

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi García Viña (España), José Luis Gil y Gil (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Maddalena Magni (Italia), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Francesco Nespoli (Italia), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Coordinador de este número monográfico de la Revista Internacional y
Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
sobre salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora
en una sociedad en constante transformación

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor)
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

ÍNDICE

| | |
|---|------------|
| José Luis Ruiz Santamaría , <i>Introducción al número por parte del Coordinador</i> | 1 |
| Artículos | |
| María Teresa Igartua Miró , <i>El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español</i> | 6 |
| Belén del Mar López Insua , <i>Derecho a trabajar “sin dolor”: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero</i> | 42 |
| José Luis Ruiz Santamaría , <i>Los efectos disruptivos de la discriminación múltiple por razón de género: desde el acceso al empleo a la pensión de jubilación</i> | 60 |
| Mirentxu Marín Malo , <i>La especial protección de la seguridad y salud de la mujer en el medio laboral: embarazo, lactancia y nuevas situaciones protegidas...</i> | 82 |
| Estefanía González Cobaleda , <i>Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?</i> | 102 |
| Natalia Eugenia Gómez Rúa , <i>Desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad y la salud laboral: especial atención en la situación de la mujer trabajadora con discapacidad en Colombia</i> | 130 |
| Verónica Lidia Martínez Martínez , <i>Acceso de los familiares derechohabientes a las prestaciones de seguros sociales. Su inconstitucionalidad e inconvencionalidad</i> | 150 |
| Dan Țop , <i>La necesidad de nuevos enfoques con respecto a la salud, la seguridad y la protección social de las mujeres que trabajan en las condiciones actuales en Rumania</i> | 174 |
| Gloria María Montes Adalid , <i>Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora</i> | 186 |

II

| | |
|--|------------|
| Raquel Castro Medina , <i>Estructura jurídico-social de protección laboral para la mujer trabajadora contemporánea en situaciones relacionadas con la maternidad</i> | 214 |
| Rafael Borrego Peña , <i>La protección social de la mujer migrante en España</i> | 234 |
| Alejandra Ríos Pérez , <i>La importancia del enfoque interseccional en el Derecho: el caso de la seguridad social de las trabajadoras del hogar</i> | 256 |
| Diego Velasco Fernández , <i>Un análisis sobre la funcionalidad del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género</i> . | 274 |
| Carmen Mercado Carmona , <i>La protección internacional de la integridad de las mujeres frente a la violencia basada en su género en el marco del Convenio de Estambul y su extensión al ámbito digital</i> | 292 |
| Matthieu Chabannes , <i>El cómputo del Servicio Social de la Mujer para acceder a la pensión de jubilación anticipada y jubilación parcial</i> | 325 |
| Aída Cabello Roldán , <i>La protección social de las familias monoparentales en España</i> | 341 |
| José Iván Pérez López , <i>Brecha digital, género y derechos laborales</i> | 361 |

Reseñas Bibliográficas

| | |
|--|------------|
| Aránzazu Roldán Martínez , <i>El papel de los servicios sociales para la integración y el arraigo de la población extranjera en el mundo rural. Una exploración ejemplificada a través del modelo castellano y leonés, por Diego Megino Fernández</i> | 385 |
|--|------------|

Introducción al número por parte del Coordinador

El presente monográfico titulado *Salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora en una sociedad en constante transformación* y que se publica en el actual número de la acreditada *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* recoge los resultados de las diferentes aportaciones científicas del II Congreso Internacional sobre el derecho de las personas a un empleo en condiciones justas, equitativas y saludables, *Salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora*. Dicho evento ha sido sufragado y se ha llevado a cabo bajo el amparo del Vicerrectorado de Igualdad, Diversidad y Acción Social de la Universidad de Málaga, mediante la obtención de la ayuda correspondiente a través del proceso competitivo relativo a la Convocatoria de ayudas para el desarrollo de actividades en materia de Igualdad de Género (Resolución de 14 de diciembre de 2021 de la Universidad de Málaga, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas para el desarrollo de actividades en materia de Igualdad y Género).

Paralelamente, esta iniciativa está enmarcada en el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre “políticas de empleo, igualdad e inclusión social” y en el Proyecto de Investigación perteneciente al II Plan Propio de Investigación y Transferencia, titulado *El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (B1-2021-11), cuyo investigador principal es el profesor Miguel Ángel Gómez Salado. De igual forma, este proyecto editorial, que se coordina por el que suscribe y que ahora ve la luz en la publicación referida, se encuadra en una estancia de investigación llevada a cabo en la Universidad de Granada, desde el 11 de enero al 12 de abril de 2023, bajo la dirección del profesor José Luis Monereo Pérez.

Se integran en el expositivo diecisiete estudios doctrinales que, desde diferentes perspectivas, mantienen como denominador común el centro del debate sobre los problemas actuales que se suscitan en relación a la *salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora*, lo que infiere el derecho a trabajar en condiciones dignas y de igualdad, superando las posibles brechas existentes relacionadas con estos aspectos.

El primer artículo titulado *El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español*, cuya autora es la profesora María Teresa

Igartua Miró, de la Universidad de Sevilla, se reflexiona sobre los notorios problemas de lagunas, desfases y obsolescencia que se han suscitado en relación con determinadas enfermedades ligadas a profesiones altamente feminizadas, en buena medida olvidadas en el cuadro vigente.

En referencia al *Derecho a trabajar “sin dolor”: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero*, la profesora Belén del Mar López Insua, de la Universidad de Granada, no sólo lleva a cabo un análisis pormenorizado de cada una de las nuevas figuras que conforman la incapacidad temporal tras la aprobación de la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, sino que aporta interesantes y útiles propuestas de *lege ferenda*.

Bajo la rúbrica *Los efectos disruptivos de la discriminación múltiple por razón de género: desde el acceso al empleo a la pensión de jubilación*, a cargo del autor de estas notas introductorias, se analizan los efectos perniciosos producto de la persistencia de las múltiples discriminaciones por razón de género. Pues es un hecho constatado que las desigualdades presentes en el ámbito laboral y salarial van a repercutir, a su vez y de manera perjudicial, en la determinación de las futuras pensiones de estas trabajadoras.

Desde la perspectiva jurídica de la prevención de riesgos laborales, la profesora Mirentxu Marín Malo, de la Universidad Pública de Navarra, aborda un estudio titulado *La especial protección de la seguridad y salud de la mujer en el medio laboral: embarazo, lactancia y nuevas situaciones protegidas*, en el que se pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de la mujer en estas circunstancias y la necesidad de adoptar las medidas protectoras dirigidas a evitar los posibles riesgos derivados del trabajo y que pongan en peligro la salud de la trabajadora y del feto.

La profesora Estefanía González Cobaleda, de la Universidad de Málaga, con el trabajo titulado *Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?*, realiza un completo análisis crítico sobre la adecuación de la instrumentalización de la jubilación forzosa al servicio de una política inédita respecto a la equidad de género, no sólo desde la legitimidad jurídica de tales cláusulas en los convenios colectivos, sino de su utilidad y eficacia.

