

Cristóbal Molina Navarrete ↗

La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras de la inequidad

A seguridade social e seu dinamismo reformador a partir de uma perspectiva de gênero: o direito aos benefícios sociais que corrigem a desigualdade

Social security and its reforming dynamism from a gender perspective: The right to social benefits that correct inequity

↗ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén. Coordinador del Grupo de Estudios “Pensiones Públicas suficientes, Seguridad Social universal y Democracia sustantiva”. Fundación Largo Caballero. ORCID: 0000-0001-8830-6941.

✉ cmolina@ujaen.es

“No es posible separar las áreas del derecho entre un centro y una periferia: los rasgos asociados con la mujer [y los estereotipos de género derivados socioculturalmente –añadiría yo–] no pueden ser excluidos del derecho”

Olsen, Frances. (1980)

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>

Resumen: *Los sistemas de seguridad social de todo el mundo presentan profundas brechas de protección por razón de género. Las mujeres encuentran más dificultades para acceder a las prestaciones contributivas de la seguridad social, además, sus cuantías son mucho menores. Una parte de las causas se asocia a las desigualdades en los mercados de trabajo (segregación sexista del empleo), así como al mayor protagonismo de la mujer en el trabajo de cuidar no remunerado. Pero también es obligado identificar factores institucionales que inciden en la perpetuación de las brechas de género en la protección social. En algunos países, como España, se han llevado a cabo reformas muy recientes para intentar corregir estas brechas de género en la seguridad social. Aquí se analizan los aspectos de innovación y las dificultades surgidas en este camino de mejora a favor de la equidad real de género en protección social.*

Palabras clave: *seguridad social, perspectiva de género, brechas de género en pensiones, no discriminación*

Abstract: *Across the world, social security systems have a number of deep gender-based social protection gaps. Women find it more difficult to access contributory social security benefits, in addition, their amounts are much lower than those of men. One part of the causes is associated with inequalities in the labor markets (sexist segregation of employment), as well as the greater role of women in the work of caring for family members, without salary. Institutional factors also play a role in perpetuating gender gaps in social protection. In some European countries, such as Spain, very recent legal reforms have been carried out to try to correct these gender gaps in social security. This study analyzes the aspects of innovation and the difficulties ("thorns") that have arisen in this improvement path in favor of real gender equity in social protection.*

Keywords: *social security, gender perspective, gender gaps in pensions, non-discrimination*

Resumo: *Os sistemas de segurança social em todo o mundo apresentam grandes lacunas de proteção em razão do gênero. As mulheres têm mais dificuldades de acesso aos benefícios contributivos da segurança social, além disso, seus montantes são inferiores. Parte da causa está associada às desigualdades nos mercados de trabalho (segregação sexista do emprego), bem como ao maior protagonismo da mulher no trabalho de cuidado não remunerado. Mas também é preciso identificar os fatores institucionais que influenciam a perpetuação das lacunas de gênero na proteção social. Em alguns países como a Espanha, foram realizadas reformas para procurar corrigir essas disparidades de gênero na segurança social. Analisamos aqui os aspectos da inovação e as dificuldades decorrentes neste caminho de melhoria em favor da equidade real de gênero na proteção social.*

Palavras chave: *Segurança Social, Perspectiva de Gênero, Lacunas de gênero nas pensões, não discriminação.*

Recibido: 30/06/2021

Aceptado: 13/09/2021

1. Introducción: la equidad de género como imperativo del sistema de seguridad social

En un marco siempre presidido por el dinamismo, unas veces evolutivo (progreso y mejoras) y otras involutivo (retrocesos y reformas regresivas –como todas las relativas a la privatización, un marcado fracaso (OIT, 2005), que ahora se intenta corregir–), hoy vuelve a estar en el “ojo del huracán” el debate (recurrente) sobre el futuro de las pensiones, como rama principal –junto a la protección por desempleo– de un sistema de seguridad social. En diferentes países, tanto de Europa como de América Latina, se reabren los procesos de reforma en materia seguridad social, sobre todo en su rama de pensiones, cuyo eje esencial suele venir marcado por una radical dicotomía: la tensión o el conflicto entre los principios (jurídico) de suficiencia prestacional (derecho a una pensión pública suficiente para afrontar las necesidades vitales de una persona y de su familia) y de sostenibilidad financiera (principio económico) del sistema (garantía de viabilidad del sistema a través del equilibrio permanente entre los ingresos del sistema y sus gastos). Se trata, pues, de centrar el debate, político, social y científico, en cómo corregir los desequilibrios cuantitativos del sistema, bien reduciendo los gastos (pese a que todo el sistema de seguridad social es una inversión productiva), bien aumentando los ingresos.

Rara vez, sin embargo, las reformas tienen como referente principal, incluso parcial, corregir o reducir graves “desequilibrios cualitativos”, como, por lo que aquí interesa, los que representan las profundas “brechas (diferencias) de género” en los niveles de protección social entre hombres y mujeres, en especial en la rama de pensiones. Es bien conocido que tanto la igualdad de trato y oportunidades por razón de sexo (dato o criterio biológico)-género (construcción sociocultural estereotipada derivada del sexo y la diferencia biológica), cuanto la prohibición de discriminación basada en el sexo, son garantizadas como derechos humanos fundamentales, por tanto, también respecto de las relaciones de seguridad social. Pero no menos cierto es que, en la práctica, persisten, en todos los países (en Europa y en América Latina, aunque con diferencias notables entre las zonas geográficas y socioeconómicas, así como en-

tre países de una misma región) diferencias abismales en la cobertura pensional y en la cuantía promedio de las mujeres (menor cobertura, menos intensidad de prestaciones) y de los hombres (mucha mayor cobertura, más intensidad de protección pensional). La principal causa de ellas tiende a vincularse a la segregación sexista tanto de los mercados de trabajo (las mujeres sufren más economía sumergida, trabajan en empleos más precarios, se incorporan más tarde, tienen más interrupciones en su carrera de seguro, etc.) como de los trabajos de cuidar (la mayor parte de la actividad de cuidar a personas, sin remuneración, carga sobre las mujeres). La OIT lo reconoce, por lo que llama continuamente a su corrección, sin mucho éxito hasta el momento, pese a las experiencias tenidas al respecto⁽¹⁾.

Encontramos, de este modo, una profunda fractura entre el discurso-representación normativa (la seguridad social debe ser un derecho humano que pertenezca por igual a todas las personas de una sociedad, sin distinción de sexo-género, en lo que concierne a este estudio), y la realidad (la protección de seguridad social en general, y de pensiones en particular, es disfrutada en mejor y mayor medida por los hombres en detrimento de las mujeres). Por lo tanto, esta honda –e insostenible– contradicción jurídica (entre el deber ser normativo y el ser fáctico) es una grave anomalía jurídica que debe corregirse.

