

A DOCTRINA XURISPRUDENCIAL POR DISCRIMINACIÓN DE XÉNERO NA ORDE SOCIAL

Autores: Molina Navarrete, C.

Editorial: La Ley - Wolters Kluwer, 2021, 483 páxinas.

A igualdade e a non discriminación constitúen un tema de constante actualidade e, quizais por iso, en permanente evolución. Cando a dita discriminación trae a súa causa no sexo ou no xénero e ten lugar no ámbito laboral, o seu estudo constitúe, ademais, unha necesidade e unha sorte de responsabilidade social. O profesor MOLINA NAVARRETE abordou o dito estudo cun extraordinario rigor, unha coidada atención ao detalle e un loable espírito crítico, da man dun extraordinario aparato normativo, doutrinal e moi especialmente xurisprudencial. Aínda que a obra se centra na doutrina xudicial ditada no último trienio (2018-2020), o número de decisións xudiciais analizadas e comentadas resulta case inabarcable. O lector poderá atopar nesta obra todas as sentenzas que, por acción u omisión, resultan relevantes nesta materia, xunto coas máis recentes novidades lexislativas, tales como o teletraballo, o traballo a distancia e as medidas incorporadas polo RDL 6/2019, entre outras cuestións. Da análise e a relación entre todos eles, MOLINA NAVARRETE abre ao lector numerosos e suxestivos camiños sobre as múltiples cuestións relacionadas co tema principal. O resultado acadado e a extraordinaria cantidade de información contida nesta monografía convértena nun texto absolutamente imprescindible para quen desexe profundar na análise do tratamento xurisprudencial da discriminación por razón de xénero na orde social.

O extenso tratamento da doutrina xurisprudencial por razón de xénero na orde social estrutúrase en 14 apartados, precedidos por un prólogo a cargo de M^a Lourdes Arastey Sahún, agora xuíza no Tribunal de Xustiza, no que avanza a que será a liña argumental de toda a obra: "As mulleres e os homes son formalmente iguais no plano legal, pero este

debe acadar o seu verdadeiro obxectivo: a igualdade real". Para acadalo, resulta esencial o papel de xuíces e tribunais como intérpretes e responsables da aplicación das normas, a través da súa análise con perspectiva de xénero.

O libro cumpre sobradamente o obxectivo exposto polo seu autor: ofrecer unha análise sistemática da doutrina xudicial e xurisprudencial ditada entre os anos 2018 e 2020, como xa se indicou, no sistema multinivel de protección do dereito á igualdade de sexo-xénero das mulleres no traballo. Para iso expóñense e coméntanse as numerosas sentenzas nas que a falta de uso do dito método de análise ocasionou un importante custo ás mulleres en forma de perda de dereitos laborais e sociais, así como dun indebido -moitas veces inexistente- resarcimento do dano producido pola discriminación, pese a que sen este recoñecemento non pode falarse de verdadeira efectividade deste dereito fundamental á igualdade e á non discriminación. MOLINA NAVARRETE pon de manifesto que a igualdade de sexos non se alcanza exclusivamente a través da regulación normativa, senón mediante as garantías para o seu cumprimento real. Por iso, o cambio normativo ha de vir acompañado sempre do conseguinte -e non menos importante nin fácil- cambio sociocultural. Nesta liña, a Sala 4ª do Tribunal Supremo deu un importante exemplo ao vulgar con perspectiva de xénero, pasando así do principio de "igualdade formal" ao máis moderno de "igualdade de oportunidades". Con todo, a propia xurisprudencia do TS non está exenta de contradicións e, aínda que reprocha que este método non se integre na interpretación das normas (STS 713/2020, do 23 xullo), noutras ocasións decide eludilo por motivos procesuais (STS 330/2020, do 14 de maio). A través deste libro expóñense como as prácticas discriminatorias directas, indirectas e reflexas están arraigadas socialmente e presentes nas múltiples ramas das relacións laborais, como pode ser o caso da maternidade, o exercicio dos dereitos vinculados ao sexo (embarazo, parto, lactación) e ao xénero (protagonismo feminino no traballo social de coidar). A interpretación das normas con perspectiva de xénero permite sacar á luz o trato

peyorativo, moitas veces oculto tras unha igualdade formal, que non real.