En referencia a las aportaciones científicas de autores extranjeros se relacionan las siguientes: en primer lugar, la profesora Natalia Eugenia Gómez Rúa, de la Universidad CES de Medellín (Colombia), que presenta un interesante estudio titulado *Desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad y la salud laboral: especial atención en la situación de la mujer trabajadora con discapacidad en Colombia*, partiendo del modelo de “desarrollo de capacidades” de las personas con discapacidad – centrado en esta ocasión

en la mujer trabajadora colombiana – y siendo el trabajo un espacio relevante en el que inciden factores que involucran a los gobiernos, los empleadores y las personas. Se propone aplicar el modelo causal de la salud laboral para lograrlo y plantear premisas respecto las mujeres con discapacidad; por su parte, la profesora Verónica Lidia Martínez Martínez, de la Universidad Anáhuac (México), con un estudio titulado *Acceso de los familiares derechohabientes a las prestaciones de seguros sociales. Su inconstitucionalidad e inconvencionalidad*, analiza bajo el prisma de la normativa vigente mejicana los requisitos que deben cumplir los familiares derechohabientes para acceder a los derechos de sucesión pensional y conservarlos en los seguros de riesgos de trabajo y vida, aunque algunos de ellos, transgredan sus derechos fundamentales; cerrando este catálogo de estudios de casuísticas de legislaciones extranjeras diferentes a la española, el profesor Dan Ţop, de la Escuela de Doctorado en Sociología y Ciencias Jurídicas de la Academia Rumana, aporta un trabajo que, bajo la rúbrica *La necesidad de nuevos enfoques con respecto a la salud, la seguridad y la protección social de las mujeres que trabajan en las condiciones actuales en Rumania*, nos muestra los aspectos y problemas jurídicos más destacados de la legislación Rumana y, sobre todo, su indispensable armonización con la legislación de la Unión Europea que requiere una urgente revisión por parte del legislador.

Desde el plano profesional se presentan dos interesantes estudios a los que nos referimos a continuación. El primero de ellos titulado *La importancia del enfoque interseccional en el Derecho: el caso de la seguridad social de las trabajadoras del hogar* y firmado por la abogada malagueña Alejandra Ríos Pérez, en el que se pone de relieve la importancia de un enfoque interseccional para legislar por la igualdad en todas las circunstancias que concurren en las personas. El segundo titulado *La protección internacional de la integridad de las mujeres frente a la violencia basada en su género en el marco del Convenio de Estambul y su extensión al ámbito digital*, de Carmen Mercado Carmona, actual Jefa de Servicio de la Administración Laboral de la Junta de Andalucía en Málaga, en el que se analiza la protección que ofrece el Convenio de Estambul frente a la violencia de género y la violencia doméstica, para conocer su alcance y eficacia, con especial referencia a su dimensión digital.

También, y de específica consideración, son los estudios a cargo de un nutrido grupo de investigadoras e investigadores pertenecientes al programa de formación de profesorado universitario (FPU) e integrados en programas de doctorado de ciencias jurídicas y sociales de diferentes universidades. Dichos estudios y autorías son los siguientes. De la Universidad de Málaga, *Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora* de Gloria María Montes Adalid; *Estructura jurídico-social de protección laboral para la mujer trabajadora contemporánea en situaciones relacionadas con la*

maternidad de Raquel Castro Medina; *La protección social de la mujer migrante en España* de Rafael Borrego Peña; *La protección social de las familias monoparentales en España* de Aída Cabello Roldán; *Brecha digital, género y derechos laborales* de José Iván Pérez López. De la Universidad Complutense de Madrid, *El cómputo del Servicio Social de la Mujer para acceder a la pensión de jubilación anticipada y jubilación parcial* de Matthieu Chabannes. De la Universidad de Granada, *Un análisis sobre la funcionalidad del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género* de Diego Velasco Fernández.

Se completa el amplio elenco de estudios del actual monográfico con la reseña a cargo de la profesora Aránzazu Roldán Martínez, de la Universidad a Distancia de Madrid, sobre la monografía titulada *El papel de los servicios sociales para la integración y el arraigo de la población extranjera en el mundo rural. Una exploración ejemplificada a través del modelo castellano y leonés*, de la editorial Colex, cuyo autor es Diego Megino Fernández.

En definitiva, con este monográfico se ofrece al lector los resultados de diversos trabajos de investigación que, también en este caso por ser lo recomendable, se realiza con la clara intención de brindar una aportación útil y rigurosa. Con mis mejores deseos, así lo espero.

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor)
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España)

Artículos



El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español

María Teresa IGARTUA MIRÓ*

RESUMEN: La definición de la enfermedad profesional basada en un sistema de lista, pese a la inclusión de algunos elementos de flexibilidad, plantea notorios problemas de lagunas, desfases y obsolescencia. Se ha suscitado la necesidad de expandir el concepto legal en relación con determinadas enfermedades ligadas a profesiones altamente feminizadas, en buena medida olvidadas en el cuadro vigente. Hitos trascendentes para integrar el enfoque de género en este ámbito son algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la nueva Estrategia Española de Seguridad y Salud y el compromiso de revisar el RD 1299/2006, pero aún queda un largo camino por recorrer.

Palabras clave: Género, salud, enfermedad profesional, actividades feminizadas.

SUMARIO: 1. El enfoque de género y la salud laboral femenina. 1.1. Un avance necesario. 1.2. Significado frente a la invisibilización femenina. 2. La enfermedad profesional. 2.1. El concepto de enfermedad profesional y el sistema de lista. 2.2. El carácter cerrado de la lista y sus elementos de flexibilidad. 2.3. Apertura y mirada de género. 3. Enfermedad profesional y género en la jurisprudencia. 3.1. Tutela de la salud y enjuiciamiento en clave de género. 3.2. El síndrome del túnel carpiano y las profesiones altamente feminizadas. 3.3. El salto de calidad: el enfoque de género en la STS 20 de septiembre de 2022. 4. Sobre la necesidad de emprender actuaciones legislativas. 4.1. Revisión del cuadro de enfermedades profesionales en clave de género. 4.2. Tímidas actuaciones a nivel internacional y europeo. 4.3. El enfoque de género en la Estrategia española de Seguridad y Salud en el Trabajo. 5. Sucinta referencia al papel del Convenio colectivo. 6. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).

The Gender Approach and Occupational Disease: Reflections from the Spanish Legal System

ABSTRACT: The definition of occupational disease based on a list system, despite the inclusion of some elements of flexibility, raises notorious problems of gaps, time lags and obsolescence. The need has arisen to expand the legal concept in relation to certain diseases linked to highly feminised professions, largely neglected in the current framework. Transcendental landmarks for integrating the gender approach in this field are some pronouncements by the Supreme Court, the new Spanish Health and Safety Strategy and the commitment to revise the Royal Decree No. 1299/2006, but there is still a long way to go.

Key Words: Gender, health, occupational disease, feminised activities.

1. El enfoque de género y la salud laboral femenina

1.1. Un avance necesario

No es nueva la preocupación por el enfoque de género¹ en cuestiones cercanas a la salud laboral y su garantía o la enfermedad profesional, aunque hasta la fecha han sido escasas las iniciativas legislativas que afrontan de manera decidida y efectiva esta cuestión. Esta perspectiva se ha visto reforzada tras la aprobación (y pertinente ratificación) del Convenio OIT C190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso². En puridad, no puede decirse que nuestra normativa preventiva tenga un planteamiento escorado, pero sí que mantiene una postura neutra a los géneros, una vez superado el proteccionismo absoluto a la mujer y centrada la protección en los momentos en que requiere una tutela específica por razones biológicas (embarazo, maternidad y lactancia), que en la práctica no es tal, porque parte de un modelo masculino, y genera cierta desprotección de las mujeres³.