2. Del reconocimiento a las garantías: El principio internacional de la “diligencia debida” para la igualdad de género en el sistema de seguridad social

La cuestión ahora es quién (qué fuente jurídica) y cómo (a través de qué técnicas de garantía). Si nadie discute, al menos seriamente, el principio jurídico de equidad de género en materia social, tampoco la existencia del desajuste entre su representación normativa y su déficit aplicativo (la prueba estadística resulta definitiva: los hombres disfrutaban de más pensiones contributivas y de mayor cuantía que las mujeres)⁽²⁾, la clave del debate político-jurídico y técnico-institucional se traslada tanto al (1) plano de la asignación o distribución de competencias a tal fin para hacer efectivo el principio como al (2) tipo de técnicas jurídicas (garantías) más adecuadas para su realización diligente, eficaz. Al respecto, debe recordarse el “principio de diligencia debida” reflejado en la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979, en vigor desde 1981 y con un altísimo porcentaje de ratificaciones (entre ellos España y Uruguay)⁽³⁾. Este principio jurídico significa que todas las autoridades de los Estados ratificadores deberán garantizar el cumplimiento

efectivo de la igualdad entre hombres y mujeres, no solo en su dimensión de igualdad de trato y oportunidades, también de resultados.

El principio democrático determina que el principal poder llamado a tal diligencia es el legislativo, la efectividad de las garantías de la equidad de género en la protección social es cosa de la ley. Pero de tan evidente afirmación se derivan algunas cuestiones no tan claras. Así, de un lado ¿puede la ley optar por la técnica de garantía que considere más adecuada, como las “acciones positivas”, esto es, las que persiguen corregir las desigualdades de facto otorgando medidas de favor en la protección social solo a las mujeres, con exclusión de los hombres? De otro ¿está habilitada la jurisprudencia para introducir este tipo de técnicas de corrección de la desigualdad, removiendo de forma efectiva los obstáculos que, de derecho o de facto, impiden la igualdad real?

Para no razonar solo desde una fría y especulativa reflexión teórica, aportando la perspectiva empírica, de experiencia normativa y jurisprudencial concreta, pretendo traer a colación en este estudio la reciente práctica española, realizada en un contexto jurídico más amplio, de Derecho de la Unión Europea, a través de las cuales se dará una cumplida, aunque sucinta respuesta jurídica, a tales interrogantes, sin duda relevantes para las experiencias de otros países, de la UE y de América Latina. Sin perjuicio del más detenido análisis que se hará en las páginas que siguen, ahora presentaremos de manera breve los principales hitos jurídicos, tanto en el plano político como técnico-jurídico. Así, en el plano de la política social, España cuenta con el compromiso del “Pacto de Toledo” (por tal se entiende el consenso parlamentario y social en torno a cuáles deben ser las pautas básicas de evolución organizativa y protectora del sistema de Seguridad Social en general, y del subsistema de pensiones en particular). En su Recomendación 17^a(4) refleja claramente el mandato internacional de diligencia debida para la toma en serio de las garantías de equidad por razón de género en materia de pensiones.

El punto de partida político-jurídico consensuado es el de la necesidad de que el sistema valore la dimensión de género en materia de seguridad social, en especial en sus ramas de pensiones, una vez constatadas importantes “brechas de género”. La gran mayoría de las cuales se deben a la segregación sexista del trabajo, tanto productivo (remunerado) como reproductivo (no remunerado): retribuciones diferenciadas (brecha retributiva) en los mercados de trabajo, mayores periodos de interrupción por el trabajo de cuidar a familiares (reparto sexista del trabajo de cuidar o reproductivo), etc. Por lo tanto, el problema no derivaría sólo, o no tanto, ni de la

condición de “mujer” en sí ni de las circunstancias del mercado para ellas (segregación femenina), sino también de la perpetuación social del desigual reparto de la responsabilidad por el trabajo de cuidar (reproductivo), aún centrado en las mujeres. En otros términos, más precisos: mientras que hoy las mujeres solteras sin responsabilidad por el trabajo de cuidar presentan un patrón de conducta análogo al de los hombres -tengan o no responsabilidad familiar-, las que tienen responsabilidades familiares -la mayoría- se ven claramente agraviadas (Alaminos, E., 2018, 219 y ss.)

En consecuencia, como afirma la Recomendación 17ª referida (tiene solo valor político, hasta que se plasma en normas legales de desarrollo), con carácter general, y “como presupuesto condicionante del acceso a las prestaciones de Seguridad Social”, es necesario “garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, evitando que sean las mujeres las que tengan carreras profesionales más cortas, irregulares e inestables dada la repercusión negativa que tales circunstancias tienen en sus prestaciones”. Ahora bien, con ello no es tampoco suficiente, por lo que se precisa la adopción de “medidas estructurales”, no solo en materia laboral también “en el ámbito específico de Seguridad Social, referidas a la propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones”.

En suma, siendo un factor fundamental, las desigualdades laborales no deberían tenerse como las únicas realmente causantes del origen y perpetuación de las llamadas “brechas de género en seguridad social”, por cuanto están también en función con otras diferencias a lo largo de “*todo el ciclo vital*” de las mujeres, esto es, en todos los aspectos de sus trayectorias vitales (laborales, personales). Por tanto, las reformas deben incluir otro tipo de factores, como serían los “*cambios sociodemográficos*”, así como también “*las transformaciones en la familia*” (la unidad familiar se ha considerado el tercer pilar –junto al mercado y al Estado– de la solidaridad en la provisión del bienestar social), pero igualmente ha de atenderse a los denominados *factores “institucionales”*. Y ello porque no hay sistema de seguridad social, tampoco en su rama de pensiones, que sea “neutral” para la igualdad de género. Al contrario, sus diferentes parámetros reguladores tienen un peso muy relevante bien en el nacimiento de las desigualdades de género, a menudo estrictas discriminaciones, sea en sus medidas de corrección.

Identificación de las causas institucionales de las brechas de género en protección social, así como construcción y puesta en prácticas de garantías adecuadas correctoras que, como se apuntaba ut supra, es misión principal de la ley, pero no exclusivamente de ella, al igual que esta tampoco puede diseñar las técnicas de corrección de las brechas de género libremente, a fin de evitar la figura del hombre o

“varón discriminado”. Que la perspectiva de género en la configuración del sistema de seguridad social no es cosa exclusiva de la ley se afirma en una reciente doctrina jurisprudencial española. Un buen ejemplo de ello puede hallarse en la STS, Sala Social, 79/2020, 29 de enero.

En ella se afirma expresamente, reconociendo la vinculación de la jurisdicción al principio internacional de diligencia debida en materia de equidad de género, que:

“Ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas”.

A partir de esta posición hermenéutica y de reafirmación del valor de la equidad, el TS español procede a realizar una constatación de hecho, conforme al cual se produce un impacto superior en las mujeres que en los hombres a raíz de una norma legal que, en apariencia neutra por razón de sexo-género, deja fuera de cobertura determinada prestación en un sistema de protección social (prueba estadística). A saber:

“Es incontestable la abrumadora feminización de las pensiones de vejez del SOVI [Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez⁽⁵⁾]. Los datos constatados... revelan que, en el mes de octubre de 2019 –por no ir más atrás–, 234.853 pensiones de dicha naturaleza eran percibidas por mujeres, frente a 26.563 que lo eran por hombres”.