A relevancia da actividade interpretativa como mecanismo para facer realidade os cambios lexislativos en materia de igualdade analízase especificamente no apartado 2 da obra, dedicado ao análise da integración transversal da dimensión de xénero na actividade xudicial-institucional. Esta actividade, por relevante que sexa, precisa da implicación de todo o sistema de poderes e de fontes xurídicas: lexislativo, xudicial e tamén o dos interlocutores sociais, a través do diálogo social e da negociación colectiva. Cuestións como a interpretación xudicial favorable á conciliación da vida familiar e laboral (art. 34.8 ET) evidencian a evolución da perspectiva de xénero na interpretación xudicial. En palabras do autor, “non é unha opción, senón un imperativo positivizado no sistema multinivel de protección xurídica da igualdade entre sexos como dereito humano fundamental-valor superior” do ordenamento xurídico. O principio interpretativo *in dubio pro muliere* súmase así ao clásico *in dubio pro operario* como destaca a STSX Cataluña 1558/2018, 9 de marzo, que modula os efectos disciplinarios á luz do principio de igualdade de xénero, aínda que non o teña en conta posteriormente para conceder a correspondente indemnización resarcitoria á traballadora afectada.

Especialmente interesante resulta o apartado 4, dedicado ao control xudicial fronte ás “fendas de xénero”: novidades sobre discriminación directa por razón de sexo. Nel ponse de relevo a actualidade dos clásicos motivos de discriminación directa por razón de sexo, que seguen actuando como barreiras para a igualdade de oportunidades: a maternidade e o embarazo, ademais da obriga de coidados asociada a ambos, tanto dende o dereito da UE como dende o dereito interno. Nalgúns materias, a nosa xurisprudencia chegou a superar o nivel de protección comunitario e o autor dá conta, como unha nova evidencia xudicial, do abundante número de sentenzas que se viñeron sucedendo nos últimos anos sobre a integridade retributiva por razón de diferenza biolóxica. A xurisprudencia tratou de corrixir os desaxustes naquelas cláusulas convencionais que

manteñen as desigualdades retributivas a través da indebida e desigual regulación dos complementos salariais. O autor sinala, como exemplo de iso, a elaborada doutrina que contén a STS 89/2019, 16 de xullo.

As administracións públicas tampouco son inmunes ao supostos de discriminación por embarazo e por parto. Como acertadamente indica o autor, "os casos, na súa substancia, repítense unha e outra vez, vólvense contumaces e recorrentes, pero non sempre son iguais e esa diferenza fáctica somete a proba a capacidade do dereito fundamental á igualdade de sexo para, sen cambiar as leis, profundar na garantía da súa efectividade, da súa eficacia práctica ou real". Sobre isto, o TC resaltou que a obriga dos tribunais vai máis aló da mera neutralidade respecto da non discriminación para constituír un deber de implicación proactiva na remoción de obstáculos discriminatorios. Non obstante, é posible atoparse con outras decisións xudiciais, como a STS 685/2020, do 5 de xuño, que continúan ofrecendo exemplos de vulneración do dereito á igualdade de sexos por maternidade tamén no ámbito da función pública.

A maternidade tamén es causa frecuente de perda del emprego. Nin as normas internacionais ou comunitarias ao respecto, nin a actividade xurisprudencial puideron eliminar –aínda que si frear– esta situación, que continúa a ser hoxe un desafío. Nesta materia, o autor destaca e analiza a influencia da STXUE *Porrás Guisado contra Bankia*, do 22 de febreiro de 2018 (asunto C-103/16), orixinada por unha cuestión prejudicial formulada polo TSX Cataluña, respecto da ausencia dunha prohibición preventiva do despedimento das mulleres por razón de maternidade. Aínda que a sentenza europea está lonxe de acadar o grao de integración da perspectiva de xénero desexado pola Sala catalá, permitiu un certo avance na exixencia de criterios obxectivos seguidos para a designación das traballadoras embarazadas afectadas por un despedimento colectivo, á vez que abriu un horizonte de incerteza legal e interpretativa extensamente analizada polo autor.