La UE también ha aludido con frecuencia a esta cuestión. El actual Marco Estratégico de Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2027 (MESST) afirma la necesidad de fomentar una cultura preventiva que incluya «lugares de trabajo para todos», reconociendo la diversidad, incluidas las diferencias y

¹ Suele situarse la introducción oficial de la perspectiva de género en la Conferencia Mundial de las Mujeres de Naciones Unidas celebrada en 1995 en Beijing y se define como «el proceso mediante el cual se valoran las implicaciones para las mujeres y los hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislaciones, políticas o programas en todas las áreas y todos los niveles», encaminada a una estrategia que evite que se perpetúen las desigualdades. Mientras el término sexo responde a condiciones biológicas, el de género es más bien una construcción cultural en el que se incluyen roles y/o expectativas que la sociedad asigna a cada sexo, en base a conductas, pensamientos y características (incluidos determinados estereotipos). El art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, entiende por género «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de hombres o mujeres». *Vid.* el Instrumento de Ratificación, en *BOE*, 6 junio 2014. Unas reflexiones a nivel conceptual pueden verse en M. ORTEGA BALANZA, *Aproximación jurídica a los conceptos implicados: perspectiva de género, igualdad y discriminación*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi, 2022, p. 351 ss.

² Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019.

³ Son interesantes algunas de las constataciones que arroja el estudio de M. GAYOSO DOLDÁN, S. RODRÍGUEZ TUPAYACHI, M.C. FERNÁNDEZ FELIPE, M.L.C. CANTOS, *Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2015, n. 238, p. 4 ss., con propuestas para la eliminación de estos sesgos en las actividades preventivas.

las desigualdades de género y la lucha contra la discriminación de la mano de obra que «son fundamentales para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras, también cuando se evalúen los riesgos en el trabajo». A este fin, y para establecer prioridades de actuación, se alienta la garantía de la representación de hombres y mujeres en las consultas de los trabajadores; la adaptación de la formación a la situación personal de cada empleado; y el reconocimiento de los riesgos en profesiones que tradicionalmente se han pasado por alto o se han considerado “trabajos ligeros” (por ejemplo, cuidados o limpieza). A esta última cuestión y, de forma más específica, a los avances apreciados respecto a la enfermedad profesional voy a dedicar este análisis.

El Parlamento Europeo en su Resolución de 10 de marzo de 2022 sobre el mencionado Marco Estratégico considera fundamental aplicar una perspectiva de género a la salud y seguridad en el trabajo porque los trabajadores pueden estar más expuestos y ser más vulnerables a distintos tipos de sustancias o riesgos dependiendo de su sexo y que los aspectos de género deben abordarse en el contexto del derecho a la desconexión.

La Comisión⁴ viene advirtiendo desde hace ya algún tiempo de la existencia de «indicios de que se han infravalorado los riesgos profesionales para la salud y seguridad de las mujeres, y de que este enfoque neutro ha contribuido a que se dedique menos atención y menos recursos a prevenir los riesgos laborales específicos de las mujeres». Enfoque en apariencia neutro pero que, como es sabido, realmente parte de un modelo estereotipado masculino. Visión presente también en las Estrategias para la igualdad de género de la UE que insisten en la integración de la perspectiva de género en materia de salud, en que la investigación médica y muchas normas de seguridad y sanidad se centran más en los hombres y sectores predominantemente masculinos y que los riesgos a que se enfrentan las mujeres y los hombres son específicos de cada sexo⁵.

El único paso en el terreno legislativo del MESST es el compromiso de proponer una iniciativa legislativa sobre la prevención y lucha contra la violencia de género contra las mujeres y la violencia doméstica antes de fin

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo*, 10 enero 2017, COM(2017)12 final.

⁵ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015*, 21 septiembre 2010, COM(2010)491 final. La última publicada es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, 5 marzo 2020, COM(2020)152 final.

de 2021⁶, de forma que es a los Estados miembros a quienes encomienda promover consideraciones de género en el diseño, la aplicación y la elaboración de informes. El propio documento insta también a la actualización de la Recomendación sobre enfermedades profesionales que, aunque acaba de ser aprobada, no se ocupa en modo alguno de esta cuestión.

Centrándome ya en el caso español se conocen algunas referencias concretas al enfoque de género en salud laboral⁷, así en la Estrategia española (2015-2020)⁸, en el art. 3.a de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, que llama a la inclusión de la perspectiva de género en salud pública o en la propia LPRL (art. 5.4 introducido por la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)) que insta a considerar las variables relacionadas con el sexo a nivel de recogida y tratamiento de datos o en el estudio e investigación en materia de prevención de riesgos laborales por parte de las Administraciones Públicas, con el objetivo de detectar y

⁶ Vid. la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 8 marzo 2022, COM(2022)105 final.

⁷ Puede verse A. GARRIGUES JIMÉNEZ, *Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 8, p. 763 ss.; M.F. GONZÁLEZ GÓMEZ, *Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, supl. 1, p. 89 ss.; M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: la obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras*, en *Lan Harremanak*, 2010, n. 23, p. 21 ss.; N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, *Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo*, *ibidem*, 2021, n. 25, p. 155 ss.; A.I. PÉREZ CAMPOS, *La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales*, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2021, n. LIV, p. 119 ss.; P. RIVAS VALLEJO, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. extra. 78, p. 227 ss.; E. SIERRA HERNÁNDEZ, *Igualdad de género y prevención de riesgos laborales: nuevas propuestas para la negociación colectiva*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, p. 64 ss. Sobre la salud laboral de la mujer, por todos, A. MORENO SOLANA, *Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes*, en *esta Revista*, 2018, n. 4, p. 149 ss.; J.M. RUIZ SANTAMARÍA, *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*, en *ibidem*, 2020, n. 4, p. 319 ss.

⁸ Que insta a promover un enfoque de género en las actividades preventivas, que permita detectar particularidades y garantizar su protección; a analizar la evidencia científica sobre el efecto que los disruptores endocrinos presentes en el ámbito laboral tienen para la salud de los trabajadores y trabajadoras y, en particular, para las trabajadoras embarazadas o en edad fértil, en base a los estudios epidemiológicos realizados; fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas para mejorar el nivel de protección de determinados colectivos de trabajadores, entre los que incluye a las mujeres.

prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores⁹. Más recientemente, pero con un objetivo claro hacia la prevención del acoso sexual, por razón de sexo y los actos contra la libertad sexual, de forma bastante genérica el art. 16.2 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, afirma que «las empresas integrarán la perspectiva de género en la organización de los espacios de sus centros de trabajo con el fin de que resulten seguros y accesibles para todas las trabajadoras».

No obstante, está también lejos de ser una realidad en la práctica diaria de las empresas y tampoco es un ejemplo de éxito la negociación colectiva. Quizás esto justifica que reciba un renovado impulso en la Estrategia 2023-2027 que se acaba de aprobar, a la que me referiré con un mayor grado de detalle en el lugar correspondiente del trabajo.

Pese a la escasez de instrumentos legislativos concretos, cabe destacar una fuerte corriente jurisprudencial y otros tímidos avances que apuntan hacia la plena incorporación de la perspectiva de género en el terreno de la enfermedad profesional, como se irá desgranando en las siguientes páginas. Estos avances en el reconocimiento de determinadas patologías como profesionales, ha de tener también reflejo en las actuaciones preventivas en un futuro próximo, en especial en la evaluación de riesgos, la planificación preventiva y la vigilancia de la salud.