En consecuencia, para el TS español, si la norma legal analizada (art. 217. 1 c) Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, TRLGSS, en adelante) “es neutra y no encierra un trato desfavorable ex art. 6 LOIEMH (Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres)”, una aplicación estricta, literal de la norma, sin la corrección que deriva de la perspectiva de género en la tarea interpretativa, llevaría a la “discriminación indirecta por razón de sexo-género”, por afectar más negativamente a las mujeres. El TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que sean estructurales, no coyunturales y significativos, no residuales (STJUE 3 octubre 2019, C-274/18). También el TC español (SSTC 128/1987, 253/2004 y 91/2019). Así, concluye:

“...la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar... una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la

aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquella obtenida en un régimen precedente al actual”⁽⁶⁾

En suma, sin tener que profundizar más en el asunto concreto (análogo a los que se pueden hallar en cualquier otro país europeo o suramericano con sistemas de seguro social contributivo), se comprueba cómo el recurso a los principios jurídicos (el principio de diligencia debida en la garantía de la igualdad efectiva por razón de sexo y/o género) y a la técnica de la analogía (método de integración de lagunas), sirve para reconocer una prestación (orfandad) a una mujer que, aplicando la ley estrictamente, no tendría derecho a ella, porque su ley aplicable no la prevé expresamente. De este modo, en el ejercicio de la función de autoridad interpretativa, la jurisprudencia crea una prestación, integrando las lagunas del sistema pues, en otro caso, de no hacerlo así, la aplicación de la ley lagunosa generaría un vicio jurídico peor, una contradicción o antinomia: un efecto de discriminación indirecta por razón de sexo-género. En suma, la jurisprudencia corrige el déficit de perspectiva de género de la ley de seguridad social supliendo la labor creadora prestacional, a fin de adecuar el ordenamiento legislativo al ordenamiento positivo superior y prevalente (el Derecho comunitario, el orden constitucional)⁽⁷⁾.

Si queda ya claro que la jurisprudencia puede suplir a la ley cuando esta no es suficientemente adecuada al imperativo de diligencia debida en materia de equidad de género en protección social en general, y en pensiones en particular, ¿puede también corregir (reprobar) el eventual “exceso de perspectiva de género” de la ley cuando esta crea una acción positiva a favor de la mejora de la protección social de la mujer, dejando fuera de ella a los hombres? De nuevo, el caso español es un ilustrativo ejemplo de que la ley no tiene un poder omnímodo para corregir las brechas de género a través de una técnica jurídica cualquiera, sino que debe ser diseñada de una forma adecuada, a fin de que el objetivo loable de la garantía efectiva de la equidad de género en pensiones no se realice en contra de la garantía efectiva de no discriminación por razón de sexo contra los hombres. Así lo evidencia la atormentada historia jurídico-social que subyace al Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, “por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género” (y otras cuestiones, aquí no relevantes)⁽⁸⁾.

La ley española, aprobada por la vía de urgencia (real-decreto ley), afirma de forma expresa que la brecha de género constituye “la principal insuficiencia en la

acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas”⁽⁹⁾. Asimismo, reconoce que este dato no es exclusivo del caso español, sino compartido sin excepción por el resto de los países de la Unión Europea. De ahí la legitimidad de un objetivo que pase por «... 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 los trabajadores», esto es, reafirma la legitimidad de las “medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad”. Así se asume por el Tribunal Constitucional español (entre otros, ATC 119/2018).

Ahora bien, si para el TC español estos parámetros de legitimidad concurren cuando se reconoció el denominado “complemento de maternidad”, también llamado en la ley “complemento de contribución demográfica”, únicamente para las mujeres, a fin de que puedan reducir la distancia entre la cuantía de sus pensiones y la de los hombres, cuya conexión con los mandatos (constitucional, internacional y comunitario) de consecución de la igualdad efectiva sería evidente, el TJUE lo consideró contrario al Derecho de la Unión Europea. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), estableció que el artículo 60 TRLGSS era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo porque, a su juicio, más basado en la igualdad formal que en la de resultados, resultaría discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos) «... mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento...»

Dado que la sentencia comunitaria (prevalente sobre la constitucional) reprobó la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica, se hacía necesario proceder a su redefinición, a fin de mutarlo en un instrumento realmente eficaz para la reducción de la brecha de género en las pensiones, sin la tacha de ilegitimidad comunitaria apreciada por el TJUE. La nueva regulación del artículo 60 TRLGSS (y de su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril –se trata de los regímenes para el personal funcional), sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un com-

plemento dirigido a la reducción de la brecha de género, a través de un diseño en el que se persigue configurar el «complemento pensional» como una medida correctora de aquélla. Pero se hace dejando la puerta abierta a que los padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo/hija por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «complemento». En suma, junto a la acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer –presunción de mayor impacto–) se deja una «puerta abierta» para los hombres en una situación comparable.

Volveremos después sobre esta medida, para ofrecer algún detalle jurídico más, con el fin de que pueda comprenderse mejor y servir de referencia, en su caso, para el mejor análisis jurídico en perspectiva de género sobre pensiones fuera de España y de la UE. En este momento, las referencias ofrecidas sirven para evidenciar no solo el camino para perfeccionar el sistema de seguridad social desde la perspectiva de la equidad de género a la hora de diseñar la protección, sino que también ilustra sus dificultades, las muchas “espinas” del camino. Sin embargo, como vamos a sintetizar, el camino es irreversible, en la medida en que ni es opcional la perspectiva de género en el sistema de protección social, por cuanto es un mandato jurídico internacional, no solo comunitario, o español –en mi caso–, ni es tolerable la perpetuación de una brecha tan profunda en el estado actual de los sistemas de seguridad social en la práctica totalidad de los países.

3. Los factores generadores de brechas de género en seguridad social más allá de las derivadas del reparto sexista del trabajo

3.1 Las brechas laborales (en el mercado de trabajo), causa principal pero no exclusiva de la desigualdad de género en pensiones

Las leyes y la jurisprudencia convergen a la hora de señalar la principal causa de las brechas de género, la “madre de todas las brechas”: la distribución sexista del trabajo y las desigualdades laborales, y sociales, que derivan de ella. De ahí que se denomine a las brechas de género en pensiones como “brechas reflejas o derivadas”⁽¹⁰⁾, no propias o directas, esto es, no traerían causa directa de la decisión normativa sino más de la desigualdad en el mercado (diferencias retributivas, segregación ocupacional, techo de cristal, etc.). Sin embargo, a mi juicio, no deberían minusvalorarse las derivadas de forma directa de los sistemas normativos, que no son neutros en el diseño de la protección social efectiva de las trabajadoras. Por

lo tanto, las leyes intensifican las “desigualdades sociales y laborales” cuando no incluyen una perspectiva específica de corrección. Sus análisis no ofrecen una “foto fija”, constituye más bien una secuencia dinámica de “historias” (económico-sociales) y “trayectorias” (laborales, civiles, familiares, etc.).

En esta óptica institucional, hay que evidenciar que el conjunto de reformas de los sistemas públicos de pensiones en los Estados más desarrollados, pero sometidos a la dictadura del valor de la austeridad financiera, tendrán un profundo impacto negativo en términos de equidad de género, aunque, por lo general, se ha orillado, olvidado. Por lo tanto, la “brecha de protección social” originada en las políticas de austeridad (a raíz de la gran crisis financiera de los años 2008-2014), una vez más, se amplió notablemente para las mujeres. Así lo evidenció la OIT para aquella crisis⁽¹¹⁾, y, tras la nueva tragedia de alcance global, ahora de origen pandémico (covid19), la situación vuelve a ser análoga, en la medida en que las crisis socioeconómicas asociadas a la pandemia se ceban mucho más con las mujeres (destruye más empleo femenino, reduce más los salarios para este colectivo –también para las personas más jóvenes, en general–, impacta más claramente en enfermedades derivadas de sus trabajos esenciales para la sociedad, sin que luego se reconozcan como enfermedades profesionales, etc.).