A tutela obxectiva e automática da muller embarazada ante o despedimento contrasta con novos desafíos, como a

desprotección da muller que segue un tratamento de reprodución asistida, lastrada pola interpretación restritiva á que conduciu a STXUE *Mayr* de 2008, que limitou a súa protección á igualdade de sexo e non á maternidade. O autor critica esta diferenza de protección e propón unha maior flexibilización da carga probatoria e a nulidade obxectiva e automática do despedimento das mulleres derivado dun tratamento de fecundación asistida. Tampouco escapa a unha análise crítica a indebida aplicación do art. 50 ET cando os tribunais non removen adecuadamente os obstáculos procesuais á efectividade da tutela xudicial da traballadora vítima dunha discriminación por razón de xénero. Ao fío da recente STS 330/2020, 14 de maio, MOLINA NAVARRETE denuncia a perpetuación pola doutrina xudicial dunha situación de discriminación de xénero que impide que a traballadora discriminada poda extinguir directamente o seu contrato de traballo e a introduce nunha rede de obstáculos procesuais que, como sucede nesta sentenza, non sempre chegan a bo porto.

Se o punto 4 se ocupa das discriminacións directas, o 6 dá conta das máis relevantes novidades xurisprudenciais en materia de discriminación indirecta por razón de sexo e xénero. Entre elas, ocupa un lugar principal a discriminación retributiva. A fenda de xénero oculta, con moita frecuencia, evidentes situacións discriminatorias, especialmente nos traballos denominados "feminizados" e caracterizados por peores condicións laborais e salarios máis baixos. Esta análise complétase co estudo da perspectiva de xénero que respecto de "as relacións laborais especiais sexistas", que se realiza no apartado 5 da obra, centrado na actividade dos tribunais como instrumentos de corrección ou de perpetuación da discriminación sexista, especialmente en dous actividades nas que a desigualdade por razón de sexo resulta evidente: a actividade doméstica e o deporte, con especial atención ao fútbol profesional.

De novo o autor pon o dedo na chaga ao sinalar as diferenzas de trato que, baixo unha aparente situación obxectiva (menor tempo de traballo, menor dispoñibilidade como consecuencia dos deberes de coidado, partidas extrasalariais, entre outras) ocultan e consolidan

discriminacións para as traballadoras. Tamén nestes casos MOLINA NAVARRETE demostra e argumenta como aquelas decisións xudiciais nas que non está presente a perspectiva de xénero conducen a unha inadecuada e, polo tanto, deficiente, tutela xudicial efectiva das traballadoras afectadas. no caso da discriminación indirecta, as dificultades procesuais non son unha cuestión menor. A carga da proba resulta aínda máis difícil de soportar para a traballadora e, por iso, a interpretación con perspectiva de xénero faise aínda máis necesaria, se cabe, como vía para a remoción dos obstáculos procesuais e probatorios que dificultan en maior medida o alcance da tutela xudicial efectiva pola traballadora afectada. MOLINA NAVARRETE esmiuza e analiza numerosas sentenzas que, baixo a aparente defensa dunha igualdade legal, consolidan a desigualdade real na empresa. Así sucede, con especial intensidade, no desigual acceso dun e outro sexo a partidas salariais e extrasalariais cando aparecen vinculadas ao rendemento efectivo ou ao tempo de traballo desempeñado. O apartado 7 estuda unha forma de discriminación que, se ben non é nova, si mereceu unha recente atención por parte dos tribunais dende a súa visibilización polo Tribunal de Xustiza a través da sentenza *Coleman*, de 2008 e outras posteriores: a discriminación por asociación, vinculación, irradiación, reflexa ou transferida, entre outras denominacións. Todas estas denominacións teñen como elemento común que a conducta discriminatoria se dirixa contra unha persoa o un grupo pola súa relación con outro u outros suxeitos titulares da característica protexida (discapacidade, raza, idade,...). O autor fai un recorrido por esta figura, que supón unha revisión da discriminación tradicional e pon acertadamente de manifesto que, a pesar de que a maioría das vítimas da conducta discriminatoria resultan ser mulleres, as sentenzas que a contemplaron non se detiveron, salvo escasas excepcións, na dimensión de xénero que se esconde tras estes supostos. Se ben ata o momento non existe unha abundante doutrina xudicial sobre esta cuestión, incrementouse nos últimos anos. É moi relevante que no pasado ano 2020 tanto o Tribunal Supremo (STS 79/2020, do 29 xaneiro) como o Tribunal