1.2. Significado frente a la invisibilización femenina

Con la referencia al enfoque o a la mirada de género no se trata de imponer acciones positivas o negativas hacia un género u otro, ni férrea igualdad, sino de la imperiosa necesidad de atender a las diferencias biológicas, sociales y/o familiares a fin de lograr la máxima igualdad para todas las personas trabajadoras¹⁰. Las diferencias en el mercado laboral, aún patentes

⁹ La doctrina aboga por una interpretación amplia de los conceptos empleados para alcanzar la conclusión de que habría de incluir indicadores de género. *Vid.*, por todos, R. VALLEJO DA COSTA, *Salud laboral, igualdad y mujer*, Bomarzo, 2019, p. 35; J.F. LOUSADA AROCHENA, *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Bomarzo, 2021, p. 53 ss. También el art. 27 LOI, que obliga a la integración en las políticas, estrategias y programas de salud de las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente.

¹⁰ Esta exigencia de una protección diferenciada, pero poniendo el acento en la necesidad de evitar la discriminación y el efecto boomerang se releja ya en la STC 229/1992, que declaró inconstitucional la prohibición del acceso de la mujer al trabajo en la mina conforme preveía el Decreto 26 de julio de 1957 (aún en vigor para los menores). La

y visibles, partiendo de la propia segregación (horizontal y vertical) del mercado de trabajo¹¹, tienen un claro reflejo en las estadísticas de siniestralidad laboral¹².

En brevísima síntesis, la incidencia de los accidentes de trabajo es casi el doble en los hombres, los accidentes de trabajo sufridos por las mujeres son menos graves, con menos accidentes mortales, al mismo tiempo están afectadas por enfermedades menos graves pero en mayor medida por problemas relativos a la organización del trabajo o los derivados de los factores de riesgos psicosocial¹³, de forma que sus problemas de salud pasan más desapercibidos, quedando invisibilizados o silentes. Para la Agencia Europea para la SST la adopción de un enfoque “neutral a los géneros” en la evaluación de riesgos y su prevención ha contribuido a infravalorar los riesgos que aquejan a las mujeres y la dedicación de menos recursos a su prevención¹⁴. En puridad las enfermedades profesionales reconocidas, únicas de las que se dispone de datos estadísticos, constituyen solamente una parte de los problemas de salud causados por el trabajo, lo que conlleva que la infraestimación incida más en las mujeres, ello unido a que en menos casos son mortales, concentrándose en dolencias que derivan en daños lentos y progresivos. Sus enfermedades afectan más a las cuerdas vocales, vienen causadas por agentes físicos, como los trastornos musculoesqueléticos¹⁵, que ocupan con diferencia el mayor porcentaje de

sombra de la discriminación en la asignación de determinados trabajos sigue planeando en algunas actividades. Puede verse la STS 4 marzo 2021 (rec. 130/2019) en relación con el Convenio colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco que estima que, frente a la redacción anterior («las empresas se obligan a no utilizar personal femenino en las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques»), el art. 38.º en su actual versión al establecer que las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques serán realizadas por el personal que corresponda en función de su categoría profesional, no es discriminatoria pues no excluye que puedan asignarse a las mujeres.

¹¹ Sobre esta cuestión *vid.* P. NIETO ROJAS, *La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical*, en *Femeris*, 2019, n. 2, p. 70 ss.

¹² Pueden verse algunos datos interesantes sobre las enfermedades profesionales según sexo en A.I. PÉREZ CAMPOS, *Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, 2020, tomo I, p. 284 ss.

¹³ Algunas de estas cuestiones centradas en las afectaciones sanitarias específicas de las mujeres pueden verse en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 193 ss.

¹⁴ E. SCHNEIDER (ed.), *Risks and Trends in the Safety and Health of Women at Work. European Risk Observatory. A summary of an Agency report*, EU-OSHA, 2011, p. 6.

¹⁵ Pueden verse S. VEGA MARTÍNEZ, *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I)*:

las declaradas¹⁶, o agentes biológicos o por contacto con productos tóxicos, incluso de uso habitual como los detergentes y otros dedicados a la limpieza; en definitiva dolencias y riesgos con frecuencia infravalorados. En cambio, los hombres sufren más enfermedades graves, como la mayoría de los cánceres de origen profesional, normalmente más graves, y ligados a sustancias o productos propios de industrias donde la representación femenina es mucho más escasa, a los que se presta un mayor grado de atención.

Acierta el CESE cuando propone, dada la tendencia general a la baja en el número de accidentes laborales que causan lesiones y víctimas mortales, centrarse en mayor medida en enfermedades relacionadas con el trabajo, como el cáncer, las enfermedades cardiovasculares, los trastornos musculoesqueléticos y aquellas enfermedades vinculadas a los riesgos psicosociales, que son las que provocan el mayor número de fallecimientos y constituyen las causas más comunes de baja por enfermedad en la UE¹⁷. Los musculoesqueléticos, foco de atención en el MESST 2021-2027, que afectan a millones de trabajadores de la Unión, no suelen estar relacionados con una sola causa sino con una combinación de factores físicos, psicosociales, organizativos e individuales, por lo que las exigencias de causalidad exclusiva suele camuflarlos bajo contingencias comunes, sin alcanzar la consideración de profesional. En esta misma dirección, también se han plasmado claras diferencias en todos los órdenes en relación con la Covid-19, cuestión de la que se ha ocupado la doctrina¹⁸.

2. La enfermedad profesional

2.1. El concepto de enfermedad profesional y el sistema de lista

El origen del concepto de enfermedad profesional en el ordenamiento

exposición y efectos diferenciales, NTP INSHT, 2004, n. 657, y S. VEGA MARTÍNEZ, *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, NTP INSHT, 2004, n. 658.

¹⁶ Así lo constata también para los trabajadores de asistencia en establecimientos residenciales, mayoritariamente mujeres, el INSST, [Seguridad y salud en el trabajo. Estrategia Española 2023-2027](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 25.

¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Resumen de los costes y beneficios de las inversiones en salud y seguridad en el trabajo» (2020/C 14/07), § 3.5.

¹⁸ Por todos, A. GARRIGUES JIMÉNEZ, *La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión – o no – de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia*, en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi, 2021, tomo II, p. 581 ss.

español es claramente jurisprudencial y nace vinculado al de accidente de trabajo. Con posterioridad recibió carta de naturaleza en la normativa de Seguridad Social, desligándose de aquel y con una evolución notablemente diversa, tanto en sede legal como judicial. Para autorizada doctrina, frente a la complejidad y flexibilidad de la noción de accidente de trabajo, su aprehensión resulta más simple; es, desde luego, más rígido pero también de determinación más segura, implicando menos litigiosidad¹⁹. Ello no ha impedido una serie de resoluciones que moldean la definición por la vía de extenderlo a dolencias listadas pero con causa en el desempeño de profesiones altamente feminizadas no expresamente contempladas.

El art. 157 LGSS²⁰ establece que «Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

Por tanto, se trata de un sistema de lista²¹ que implica que para considerar una enfermedad como profesional debe incluirse previamente en el cuadro oficial vigente. Sin necesidad de entrar en consideraciones de mayor detalle sobre el contenido en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro²², sí es preciso recordar que combina el tipo de enfermedad con la actividad profesional desempeñada que debe hallarse también en la lista de la que aquella trae su causa, concretamente de alguna sustancia o elemento expresamente previsto.