Consecuentemente, la corrección de las “brechas de género laborales” debe tenerse como una irrenunciable **condición necesaria** para prevenir las “brechas de género en pensiones”, sin embargo, no resultan ser una “**condición suficiente**”, ni, desde luego, una solución rápida, inmediata, actual. Por lo tanto, tampoco bastará a tal fin con los procesos de reforma laboral para evitar los factores de segregación ocupacional, sino que se necesitarán procesos de reforma social más amplios, promoviendo un modelo de distribución social del trabajo de cuidar más “corresponsable” entre la madre y el padre (los hoy llamados –con lenguaje inclusivo de género un tanto frío e impersonal– “progenitores”). En última instancia, sabido es que la decisión de la mujer respecto de sus trayectorias profesionales suele tomarse al margen del puro “cálculo de mercado” para primar el de la “responsabilidad familiar”. La actualidad pone de manifiesto una creciente, aún lenta y deficitaria, reducción de ese diferencial, porque las mujeres hoy tienden a promover patrones de conciliación de la vida laboral y familiar, primándolos sobre los basados en la renuncia tras la baja por maternidad. Asimismo, la presencia masiva de las mujeres en el sistema educativo universitario reafirmará tal tendencia, pues a más inversión en capacitación mayor será el interés por continuar en el empleo.

Sin embargo, insistimos, no será suficiente con renovar las políticas de mercado de trabajo ni tampoco solo las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, sino que deberá prestarse especial atención directa al sistema normativo-institucional de pensiones (en general de protección social, ni siquiera sólo de seguridad social). Ahora bien, según ya se ha anticipado, e incluso ilustrado con el caso español, confirmando su generalización en un buen número de estudios comparados en el ámbito de la UE, no toda acción compensatoria-reductora (las evidenciadas acciones positivas correctoras) a cargo del sistema de seguridad social, respecto de las múltiples brechas de género, de derecho y, sobre todo, de facto (sea en el mercado de trabajo sea en el resto de esferas de la vida social), tienen el mismo grado de eficacia correctora ni, lo que es peor, sirven de forma adecuada para eliminar las discriminaciones de género, sobre todo indirectas. Más aún, en algunos casos, no solo se perpetúan, sino que, incluso, hasta crecen, a veces también por inadecuadas interpretaciones jurisprudenciales, no solo por diseños legales errados (no solo erráticos).

3.2 ¿Existen suficientes indicadores objetivos que garanticen la corrección de las políticas activas dirigidas a la clausura de las brechas de género?

La lentitud y disfunciones de los procesos europeos de reforma de los sistemas de seguridad social en perspectiva de género son una prueba clara de las dificultades del desafío. Conviene no engañarse al respecto, por más que, jurídicamente, el reto no es ni renunciable ni negociable, sino una obligación jurídica internacional, además de un imperativo socioeconómico eficiente. Las brechas de género en el mercado de trabajo, así como en el sistema de pensiones, tiene importantes costes en términos de pérdida de riqueza (PIB: producto interior bruto) y de capacidad de consumo (la pobreza tiene un rostro mayormente femenino y eso perjudica también el poder adquisitivo y, por lo tanto, una de las fuentes de la demanda: el consumo). Sin embargo, los Estados piensan en las medidas correctoras de las brechas como “gasto”, de ahí la ralentización y escaso impacto (Burkevica, I, et alii, 2015). Además, el diferencial entre países en la UE es muy abultado (Figura 1): desde el máximo del 45% (Alemania), al mínimo del 5% (Estonia).

Figura 1. Ranking de brechas de género en pensiones en la UE



Figura 1. Fuente. BURKEVICA, I. et alii. Ob. cit. p. 19.

España está por debajo de la media europea (incluso de la OCDE) en lo relativo a las brechas laborales⁽¹²⁾ y de seguridad social. Partiendo de un concepto general de brecha de género en las pensiones como la diferencia del importe medio de pensión cobrado entre hombres y mujeres, y centrándonos en la pensión más relevante, la de jubilación, se estima que la brecha de género en pensiones para España se situaría en el entorno del 30 por cien (mayor para hombres que para mujeres)⁽¹³⁾. Incluyendo todos los tipos de pensiones, en febrero de 2021, la pensión media del sistema en el caso de los hombres fue de 1.250,87 euros/mes, mientras que la de las mujeres ascendió a tan solo 826,41 euros/mes. Precisamente, para tratar de reducir esa brecha se ha aprobado el referido nuevo complemento de pensiones, que estará vigente hasta que esa brecha sea inferior a un 5 por cien. Como puede comprobarse, la ambición legislativa es mínima, en la medida en que deberán pasar bastante tiempo antes de alcanzar esa ratio.

No obstante, sin infravalorar la importancia de estos rankings, porque permite una visión comparada entre países, impulsando procesos de enseñanza-aprendizaje mutuos, conviene poner de manifiesto, de inmediato, el déficit de indicadores objetivos, solventes y fiables. Una deficiencia que se produce sea sobre la magnitud de la brecha en un tiempo dado (enfoque sincrónico) sea respecto de los factores que facilitarán su evolución en un camino correctivo más eficaz y rápido. De ahí que las instituciones de la UE, como es el Parlamento Europeo, hayan promovido estudios e informes capaces de fijar un sistema de indicadores más dinámicos, objetivos y fiables (Figura 2)⁽¹⁴⁾.