Constitucional (STC 71/2020, de 29 xuño) fixéronse eco desta figura -axuízando con clave de xénero o acceso ás prestacións sociais e o gozo dos permisos por coidado de familiares, respectivamente-, contribuíndo á súa identificación, dándolle pública carta de natureza e abrindo novas vertentes ao dereito á igualdade e á no discriminación extraordinariamente importantes, tanto substantivos como procesuais, que non escapan á análise de MOLINA NAVARRETE.

A discriminación múltiple, á que se dedica o apartado 8, constitúe, xunto á discriminación por asociación, un dos fenómenos discriminatorios máis interesantes abordados polo autor neste libro. Tampouco é novo, aínda que si é novidosa a súa denominación e, en consecuencia, a súa identificación como unha conducta na que se acumulan distintos factores de estigmatización social ou laboral. Tamén este suposto afecta en maior medida ás mulleres nas que concorren, ademais, outros factores como a súa orixe racial, étnica, idade, o seu papel de coidadoras familiares, ou ben enfermidades asociadas exclusivamente á súa condición de mulleres. A súa ausencia de regulación normativa obrigou aos tribunais a ir construíndo as bases para a súa identificación e a súa tutela, con máis ou menos fortuna nun escenario caracterizado por un absoluto casuismo xudicial cuxa nota común reside na falta dunha tutela resarcitoria axeitada.

As adaptacións de xornada "á carta" (apartado 9) por necesidades de conciliación tamén foron analizadas en clave de xénero por MOLINA NAVARRETE, que o cualifica como "un novo dereito de autodeterminación razoable" e trata de combater a idea xeneralizada de que vincula a conciliación da vida laboral e familiar como unha cuestión típica das políticas de favor cara ás mulleres. O autor defende un dereito á xestión flexible dos tempos de traballo baixo un novo paradigma: a corresponsabilidade entre pai e nai. Se ben dende hai case unha década o TS integrou o principio favorable cara á conciliación da vida laboral e familiar como criterio hermenéutico, non se estendeu á igualdade por razón de xénero o sexo. A eliminación das limitacións derivadas do acordo colectivo para o exercicio efectivo do

dereito de adaptación razoable de xornada, non impediu a distribución sexista de roles. Por iso, o autor sinala a necesidade de "cociñar xuridicamente" a interpretación da norma en clave de xénero e, así, destaca tres lecturas da abundante e dispar doutrina xudicial sobre a materia (entre a que destaca a STSX Canarias do 1 setembro 2020, cualificada polo autor como "lección xudicial maxistral" da perspectiva de xénero no canon de control xudicial das decisións empresariais): a) a relectura en clave de xénero; b) a modulación das regras de distribución da carga da proba; e c) as especificidades do método de ponderación de razóns, intereses e dereitos en xogo. O autor non dubida á hora de analizar novos problemas ou horizontes derivados do art. 34.8 ET, entre os que destaca o teletraballo como posible medida de conciliación da vida laboral e familiar.

O apartado 10 pon o seu acento nunha cuestión esencial para o alcance da igualdade de xénero e sexo, como é a cultura preventiva, tan insuficiente nos tempos actuais. É imprescindible a incorporación da dimensión de xénero na seguridade e saúde no traballo, non só no ámbito reprodutivo (maternidade, embarazo, lactación), ou na protección fronte á violencia e acoso sexual e sexista, senón tamén respecto daquelas condicións de seguridade e saúde laboral que poden incidir en problemas de saúde tipicamente femininos. A dureza coa que a epidemia de COVID golpeou á situación laboral das mulleres (sanitaria, económica e sociolaboral) puxo de manifesto a urxencia de promover políticas lexislativas e interpretacións xudiciais con perspectiva de xénero que corrixan este efecto indesexable. O apartado 12 incide, á súa vez, no análise das enfermidades profesionais con perspectiva de xénero, que corrixan a súa estrutura tradicionalmente masculinizada, para concluír que a interesante evolución xurisprudencial seguida nesta materia, aínda destacada e destacable, require dunha actividade lexislativa que integre lagoas e alcance obxectivos aos que non pode chegar a interpretación xudicial. As persistentes omisións das enfermidades profesionais específicas das profesións feminizadas, como poden ser as camareiras de piso, coidadoras ou limpadoras.