La doctrina ha resaltado algunos aspectos positivos de este sistema, sobre todo la certeza que asegura, ya que la inclusión en el cuadro actúa como “presunción *iuris et de iure*” de su etiología laboral²³, evitando la prueba del

¹⁹ A. DESDENTADO BONETE, *Art. 116. Concepto de enfermedad profesional*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, 1999, pp. 1122-1123.

²⁰ RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²¹ Algunas propuestas sobre un posible cambio en R. POQUET CATALÁ, *El actual sistema de calificación de enfermedades profesionales, ¿hacia un nuevo modelo?*, en AA.VV., *op. cit.*, tomo I, p. 445 ss.

²² In extenso, M.C. LEGUA RODRIGO, *La enfermedad profesional. Análisis doctrinal, jurisprudencial del RD 1299/2006 y su clasificación por actividades*, Bomarzo, 2022.

²³ En tal sentido el TS desde hace ya algún tiempo venía a acentuar como rasgo distintivo de la enfermedad profesional listada, precisamente, la innecesariedad de la prueba del nexo causal lesión-trabajo por el juego de la presunción legal. *Vid.* STS 19 mayo 1986 (RJ 2578),

nexo causal. Además, facilita el diagnóstico y la relación de la enfermedad con un trabajo que se desarrolló hace años y la detección de riesgos en orden a la adopción de medidas preventivas así como en que agiliza los trámites para acceder a las prestaciones²⁴. Su principal problema deriva de su insuficiencia, posibles lagunas o su desfase u obsolescencia al menos parcial, aspectos que en alguna medida vienen siendo revisadas en sede judicial.

2.2. El carácter cerrado de la lista y sus elementos de flexibilidad

Es verdad que desde instancias internacionales se aboga por un sistema mixto y no cerrado como el nuestro, pero también lo es que a dichos niveles las actuaciones son meras recomendaciones y con una clara timidez en los posicionamientos. Ubicando al sistema español dentro de los de lista de carácter taxativa, es preciso destacar la concurrencia de tres claros elementos de flexibilidad.

En primer lugar, la posibilidad prevista legalmente de ampliar la lista de enfermedades profesionales. Así el art. 157.2 LGSS afirma que reglamentariamente se «establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades

STS 19 julio 1991 (RJ 6836) y STS 28 enero 1992 (RJ 130), entre otras. Para la STSJ Castilla-La Mancha 29 noviembre 1999 (AS 4024) «El Tribunal Supremo lo que mantiene es que cuando nos encontremos ante una enfermedad no incluida en el listado a que alude el artículo 116 de la LGSS, será preciso probar la existencia de una relación de causalidad directa entre el trabajo desempeñado y la enfermedad contraída a efectos de poder caracterizar a ésta como profesional; prueba que, contrariamente, no es preciso llevar a cabo cuando nos encontremos con una enfermedad concreta y específicamente recogida en el listado contenido en el RD 1995/1978, de 12 de mayo, ya que para ellas se establece una presunción legal “*iuris el de iure*”, es decir, una presunción que no admite prueba en contrario». Asimismo, STSJ Navarra 28 junio 2002 (AS 2709). Sobre las matizaciones a este posible carácter en función a la interpretación estricta o amplia del listado, *vid.* M.C. LEGUA RODRIGO, *Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, n. 20, p. 83 ss.

²⁴ *Vid.* J. LÓPEZ GANDÍA, *Artículo 116, Concepto de enfermedad profesional*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003, p. 769. En esta misma línea A.V. SEMPERE NAVARRO, *La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5, p. 77, viene a destacar que «posee la virtualidad de proporcionar seguridad jurídica a los casos en que surge el proceso patológico tipificado, pues en tal supuesto entra en juego una consideración legal acerca de lo ocurrido». También M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Las enfermedades del trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 2, p. 22, considera como ventajas del sistema de lista que elimina inseguridad y asegura certeza.

profesionales que se estime deben ser incorporadas al mismo», previo el preceptivo informe del Ministerio de Sanidad. Aspecto desarrollado en el art. 2 del RD 1299/2006, utilizado en escasas ocasiones²⁵, aunque con algo más de frecuencia que su precedente.

En segundo lugar, incorpora elementos de apertura dictados por las orientaciones comunitarias, por un lado, al prever la inclusión (art. 2.2) de las enfermedades profesionales que sean incorporadas a la lista europea que la doctrina interpreta como una actualización cuasi automática, pues obliga a considerarlas incluidas una vez cumplidos los trámites pertinentes o a su declaración judicial, caso de incumplimiento²⁶ y, por otro, al comprender, siguiendo la Recomendación 2003/670/CE sobre enfermedades profesionales (derogada por la nueva Recomendación a la que me referiré *infra*), una lista complementaria de enfermedades (anexo II) cuyo origen profesional se sospecha y podría determinarse en un futuro mediante su traspaso al anexo I²⁷. En tanto se materializa el traslado, su presencia en el Anexo II debiera servir para fomentar la investigación en ese campo y para aligerar la carga de la prueba de la persona trabajadora²⁸.

Para concluir, y seguramente es la que presenta mayor interés al objeto de este análisis, la consideración de que la enumeración no es taxativa respecto de las actividades capaces de producir las enfermedades, ya que al enumerarse las “principales” es admisible que la patología se haya contraído en otro trabajo no mencionado expresamente²⁹. En este sentido, es mucho más estricta la consideración en torno a los agentes, en la que suele estimarse que la lista es preponderantemente cerrada, aunque en algunos

²⁵ Salvo error u omisión, la lista actual solamente ha sufrido dos modificaciones, una por RD 1150/2015, de 18 de diciembre, para incluir el cáncer de laringe por exposición al amianto y otra en 2018 a fin de incluir el cáncer de pulmón en trabajos expuestos a la inhalación del polvo de sílice por RD 257/2018, de 4 de mayo.

²⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 18; L. VOGEL, *Desigualdad de género y enfermedades profesionales en Bélgica*, en *Laboreal*, 2015, n. 2.

²⁷ En puridad esta es la operación empleada para actualizar la lista en relación con el cáncer de laringe por inhalación del polvo de amianto en el citado RD 1150/2015, puesto que figuraba ya en el anexo I y tras su reconocimiento en la STS 26 junio 2008 (rec. 3406/2006). Ampliación al cáncer de esófago por exposición e inhalación de polvo de amianto que admite implícitamente el ATS 27 septiembre 2018 (rec. 1131/2018) aunque no figure en la lista de enfermedades profesionales.

²⁸ Así lo entiende también la doctrina: *vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ *Vid.* estas reflexiones en S. MORENO CÁLIZ, *Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional*, en *Tribuna Social*, 2001, n. 131, p. 53. Como constata A.V. SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 78, este guiño normativo hacia la flexibilización comedida ha sido despreciado por la práctica. Para A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 1122, «esta conclusión es polémica». Con un mayor grado de detalle, M. ARETA MARTÍNEZ, *La lista numerus apertus de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales*, en AA.VV., *op. cit.*, tomo I, p. 339 ss.

casos permite extensiones al utilizar formulaciones muy genéricas para determinados elementos causantes o incluyendo etc., en algunos supuestos³⁰, algo que resultaría fácilmente aplicable a buena parte de los problemas de salud propios de profesiones altamente feminizadas (p.e., los agentes físicos). Pese a la trascendencia de todos ellos, que ponen los mimbres sobre los que se fundamentan las resoluciones judiciales que pasaré a comentar, no dan al traste con el carácter cerrado de la lista vigente, aunque presente rasgos de apertura o cierta tendencia a aproximarse a patrones mixtos.