Ranking del Índice de Brecha en Pensiones con perspectiva de género UE

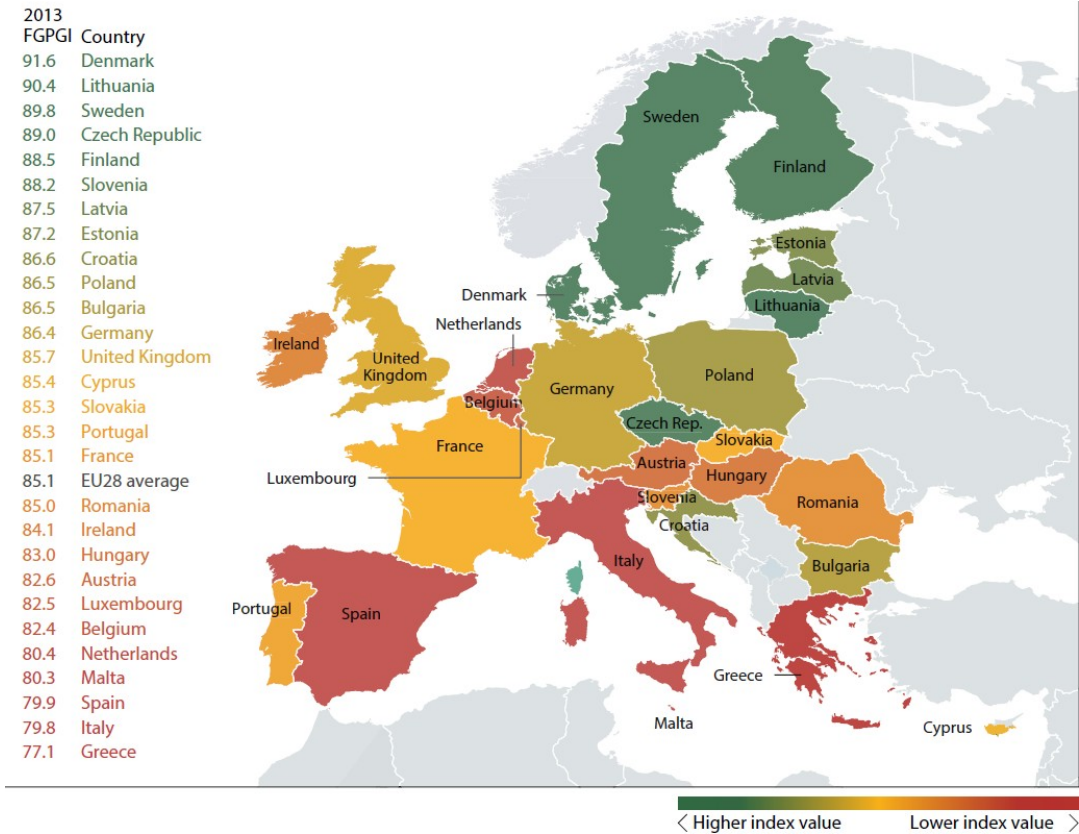


Figura 2. Fuente. Parlamento Europeo, Gender Gap in Pensions, ob. cit. p.9

No pretendemos aquí analizar estos datos, sin duda complejos. Pero sí pueden ser una buena orientación para avanzar en el futuro. Esta objetivación numérica, y la mayor precisión en los indicadores de la brecha, no solo facilitarán la comprensión de la cuestión de fondo (cuantitativa y cualitativa), sino que ofrece pautas para progresar en el camino correcto de solución, al menos parcial y potencial. Pero, sobre todo, por lo que aquí más interesa, evidencia que el problema no es solo de corrección de las brechas en el mercado (historial de vida laboral), sino que tiene alta relevancia lo institucional.

4. La reducción de las brechas de género en protección social en clave institucional: entre avances y resistencias

4.1 Del reconocimiento a las garantías en España: un cuadro básico de medidas de corrección de las brechas de género en pensiones

No hay una política comunitaria que armonice las medidas de los Estados para la reducción de la brecha de género en seguridad social, pese a que sí existe un potente Derecho de la UE que reconoce y garantiza la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social. El sistema español de seguridad social, en línea con la mayoría de los Estados miembros, ha acogido progresivamente la perspectiva de género, introduciendo gradualmente medidas correctoras de las brechas de género, muy especialmente a partir de 2007. El protagonismo de esta política para la corrección de las brechas de género en seguridad social ha correspondido, de forma preeminente, a las medidas compensadoras de las interrupciones de carrera de seguro de las mujeres por el ejercicio real del trabajo de cuidar a hijos/as –más que en relación a familiares mayores dependientes⁽¹⁵⁾. Nadie duda de la alta potencialidad reductora de las brechas de género por parte de tipo de medidas, pero ni es automática ni mucho menos plena.

De forma breve, podemos hacer referencia al siguiente inventario o catálogo de las principales acciones correctoras de discriminaciones (la mayoría indirectas) por razón de sexo-género en el sistema de seguridad social español en estos últimos años. A saber:

a) Relativas a la protección de la maternidad (y paternidad), así como a favor de un modelo de “corresponsabilidad” en el “trabajo de cuidados familiares”.

De un lado, destaca la flexibilidad del régimen de las prestaciones de nacimiento (no solo maternidad), a fin de evitar que sea un factor distorsionador (desventaja) de su carrera de seguro social. Se busca que el tiempo de baja no merme ni sus retribuciones, ni sus cotizaciones.

De otro lado, emergen nuevas situaciones de necesidad relacionadas con la maternidad y dirigidas a evitar esa penalización laboral, como sería la de baja por “riesgo biológico” durante el embarazo –y lactancia natural– ex art. 188 y ss. TRLGSS (carácter profesional –100 por cien de la cobertura, lo que no sucedía al inicio-). Finalmente, y a fin de promover la corresponsabilidad en el trabajo repro-

ductivo (progenitores), destaca el reconocimiento del *permiso de paternidad* en condiciones de igualdad jurídica (misma duración y tratamiento) que el de maternidad (hoy 16 semanas para la madre, y para el padre).

b) Relativas al sostenimiento familiar: acciones positivas consistentes en la bonificación de periodos de cotización (prima de cotizaciones ficticias).

Entre las principales causas de las brechas de género están las interrupciones de su actividad debidas al trabajo reproductivo o responsabilidad social por la actividad de cuidar –sobre todo a hijos menores–. Para compensar tales factores de desigualdad de hecho las normas tienden a bonificar, cuando se producen tales lagunas, las cotizaciones de las mujeres. Al respecto, el TJUE ha asumido la legitimidad del fin compensatoria de las desventajas sufridas en el desarrollo de su carrera, independientemente de su sexo, por la interrupción, durante un cierto lapso de tiempo, para dedicarse a sus hijos/as. Se trataría de un legítimo objetivo de política social (STJUE de 17 de julio de 2014, asunto Leone). La ley española es parcialmente consciente de esta limitación derivada del Derecho de la UE, por lo que, si bien preferencia las bonificaciones a las mujeres por sus interrupciones de carrera, a causa de la asunción de las responsabilidades por el trabajo social de cuidar, no deja de reconocer otras de titularidad indistinta (para mujeres y para hombres). Sin embargo, en su mayoría se trata de acciones positivas a favor de la mujer:

- art. 235 TRLGSS (atribuye cotizaciones ficticias a favor de la mujer por razón del parto, cuando es evidente que no está prestando servicios),
- o la del art. 236 TRLGSS (asignación de un plus de cotización ficticia en virtud extinción del contrato por razones vinculadas con la maternidad –sea biológica, por adopción o acogimiento–).
- art. 237 TRLGSS (se considera como cotizados los 3 años de cuidado de hijos, pero sólo el primer año cuando se trata del cuidado de personas dependientes).

c) Relativas a la pensión de viudedad, si bien se trata de una regulación hoy tan insuficiente como anacrónica, en espera de una reforma profunda.

Si hay una rama de pensiones públicas que reflejan de forma estructura la abisal brecha de género esa es la de la pensión de viudedad, cuya regulación en España sigue anclada en una visión extremadamente tradicionalista, donde las mujeres se so-

metían a la condición laboral de los hombres. Aunque hombres y mujeres tienen derecho a una pensión de viudedad, la inmensa mayoría de las personas pensionistas de viudedad son mujeres (más del 95 por cien del total de pensionistas de viudedad). Y no se debe a su mayor longevidad, sino que se explica por la exclusión social de las mujeres del mercado de trabajo en los años 60. La situación de necesidad era no sólo económica sino sociocultural: *la compensación de la pérdida del sustento que derivaba del fallecimiento del marido*, responsable único del sustento de toda la familia, pues la mujer lo era “solo” del trabajo reproductivo (cuidar a los hijos, primero, luego a los ascendientes). Este gran protagonismo de las mujeres en la pensión de viudedad, en un escenario laboral progresivamente mutado, también supondrá que sean las mujeres las que disfruten de doble pensión, de jubilación y viudedad, sin perjuicio de un ligero aumento en el número de pensionistas masculino.

