sitúa en el ámbito de su creación.”

“No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.”

XII) STS 17-5-23: MATERNIDAD DEMOGRÁFICA. AMBOS PROGENITORES.

► **RESUELVE LA CUESTIÓN JURÍDICAMENTE:** No hay impedimento en la Ley, y no debe impedir que el otro progenitor también lo perciba si reúne los requisitos legales.

► **PERO A CONTINUACIÓN** ...Art. 4 LOIEMH “interpretación con perspectiva de género”.

“Restringir el beneficio solo a un progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser), bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores, no solo desconoce las exigencias contributivas sino que acabaría actuando, sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de un norma que no puede ampararse en las excepciones destinadas a reestablecer previos desequilibrios.”

► **SIN EMBARGO, TANTA PERSPECTIVA DE GÉNERO O CONTEMPLACIÓN IGUALITARIA, ES ESTA RESPUESTA COMO LA CONTRARIA** defendida por el INSS (que se repartan entre los dos el complemento).

XIII) STS 31-5-23: MATERNIDAD DEMOGRÁFICA. NO SE OTORGA A MADRE + JUBILACIÓN ANTICIPADA.

► No cabe la aplicación retroactiva de la Maternidad por Brecha al amparo de la perspectiva de género.

“No puede acudirse a la invocación de la perspectiva de género como criterio interpretativo que lleve a eludir tan expresa previsión legal, para reconocer el derecho al complemento en las pensiones de jubilación anticipada voluntaria por el solo hecho de que la solicitante de la prestación sea una mujer, cuando el tratamiento jurídico de esa materia no exige incidir en la búsqueda de una mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.”

“No resulta arbitrario ni irracional excluir a las madres que han optado por recortar su "carrera de seguro" al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, por cuanto "el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores, parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria".

FIN