Como voy a centrar la atención exclusivamente en el concepto de enfermedad profesional, dejo solo constancia del otro rasgo de elasticidad de nuestro sistema, al margen de la lista, que viene de la mano de la figura de las «enfermedades derivadas del trabajo» equiparables en su tratamiento jurídico al accidente de trabajo (art. 156.2.º). Se entiende por tales «las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». El principal problema radica en las dificultades de la prueba para el trabajador de la causalidad exclusiva, relajada por algunas decisiones judiciales³¹ que conduce a la infradeclaración de un número considerable de dolencias sufridas en mayor medida por las trabajadoras, relacionadas con causas organizativas y factores psicosociales de riesgo³², que suelen esconderse bajo la careta de enfermedades comunes. Causalidad exclusiva que también supone un problema en las enfermedades profesionales, conduciendo a un concepto excesivamente rígido, pues no es infrecuente la existencia de enfermedades con origen, si bien no exclusivo, en el trabajo. Aspecto que convendría flexibilizar a nivel legislativo.

³⁰ M. ARETA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 345. Sobre la necesidad de interpretación judicial que sigue arrojando la lista debido a imprecisiones, ambigüedades y referencias genéricas al utilizar adverbios o términos que indican un valor ejemplificativo, *vid.* M.C. LEGUA RODRIGO, *Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006*, cit., p. 85.

³¹ Entre otras, *vid.* STSJ Canarias (Las Palmas) 26 mayo 2020 (rec. 1300/2019) y STSJ Castilla y León (Burgos) 26 mayo 2021 (rec. 16/2021).

³² Algunas propuestas en este terreno en N. CASTRO TRANCÓN, *Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales en clave de género*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 44, p. 278 ss.; E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Los riesgos psicosociales de la mujer, trabajadora e inmigrante: la discriminación múltiple a considerar en el entorno laboral*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2019, n. 50; C. GRAU PINEDA, *Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, p. 23 ss.; M.P. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, *Riesgos psicosociales e igualdad. La progresiva tendencia hacia la integración de ambas políticas*, *ibidem*, 2019, n. 433, p. 131 ss.

2.3. Apertura y mirada de género

Siguiendo con el razonamiento anterior, seguramente una mayor apertura o admitir la pluricausalidad arrojaría una mejor respuesta en el terreno indemnizatorio³³. A modo de ejemplo, es bastante más flexible la fórmula empleada en la lista de enfermedades de la OIT (Recomendación R194, revisada en 2010) que incluye una cláusula de cierre para «otros trastornos del sistema osteomuscular no mencionados en los puntos anteriores cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastornos del sistema osteomuscular contraído (s) por el trabajador».

El cuadro actualmente vigente, que sigue muy apegado a las actividades industriales y es escasamente sensible a las dolencias causadas por riesgos psicosociales, se estructura en seis grandes grupos en función del agente o sustancia causante: grupo 1, enfermedades profesionales causadas por agentes químicos; grupo 2, enfermedades profesionales causadas por agentes físicos; grupo 3, enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos; grupo 4, enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados; grupo 5, enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en algunos de los otros apartados; grupo 6, enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos. Para cada uno de los mencionados grupos el cuadro incluye los agentes (clasificados por una letra) y los subagentes causantes (numerados), así como la actividad en la que concurre (también numeradas), dando lugar al código particularizado identificador de cada enfermedad.

Los elementos de “apertura” o de “flexibilidad”³⁴ son los que amparan decisiones judiciales que logran un mayor grado de protección de la enfermedad profesional que sufre la mujer abriendo la puerta al enfoque de género. A pesar de la relevancia de esta corriente, la norma legal necesita progresar en este terreno, reflejando los avances en la investigación y el conocimiento en el propio cuadro de enfermedades profesionales. Además, debería prestarse más atención a otras dolencias como las de corte

³³ En opinión de S. MORENO CÁLIZ, *op. cit.*, p. 64.

³⁴ Del análisis de casos se concluye que el número de actividades con riesgo de enfermedad profesional reconocido al amparo de la cláusula abierta, por las vías administrativa y judicial, supera significativamente a las expresamente recogidas en el Anexo 1 del RD 1299/2006. *Vid.* M. ARETA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 357.

psicosocial de mayor prevalencia femenina. Pese al indubitado convencimiento de que también a nivel preventivo las previsiones genéricas de la LPRL dan cabida al enfoque de género en su aplicación, no estaría de más un impulso normativo a esta cuestión, que lo conviertan en una realidad en la gestión preventiva en las empresas.

Un número considerable de tareas que realizan casi en exclusiva las mujeres, así las de limpieza, conllevan trastornos por posturas forzadas, sobrecarga, reiteración, exposición a químicos; de cuidados y sanitarias, con riesgos ergonómicos, carga mental, *burnout*, exposición a agentes biológicos; trabajos en *call center*, con riesgo de tecnoestrés, ansiedad, relacionados con la organización del tiempo y la reiteración de tareas, alteraciones de la voz, riesgos por posturas... Pues bien, casi todas tienen en común que son pasadas por alto en las acciones preventivas, aún bastante olvidadas y también en el de la compensación por el daño acaecido, por su falta de inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales o por la cuestión probatoria de la causalidad exclusiva, si de incardinarlos en otras categorías (enfermedad derivada del trabajo) se trata.

3. Enfermedad profesional y género en la jurisprudencia

3.1. Tutela de la salud y enjuiciamiento en clave de género

Aunque voy a centrar mi atención de forma específica en los pronunciamientos dictados en relación con la consideración de una determinada dolencia como enfermedad profesional, conviene recordar que los tribunales del orden social están mostrándose bastante sensibles a determinados temas que afectan en exclusiva a las mujeres y que necesitan de una exégesis, no siempre diáfana a nivel legislativo, que proteja su salud o su tutela específica en razón a circunstancias biológicas sin menoscabo de sus derechos. En este sentido, algunas sentencias pueden considerarse hitos relevantes en este reconocimiento judicial de la importancia del enjuiciamiento con perspectiva de género preceptivo para los tribunales que, en breve síntesis, implica usar una metodología que permite detectar si en un conflicto jurídico influye un estereotipo de género que puede estar generando una diferencia de derechos u oportunidades para poder interpretar la norma a fin de corregir o compensar dicho desequilibrio³⁵.

³⁵ A. JIMÉNEZ HIDALGO, *Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?*, en *Jurisdicción Social*, 2019, n. 197, p. 37; S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, en *Trabajo y Derecho*, 2021, n. 76.

Como es bien sabido, la propia LOI en su art. 4 define al principio de igualdad de trato y oportunidades como principio informador del ordenamiento jurídico y como tal habrá de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En primer lugar, ante las posibles dudas suscitadas en relación con la retribución de la trabajadora embarazada que se encuentra realizando tareas diversas a las que le corresponden, consecuencia de la adaptación o cambio de puesto propiciado por su necesidad de tutela *ex* art. 26 LPRL, el TS en su relevante Sentencia 24 enero 2017³⁶, determinó el derecho de la trabajadora a percibir la retribución correspondiente a las guardias no realizadas. Un paso relevante también y, pese al mutismo de la regulación legal, lo constituyen la serie de Sentencias del TS que amplían los riesgos para la lactancia dando cabida a factores de riesgo psicosocial³⁷, entre ellos la organización del trabajo, los horarios, rotación o disponibilidad permanente en el riesgo para la lactancia³⁸.