Otros elementos de obsolescencia sociocultural han ido desapareciendo, o reduciéndose notablemente, con las sucesivas reformas (ej. no sólo se reconoce en caso de relación matrimonial, religiosa o no, también a las parejas de hecho, aunque en este caso se mantienen diferencias de tratamiento muy criticadas). Igualmente habrían sido corregidas otros efectos perjudiciales del sistema para las mujeres en este ámbito, como para las situaciones de violencia de género (ej. art. 207 TRLGSS –flexibiliza régimen de acceso a la jubilación, pero manteniendo largos periodos de cotización para anticipar la edad).

d) Relativas con la prevalencia del trabajo a tiempo parcial en las mujeres: una corrección continua, e inacabada, a golpe de decisión jurisdiccional.

La mayor prevalencia de las mujeres en el trabajo a tiempo parcial fue dejando una profunda huella en términos de brecha de género en seguridad social (pensiones, protección por desempleo). Las leyes no acertaron a borrarla o reducirla eficazmente.

Tuvieron que ser los Tribunales nacionales, con el impulso decisivo del TJUE, los que denunciaron el profundo desfase del sistema respecto de estas formas “atípicas” de empleo, con la multiplicación de discriminaciones indirectas esparcidas a lo largo y ancho del sistema. Aunque en estos años se han multiplicado las reformas legales y las decisiones jurisprudenciales que establecían una protección más equitativa, lo cierto es que el sistema sigue evidenciando deficiencias, no solo por la insuficiencia de medidas, sino también por la ausencia de correcciones adecuadas en ciertas pensiones, como por ejemplo en materia de pensión de incapacidad permanente (Molina Navarrete, C, 2020).

Ciertamente, la parcialidad no es exclusiva de las relaciones de trabajo doméstico o de empleo al servicio del hogar familiar, pero no menos cierto es que en este tipo de relaciones especiales de trabajo tiene una mayor incidencia. Por lo tanto, la suma de este factor laboral con otro institucional, la exclusión de ciertas protecciones, como en materia de prestación por desempleo, hacen que este colectivo, constituyan uno de los más perjudicados, intensificándose de una forma notable la brecha de género en materia de protección social. España no ha ratificado aún el Convenio 189 OIT, que impone tal cobertura, si bien se ha abierto el proceso de ratificación a tal fin. Hasta el momento, ni el TJUE ni el TC han evidenciado tacha alguna sobre el sistema, si bien el primero conoce en estos momentos de un asunto en el que se ha puesto en cuestión tal conformidad al principio de igualdad de trato, por lo que el sistema pende de un doble hilo jurídico hoy, la ratificación del citado Convenio 189 OIT y de la decisión del TJUE.

4.2 Una medida errática, pero ilustrativa: del “complemento por maternidad” al de “reducción de la brecha de género”

Ya anunciábamos que dedicaríamos atención especial a una reciente medida que sintetiza, en sí misma, todos los elementos relevantes de la perspectiva de género en materia de protección social, con sus virtudes y con sus dificultades, sumando la acción de la ley y la de la jurisprudencia, con un sentido no siempre dialógico, sino a menudo de fuertes conflictos. Me refiero a la citada reforma del art. 60 TRLGSS. En su versión originaria, frente a las reformas que tenían un sentido de austeridad, reforzando el principio contributivo, se trató de una medida de solidaridad social real y aparente mirada de equidad de género.

Pero, vista con mayor atención, bajo el llamado “complemento de maternidad” o “complemento por la contribución demográfica” de dos o más hijos/as –no bastaba con uno/a–, escondía una medida “antigua”: venía a actualizar los viejos “premios de natalidad”, si bien dejando fuera a los hombres. Las beneficiarias exclusivas eran, pues, las mujeres, aunque tampoco todas, sino las que habían podido compatibilizar trabajo productivo con reproductivo. El beneficio de la medida consiste en aumentar la cuantía inicial de la pensión en un porcentaje en función del número de hijos (habidos o adoptados) antes del cobro de la pensión. Se preveía tres tramos en la escala: dos hijos: 5%; tres hijos: 10 %; cuatro o más: 15%. A la exclusión subjetiva (hombres) añadía *restricciones cuantitativas*, evidenciando la recurrente inquietud por la sostenibilidad financiera del sistema (ej. carece de efectos retroactivos, pese a pretender compensar una deuda que se genera años atrás, pues

afecta a la pensión reconocidas a partir de 1 de enero de 2016, con lo que quedaría creada una suerte de “brecha por razón de edad” dentro del mismo género).

De este modo, a las dudas sobre la eficacia (escasa ambición protectora) para el logro del fin perseguido se sumaron las convicciones sobre su erróneo diseño jurídico. Por enésima vez, una medida teóricamente dirigida a favorecer la igualdad de trato de las mujeres, sobre la base de reforzar la conciliación de la vida laboral y familiar, implicó, realmente, la perpetuación del viejo paradigma sexista de asignación del trabajo de cuidar no remunerado. En última instancia, vinculaba la idea de conciliación al trabajo femenino, compensando solo a ciertas mujeres para que pueda compatibilizar el trabajo familiar con el retribuido⁽¹⁶⁾. El modelo no solo sería disconforme con el enfoque constitucional de la protección de la familia en relación con el principio de igualdad ex art. 14 CE, sino también respecto del Derecho de la UE.

La crítica de la doctrina científica ante tan defectuoso y precipitado diseño fue muy pronto acogida por la doctrina judicial en los niveles inferiores. Quienes acudieron a las cuestiones de inconstitucionalidad se dieron de bruces, porque el TC español avaló sin reservas alguna la medida. En cambio, los que acudieron al TJUE tuvieron éxito.

La referida STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA) declaró discriminatorio contra los hombres el art. 60 TRLGSS. Por tanto, la ley estaba obligada a modificarlo. No obstante, el cambio no fue inmediato, hubo de transcurrir algo más de un año para que se afrontara la obligada reforma. El resultado de la doctrina del TJUE era un complemento no solo más caro –al multiplicarse las personas beneficiarias–, sino más injusto, porque hacía más grande la brecha de género, dado que cobraban más quienes tenían mayor la pensión, mayoritariamente los hombres. La situación era absolutamente insostenible. De ahí lo esperado de la reforma, aunque se hiciese no en vía parlamentaria, sino por la vía de urgencia y con una técnica de leyes de autoridad gubernamental, el real decreto-ley. No obstante, la norma gubernativa se consensuó mínimamente con los sujetos sociales (patronal y sindicatos).

La nueva regulación parte de la legitimidad como objetivo de política social del fin de corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos/as) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. La razón del complemento no se situaría, entonces, en el nacimiento en sí de los hijos, sino en la compensación de los perjuicios sociolaborales que sufren las mujeres a lo largo de su carrera profesional que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasa-

do. Y que, por tanto, resulta perfectamente coherente con políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados. Por tanto, las mujeres serán las beneficiarias de esta medida, si bien no se excluye a los hombres de forma general, pues también pueden haber sufrido tal perjuicio por el trabajo de cuidar. La solución jurídica es clara: a las mujeres se presume ese perjuicio, los hombres han de probarlo, y si concurren ambos, tienen preferencia la mujer, salvo excepciones.