O apartado 13 analiza a acción xurisdiccional para a corrección das fendas de xénero na seguridade social, outro punto tremendamente necesitado dunha interpretación con clave de xénero que corrixa as flagrantes desigualdades existentes aínda no noso sistema. Como ben precisa MOLINA NAVARRETE, a “enorme magnitude” e as “características estruturais de gran alcance” xeradas polo desaxuste da protección social por razón de sexo-xénero require de “unha específica política integral de corrección (...) de todo o sistema de protección social”. Nesta liña, cabe destacar a importante e transcendental actividade del TXUE como motor de numerosos cambios interpretativos que conduciron a unha maior igualdade na interpretación das normas. A nivel interno, o autor analiza as diferentes experiencias xurisprudenciais de interpretación integradora, estruturándoas en tres funcións: integradora (dereitos de protección social), interpretativa (lesións derivadas do parto e prestación por risco na lactación) e correctora (fomento de conciliación responsable) da lei. Tamén as máis recentes decisións xudiciais respecto das fendas de xénero nas pensións e das prestacións de viuvez ás vítimas de violencia de xénero pola súa ex parella de feito merecen unha análise crítica e detallada nesta obra.

Ao longo da obra destácase permanentemente o dereito á xustiza resarcitoria como unha vía esencial, sen a que non pode alcanzarse unha verdadeira tutela da igualdade de xénero e sexo. A ela resévalle o autor un tratamento monográfico no apartado 11. O ton da análise é comprensiblemente crítico, ante a insuficiencia desta xustiza resarcitoria, mesmo naquelas decisións xudiciais nas que se aplica a perspectiva de xénero. Dificilmente pode entenderse reparado o dereito da vítima dunha discriminación, sexa por razón de sexo ou xénero ou por outra causa, cando se omite a oportuna indemnización polos danos e prexuízos sufridos, tanto materiais como morais, que garante, entre outros, o art. 183 LRXS. O autor destaca tamén a habitual confusión entre o dano discriminatorio por razón de sexo co dano moral e a continua infravaloración do dano discriminatorio por razón de xénero. A xeral confusión na aplicación da indemnización por danos e prexuízos no

proceso laboral proxéctase con toda a súa intensidade neste ámbito: as dúbidas sobre o baremo sancionador aplicable, sobre a intensidade da actividade probatoria e, especialmente, a ignorancia da función disuasoria da indemnización por parte dos nosos tribunais veu afectando ao recoñecemento da indemnización e á redución da súa contía naqueles casos nos que se concede.

Como valoración final do estudo realizado ao longo desta excelente monografía, o autor non pode evitar recoñecer o seu optimismo ante a cada vez maior -salvo sonadas excepcións- aplicación xudicial do método de vulgar con perspectiva de xénero e, especialmente, dos seus resultados, que permiten traducir a igualdade xurídica nunha igualdade de feito. Esta innovación metodolóxica atópase irremediabilmente ao servizo da xustiza social e proxéctase en todas as relacións sociolaborais, preventivas, de seguridade social, ou ocupacionais. Con todo, o autor non omite os riscos do uso indebido deste método, especialmente a súa posible trivialización e sobrecarga.

A extensión, amplitude e profundidade do estudo crítico realizado a través desta monografía e as novidasas propostas para a análise a partir de cada unha das comentadas, converten este traballo nunha obra absolutamente imprescindible para calquera estudioso da materia que busque un coñecemento profundo, novo e suxestivo desta materia clásica pero, á vez, de permanente actualidade.

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social

Universidade de Santiago de Compostela

yolanda.maneiro@usc.es