De ahí el (aparente) alcance temporal del nuevo complemento. Desaparecería con la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas por debajo del referido –hoy muy lejano– 5 por ciento. También se fija un sistema de revisión en el que se da entrada a los interlocutores sociales, garantizando así el compromiso general con la erradicación de la desigualdad. Puesto que es medida de solidaridad se financia por transferencias directas del Estado.

El art. 60.1 TRLGSS prevé, así, que Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos/as (antes se exigía al menos dos hijos/as), y que sean beneficiarias de una pensión contributiva (de jubilación, incapacidad permanente o viudedad), tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, “debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. El derecho al complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a la que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de estos requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a determinadas condiciones fijadas en la ley⁽¹⁷⁾.

En todo caso, el complemento solo se reconocerá a un progenitor, no a los dos. Las cuantías se reducen respecto del anterior sistema (es evidente que la ley española ha mirado también a las exigencias de sostenibilidad financiera del sistema de

pensiones en general y del complemento en particular). Ahora no se reconoce un porcentaje de la pensión (lo que beneficiaba a las personas pensionistas con mayor cuantía, por lo que no tenía efectos redistributivos realmente), sino una cantidad fija por cada hijo/a.

La fijación del importe concreto remite a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo/a y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas. Concretamente, este complemento, que se percibe en 14 pagas, es de 378 euros anuales por hijo/a (27 euros/mes), hasta un máximo de cuatro y se prevé llegue hasta a 30.000 mujeres en 2021 (los hombres pueden pedirlo, como se ha dicho, si acreditan de manera concreta que la paternidad perjudicó su carrera laboral).

En suma, como puede comprobarse, con estas pírricas cuantías es difícil confiar en la eficacia de este complemento para lograr el objetivo de reducir la brecha de género al 5 por cien en un tiempo razonable. En consecuencia, habrá que seguir esperando una política más incisiva en esta materia de corrección de las brechas de género, no solo por la incidencia en las reformas de los mercados de trabajo que pongan en el centro la equidad de género, sino también por intervenciones de tipo institucional.

5. Una visión de futuro: ¿Las brechas de género de origen institucional son cosa del pasado o perviven?

El problema, pues, dista mucho de estar resuelto, ni siquiera bien encaminado, pues no afronta de forma global el problema, desde luego no sistemática ni tampoco preventivamente. La medida no es producto de un diagnóstico global del problema, como pide la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, ya referida, por lo que no se plantea una corrección sistemática y coherente. Piénsese en que, de nuevo, asistimos a un tiempo de reformas del sistema de seguridad social en aras de reforzar el principio de contributividad (desde luego no nos referimos a las medidas de escudo social dirigidas a corregir la crisis pandémica, donde ha primado el principio de solidaridad, creciendo en extremo el déficit financiero del sistema de seguridad social) y ese tipo de reformas, de forma indirecta, perjudica notablemente a las mujeres. La desigual situación que tienen las mujeres en su relación cotización-prestación hace que toda reforma que refuerza la primera para mejorar la segunda tendrá un impacto

negativo mayor para las mujeres. Sería el caso del factor de sostenibilidad, retraso de la edad de jubilación o mayores requisitos para las jubilaciones anticipadas, etc.

Por lo tanto, reglas en apariencia neutra desde la perspectiva de género, si bien se analizan en esta clave, muestran de inmediato su efecto penalizador de las personas con trayectorias laborales más cortas. Por tanto, estamos una vez más ante factores de tipo institucional que alimentan persistentes discriminaciones indirectas por razón de género. A más se retrotraigan los periodos de carencia (periodos de cotización), más frecuentes serán las lagunas de cotización y, por tanto, emergerá con más frecuencia el efecto perjudicial para el colectivo de mujeres, sobre todo para las de edad más avanzada en el mercado de trabajo actual.

Consecuentemente, la pérdida de la progresividad del sistema perjudicará más a las mujeres, cuya media de años cotizados es en torno a un 40% inferior a la de los hombres, siendo este menor historial de cotización un factor determinante en la mayor presencia de las mujeres en la percepción incluso de medidas dirigidas a procurar un efecto de solidaridad, como los llamados “complementos por mínimos” (cuando una pensión no alcanza determinada cuantía mínima, pese a haberse cotizado un tiempo suficiente para lucrar pensión contributiva, el Estado complementa esa cuantía real para que llegue al umbral mínimo que se entiende de subsistencia mínima). De ahí que las leyes sigan creando nuevos obstáculos para la jubilación en igualdad de las mujeres.

Cierto, no debe silenciarse que algunos de estos obstáculos hoy se han frenado. Pero no por el impacto de género negativo que crean, perspectiva que ni se contempla, sino por el efecto global de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación, como el referido “factor de sostenibilidad” (en última instancia implica que, quienes más viven en condición de pensionista, verían reducida su pensión en el tiempo, en virtud del efecto de la mayor esperanza de vida). En cierto modo, son medidas que buscan incluir elementos de “capitalización individual”⁽¹⁸⁾ en sistemas de reparto, como el español. A mayor esperanza de vida, menor prestación. Por lo tanto, teniendo en cuenta la mayor esperanza de vida de las mujeres respecto de los hombres, reformas neutras desde el enfoque de género, mutaría en un nuevo factor institucional que amplía la brecha de género en pensiones. La derogación de este factor solo aplaza el problema, no lo elimina.

En definitiva, factores de tipo sociodemográfico (mayor esperanza de vida para mujeres) pende como Espada de Damocles (factor institucional: regla de cálculo frente al riesgo actuarial) para penalizar, si bien de forma indirecta, el derecho de las mujeres a igual pensión que los hombres a iguales edades y cotizaciones, al margen de la diferencia de longevidad. ¿Asistimos al riesgo de una nueva discriminación indirecta por razón de sexo? Precisamente, este diferencial de género relativo a la esperanza de vida fue instrumentado por los seguros privados para reducir las pensiones lucradas por las mujeres a igualdad de aportación, por el mayor tiempo de disfrute (riesgo actuarial). La STJCE de 1 de marzo de 2011 (asunto C- 236/09, Test-Achats) invalidó la excepción prevista ex art. 5.2 Directiva 2004/113/CE, 13 de diciembre (igualdad de acceso a bienes y servicios), por el riesgo de hacer indefinida una excepción que debe ser transitoria

¿Es trasladable esta doctrina al ámbito de los regímenes profesionales de seguridad social, en aplicación del art. 4 de la Directiva 79/7/CE? En teoría sí; sin embargo, no parece tan claro a la luz de la discutida y discutible STJUE 3 de septiembre de 2014, Asunto C-318/13 (Korkein), que parece avalar tanto una cosa y la contraria. La muy calculada ambivalencia, más bien ambigüedad, del TJUE resulta evidente. En su foro interno asume que un cálculo de ese tipo no es compatible con el Derecho de la UE, pero también es sabedor de que buena parte de los países de la UE han llevado a cabo reformas movidas por automatismos de este tipo, por lo que deja el impulso a la Comisión o a los jueces nacionales.

Dado el nuevo tiempo de inestabilidad y cambios, a raíz de la crisis de la covid19 y de los planes de recuperación económica aprobados en la Unión Europea (el llamado “Plan Marshall” europeo), la situación se ha vuelto mucho más incierta. Sin embargo, como se decía, el problema no está ahuyentado definitivamente, sino que solo ha sido aplazado. Veremos la senda que asume ese futuro. En cualquier caso, parece claro que no es posible ya asistir a ningún proceso de reforma, incluso de tipo parcial, de los sistemas de seguridad social en general, y de las pensiones de forma particular, que no atiende de forma directa, sistemática y coherente a la perspectiva de género. No es una opción ni legal ni interpretativa, es un mandato jurídico ineludible para todos los poderes públicos de cualquier Estado civilizado y para la sociedad civil en su conjunto. Quienes cultivamos el Derecho de la Seguridad Social debemos estar a la altura del reto.

Referencias

- Alaminos, E. (2018). La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española. *En Panorama Social*, (27) , 53-62.
- Aguirre, R. y Scuro Somma, L. (2010). *Panorama del sistema previsional y género en Uruguay. Avances y desafíos*. [Recurso electrónico]. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5824/6/S1000062_es.pdf
- Bertranou, E. (2008). *Tendencias demográficas y protección social en América Latina y el Caribe*. (Serie Población y Desarrollo n.º 82). Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Burkevica, I., Humbert, A., Oetke, N., Paats, M. (2015). *Gender Gap in Pensions in the EU: Research Note to the Latvian Presidency*. Vilnius: The European Institute for Gender Equality.
- De La Flor Fernández, María Luisa (2016). Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad. *Revista de Derecho Social* (76), octubre-diciembre.
- Grimshaw, D. -Rubery, J. (2015). *The motherhood pay gap: a review of the issues, theory and international evidence*. (Working Paper, nº 1). International Labor Office
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Madrid: La Ley.
- Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M. N., Maldonado Molina, J.A. (2021). *Manual de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos.
- Monereo Perez, J.L. -Fernández Bernat, J.A. (2013). El factor de sostenibilidad en España: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso del sistema de pensiones? *Revista de Derecho Social*, (62), 209-237.
- ILO (2018). *World Employment and Social Outlook: Trends for Women 2018 -Global snapshot*. Geneve: International Labor Office.
- ILO (2016). *Women at Work: Trends 2016*. Geneve. International Labor Office.

ILO (2019). World Social Protection Report 2017–19: Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals. Geneve. International Labor Office.

OIT (2005). Replanteamiento de la seguridad social: la reforma de las pensiones en América Latina. [Recurso electrónico]. Recuperado de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_075292/lang--es/index.htm

OIT (2020). Cumplimientos de los principios de seguridad Social. Equidad de género. En OIT. *Los principios de la seguridad social y la reforma de las pensiones en Colombia*. pp.12-13. [Recurso electrónico]. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_765063.pdf

Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. Identidad femenina y discurso jurídico, 25-43.

Notas

¹ Vid. Aguirre, Rosario, Scuro Somma, Lucía, 2010, 9 y ss.; OIT, 2020.

² Ya en la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo -OIT- celebrada el 2001, se incluyó en una discusión general sobre la seguridad social que incorporó el análisis de la relación entre seguridad social y desigualdad de género. Resolución y conclusiones asumieron que aquélla debería ordenarse atendiendo a los imperativos de la igualdad real entre géneros. Desde entonces, el problema permanece (Vid. Aguirre, Rosario, Scuro Somma, Lucía, 2010; Molina Navarrete, C, 2020, 425 y ss.). https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&c_lang=_en.

³ Su Protocolo Facultativo permite a particulares presentar quejas y al Comité CEDAW actuar de oficio.

⁴ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF, p. 71.

⁵ El SOVI es un sistema de protección social propio del seguro social y, en España, tiene ya un carácter residual, a extinguir, siendo sustituido por el sistema de seguridad social. No obstante, sigue en vigor para determinados colectivos, las personas de más edad, y tiene un marcado sesgo de género. Como reconoce una Ley que lo reformó parcialmente hace años: “las pensiones del SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y...se está configurando en nuestro país una impor-

tante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres. (...)". Ampliamente vid. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, N. y Maldonado Molina, J.A., 2021, 350 y ss.

⁶ Además, precisa el TS español, sobre una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Constitucional (TC) español, que estaríamos ante una modalidad especial de discriminación: “un supuesto de discriminación refleja o transferida porque, a la conclusión anterior de que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa [hija de la pensionista fallecida y respecto de la que se pide una prestación de orfandad en un régimen de seguridad social que, sin embargo, no lo contempla expresamente], aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación”.

⁷ En España pueden registrarse un amplio número de decisiones judiciales que siguen esta jurisprudencia. La propia Sala Social (Sala 4ª) del TS español ha reafirmado después esta posición, muy interesante y novedosa. Por ejemplo, muy relevante es la STS, 4ª, 115/2020, de 6 de febrero (en este caso se reconoce a una mujer pensión de jubilación anticipada voluntaria). In extenso, Molina Navarrete, C, 2020, 449 y ss.

⁸ Boletín Oficial del Estado (BOE), 3 de febrero de 2021, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-1529>

⁹ Sigue afirmando: “En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

¹⁰ También en América Latina existe una extensa bibliografía que confirma claramente *la relación causa que existe entre las desigualdades constables en los sistemas de seguridad social en América Latina y el Caribe y la multiplicación de desventajas a lo largo del ciclo de vida*. Vid. Bertranou, E, 2008; OIT, 2008.

¹¹ Vid. OIT, 2016 y OIT 2019.

¹² La brecha salarial entre la población activa es importante, pero menor que en las pensiones: La brecha salarial en España se situó en 2019 en torno al 12 por cien, dos puntos por debajo de la media europea, según Eurostat.

¹³ En 2021, la pensión media de jubilación en España es de 1.360 euros los hombres y 905 las mujeres. De modo que las mujeres cobran al mes una media de 455 euros menos. Calculado sobre 14 pagas, la diferencia es de 6.400 euros al año. La equiparación con los 950 euros del Salario Mínimo Interprofesional -SMI- supuso una mejora de 630 euros anuales.

¹⁴ En este sentido de interés el Estudio *Parlamento Europeo, Gender Gap in Pensions: Looking ahead*. 2017. Estimaría la medida en que las diferencias de género en el mercado laboral en asociación con el diseño del sistema de pensiones pueden contribuir a la brecha de las pensiones de género, atendiendo a una serie de indicadores (mercado de trabajo y acciones correctoras institucionales -interrupciones de carrera laboral por el cuidado de familiares, carácter redistributivo de las pensiones, etc.-)

¹⁵ El relieve de esta fuente de brechas de género se manifiesta en la brecha retributiva, inexistente entre personas solteras y sin hijos (0,8 por cien), mientras que se situaría por encima del 35 por cien cuando se atiende a las diferencias de rentas entre hombres y mujeres con hijos que viven en pareja, según los datos del EIGE. Vid. Grimschaw, D.-Rubery, J, 2015.

¹⁶ Vid. De La Flor Fernandez, María Luisa, 2016, 127.

¹⁷ Son estas: 1.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. 2.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. 3.^a Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

¹⁸ Vid. Monereo Pérez, J.L. Fernández Bernat, J.A., 2013, 215 y ss.