Del mayor interés me parece traer a colación la STSJ Canarias 2 julio 2019³⁹ relativa a los riesgos ergonómicos de las camareras de piso, por su relación con uno de los pronunciamientos del TS que voy a comentar. En el caso concreto, existe una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por incumplimiento de la evaluación ergonómica de riesgo de las condiciones de trabajo específicas de las trabajadoras del departamento de pisos (art.

³⁶ Rec. 1902/2015. Más recientemente *vid.* la STS 14 junio 2021 (rec. 6061/2021) que reconoce el derecho a percibir el complemento salarial aun cuando no se realice jornada complementaria por adaptación del tiempo de trabajo como medida de tutela de la trabajadora embarazada.

³⁷ A la cuestión de la igualdad de género como forma de prevenir los riesgos psicosociales, lo que se traduce en una mejora del bienestar y una mayor productividad, se refiere el Dictamen 2020/C 14/07, cit., §§ 1.10 y 3.7.

³⁸ Por todas, STS 3 abril 2018 (rec. 762/2017) o STS 6 febrero 2019 (rec. 4016/2017). O, más recientes, STS 27 enero 2021 (rec. 3263/2018) y STS 16 junio 2021 (rec. 3978/2018), para actividades con disponibilidad permanente y presencial durante toda o buena parte de la jornada laboral.

³⁹ Rec. 369/2010, ponente Gloria Poyatos Matas, que firma también el voto particular que acompaña a la STSJ Canarias (Las Palmas) 22 octubre 2021, apostando por una interpretación en clave de género, no adoptada por la sala, en relación con el derecho a percibir un determinado complemento salarial. Sobre la misma, *vid.* S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Plus de peligrosidad, evaluación de personas dependientes y enfermas mentales en sus domicilios y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 467, p. 241 ss. Interesante es también la aplicación de esta perspectiva en la STSJ Canarias 10 febrero 2022 (rec. 1481/2021). Puede verse G. POYATOS I MATAS, [*Acoso sexual, prescripción y justicia de género. A propósito de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 10 de febrero de 2022 \(rec. 1481/2021\)*](#), en *CEF – Laboral Social*, marzo 2022, p. 1 ss.

12.1.b LISOS, en su grado máximo, 20.491 €). Frente a una sentencia de instancia que, siguiendo la línea denunciada en las páginas anteriores, subestima los riesgos del colectivo e invisibiliza las diferencias de género existentes y rebaja la cuantía sancionadora a los 2.046 €, se alza el TSJ de Canarias que, al tratarse de un sector feminizado, ve imprescindible la integración de la perspectiva de género como hermenéutica interpretativa, determinante del fallo judicial, de conformidad a la STC 26/2011, de 14 de marzo, que insiste en la interpretación de la norma de la manera más favorable a la efectividad de los derechos de las mujeres y no de forma mecánica y formalista y la STJUE de 19 de octubre de 2017 (Otero Ramos). Junto a relevantes consideraciones, por ejemplo, sobre a la necesidad de una actuación de la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de las obligaciones, me pararé sobre todo en su reflexión a la hora de interpretar el concepto de “peligrosidad” contenido en el art. 39.3 LISOS, regulador de los criterios de graduación de la sanción. A los efectos que más interesa destacar, señala que «los estereotipos de género son ilusiones cognitivas irracionales por las que se asignan determinadas características a las mujeres respecto a los hombres». Confirma también la clara segmentación que aún hoy refleja nuestro mercado de trabajo, de forma que las mujeres ocupan sectores menos remunerados y peor valorados y reconocidos económica, social y laboralmente, como los cuidados, la limpieza o el sector que ahora se analiza. Además, el concepto de peligrosidad se ha forjado sin perspectiva de género, excluyendo trabajos feminizados, también del cuadro de enfermedades profesionales, así el síndrome del túnel carpiano, sí reconocido para profesiones que no lo están (carpintería), aunque recientemente se alcanzara un acuerdo al respecto. La integración de la perspectiva de género exige incluir en dicho concepto el duro trabajo desempeñado por las camareras de pisos con esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivo que suelen manifestarse a corto o medio plazo en alteraciones musculoesqueléticas diversas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años y cuando se manifiestan son ya de carácter crónico e incurable, como la tendinitis, el síndrome del túnel carpiano, las lumbalgias, las ciáticas, la hernia discal, la contractura de *Dupuytren* y otras muchas. A veces acompañadas de síndromes psíquicos debidos a un trabajo que es monótono, repetitivo y que suele exigir un ritmo elevado, pudiendo precipitar situaciones de estrés. Por tanto, no deben despreciarse, han de ser objeto de evaluación específica y de adopción de las correspondientes medidas preventivas y no son de escasa peligrosidad también para la salud psicológica y física.

3.2. El síndrome del túnel carpiano y las profesiones altamente feminizadas

La relevancia de la STS 11 febrero 2020⁴⁰ radica en la extensión de la calificación como enfermedad profesional al síndrome del túnel carpiano sufrido por camarera de piso, pese a que no hay referencia a esta concreta actividad en el listado correspondiente, siguiendo la línea anterior que ya en STS 5 noviembre 2014⁴¹, la había ampliado para las limpiadoras. Las carencias respecto a otras profesiones muy feminizadas se plasma también en otros antecedentes judiciales, como pueden ser la STS 18 mayo 2015⁴² que estimó como enfermedad profesional el síndrome subacromial derecho diagnosticado a una peluquera, con limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho, aunque la profesión de peluquera no aparezca expresamente listada; o la STS 13 noviembre 2018⁴³ que entendió como profesional una epicondilitis sufrida por gerocultora que presta servicios en residencia de ancianos⁴⁴. En todos estos casos se trata de enfermedades de tipo musculoesquelético provocadas por factores de riesgo ergonómicos, ligados a manipulación de cargas, movimientos repetitivos y posturas forzadas que provocan un buen número de bajas laborales. En ellas concurre, por un lado, cierta minusvaloración y defectos de encuadramiento como profesional y, por otro, la tradicional asignación más a la manipulación de pesos y cargas o a tareas masculinas manuales que a los trabajos de limpieza y cuidados altamente feminizados.

El listado actualmente vigente (RD 1299/2006) se refiere al síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano de la muñeca en

⁴⁰ Rec. 122/2020.

⁴¹ Rec. 1515/2013. *Vid.* también STSJ Cataluña 16 noviembre 2015 (rec. 3264/2015) y STSJ Andalucía (Sevilla) 7 marzo 2019 (rec. 4335/2017). Ya con anterioridad, en relación a la lista del 78 (RD 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social), en el caso para trabajadora especialista en empresa textil dedicada fundamentalmente a llenar caja con pedidos, hacer cajas en serie y etiquetarlas en todo el tiempo transcurrido en ella, ya reconoció el carácter profesional de la dolencia la STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 septiembre 2006 (rec. 1508/2006), partiendo de la consideración que el listado de profesiones no es exhaustivo sino ejemplificativo.

⁴² Rec. 1643/2014.

⁴³ Rec. 3482/2017.

⁴⁴ Es verdad que la extensión de la consideración a la tendinitis sufrida en el trabajo de estiba y desestiba en la STS 10 marzo 2020 (rec. 3749/2017), realmente importante, es menos relevante desde el punto de vista exclusivo del género por tratarse precisamente de una actividad donde la presencia femenina es menor aunque en claro aumento, superadas ya antiguas y caducas restricciones.

«trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano como lavaderos, cortadores de tejido y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores». Como es obvio, no puede haber otra interpretación que la extensiva a otras actividades en las que concurren el mismo tipo de movimientos, con independencia de que pertenezcan a otras profesiones. Salta a la vista la propensión del cuadro a contemplar profesiones típicas o mayoritariamente masculinas, ignorando algunas preponderantemente desempeñadas por mujeres.

A juicio del TS, el uso del adverbio “como” es indicativo de que se trata de una lista abierta. Considera que las tareas propias y esenciales de la profesión comprenden las de limpieza de habitaciones, pasillos y baños, junto a las propias de lencería y lavandería, actividades que exigen en su ejecución la realización de movimientos de extensión y flexión de la muñeca forzados, continuados y sostenidos para el manejo de escobas, fregonas, mopas, bayetas, cepillos y demás útiles de limpieza, con la sobrecarga de muñeca que ello implica y con la intensidad y repetitividad necesarias para generar la citada patología, todo ello en concordancia con la Decisión Clínica (INSS) en enfermedades profesionales relacionadas con trastornos musculoesqueléticos. De todas formas, la extensión de un importante número de dolencias a esta profesión ya se había contemplado en el Acuerdo de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de septiembre de 2018⁴⁵.

Más recientemente el Alto Tribunal ha extendido la calificación de profesional por esta misma enfermedad a las auxiliares domiciliarias en STS

⁴⁵ Instrucción de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de fecha 21 septiembre 2018, que amplía a la profesión de camarera de pisos otras dolencias del mismo grupo 2 (enfermedades provocadas por agentes físicos), agente D (enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas), en particular, Código 2 D0101. Hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores; Código 2 D0201. Codo y antebrazo: epicondilitis y epitrocleitis; Código 2 D0301 Muñeca y mano: tendinitis de abductor largo y extensor largo del pulgar /T De Quervain), tenosinovitis estenosante digital (dedo en resorte), tenosinovitis del extensor largo del primer dedo.

6 julio 2022⁴⁶, STS 7 julio 2022⁴⁷ y STS 8 julio 2022⁴⁸. En ellas reafirma su posición anterior con respecto al carácter indicativo de la lista. De nuevo estamos ante una profesión altamente feminizada, consistente en atender y ayudar en su propio domicilio a personas que lo necesitan y que no pueden valerse por sí mismas, al estar incapacitadas o gravemente limitadas para realizar las tareas que asumen estas profesionales. Combate los dos principales argumentos de la sentencia recurrida, incidiendo en aspectos a los que se ha apuntado con anterioridad. El primero en relación con la infravaloración que pesa habitualmente sobre estos trabajos típicamente femeninos. Respecto a la afirmación de que las tareas de limpieza de estas profesionales son más livianas y menos exigentes que las requeridas a las limpiadoras, estima que tal circunstancia «no desvirtúa el hecho de que la ejecución de tales tareas es uno de los aspectos principales y más relevantes de su actividad, no es algo meramente residual y poco frecuente, sino que constituye uno de los núcleos esenciales sobre los que pivota la asistencia que prestan en el domicilio». Y, en segundo lugar, si bien es también cierto que, a diferencia de las limpiadoras, las realizan en el entorno privado de un domicilio, que no en edificios y locales públicos, ello no desmerece el carácter profesional, continuo y reiterado con el que deben ejecutarlas a lo largo de toda su jornada de trabajo en los diferentes domicilios a los que hayan de acudir, y que en modo alguno es parangonable con lo que sería la limpieza habitual del propio hogar familiar. A ello se suma otro conjunto de tareas que, en su conjunto, «requieren continuos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptible de generar el síndrome del túnel carpiano, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas».

3.3. El salto de calidad: el enfoque de género en la STS 20 de septiembre de 2022

En el caso de la STS 20 septiembre 2022⁴⁹ el supuesto guarda cierta relación con los anteriores, en tanto la dolencia figura en el cuadro de enfermedades profesionales (rotura del manguito rotador), más no la profesión afectada

⁴⁶ Rec. 3579/2019, rec. 3850/2019 y rec. 2531/2021.

⁴⁷ Rec. 3442/2019.

⁴⁸ Rec. 24/2020.

⁴⁹ Rec. 3353/2019, ponente María Luisa Segoviano Astaburoaga.

(limpiadora). El salto de calidad, sin embargo, no concierne a este asunto ni a la constatación de tratarse de profesiones altamente feminizadas (como las de camarera de pisos, peluquera, limpiadora o auxiliar de geriatría)⁵⁰ sino en la argumentación esgrimida que recurre, ahora ya sin tapujos, a una perspectiva de género y al principio de igualdad de trato y no discriminación para dar solución al conflicto planteado.

Es verdad que la doctrina venía ya denunciando que el cuadro no acoge la perspectiva de género de forma que ante una afectación similar en hombres y mujeres, en especial de las enfermedades osteomusculares, las relaciona en una abrumadora mayoría con profesiones con un claro sesgo masculino (pintores, escayolistas, montadores; o bien carniceros, pescaderos, curtidores, deportistas, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles, entre otras)⁵¹ sin referencia a otras claramente feminizadas como las limpiadoras o las camareras de pisos y, en este sentido, queda aún un largo camino por recorrer, al igual que en la consideración como incapacitantes – con independencia de su origen – de determinadas actividades donde las mujeres están sobrerrepresentadas⁵².

En resumen, frente a la consideración de contingencia común realizada por el INSS, la trabajadora interpuso una demanda ante el juzgado de lo social, que desestimó su pretensión, al igual que lo hizo el TSJ, recurriendo entonces al TS. Es interesante destacar que el TSJ constata que la dolencia figura en el listado de enfermedades profesionales pero que, sin embargo, la profesión ejercida no se caracteriza por la concurrencia de las exigencias previstas de levantar y utilizar continuamente el brazo en abducción o flexión en las funciones de carga y elaboración manual, esenciales para la consideración como enfermedad profesional, al amparo también de la propia Guía del INSS sobre valoración profesional. Descarta, asimismo, la consideración como enfermedad derivada del trabajo, por carencia de prueba del nexo causal. Frente a dicho pronunciamiento, el principal argumento de la trabajadora reside en que pese a que la profesión de

⁵⁰ Sobre este concreto sector, B. AGRA VIFORCOS, *Riesgos laborales en una ocupación altamente feminizada: atención sanitaria y socio asistencial en residencias de la tercera edad*, en *Lex Social*, 2021, n. 2, p. 758 ss.

⁵¹ Sobre el particular a través del análisis de los datos estadísticos sobre enfermedades profesionales, *vid.* M. ARENAS GÓMEZ, *Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres?. Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas en mujeres*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 449-450, en especial p. 121 ss.

⁵² C. MOLINA NAVARRETE, *La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 466, p. 233 ss.

limpiadora no se encuentra expresamente recogida en el cuadro de enfermedades vigente, sí figura en las Directrices del INSS empleadas para la decisión clínica sobre consideración de enfermedades profesionales donde se relaciona la “patología tendinosa crónica del manguito rotador” con la actividad profesional de servicios de limpieza.

Lo más destacable de la Sentencia del TS es la indudable e innegable conexión de esta cuestión con la normativa sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978) que supone la ausencia de cualquier discriminación, directa o indirecta por razón de sexo, con la Constitución y con el art. 4 LOI, en especial en lo que se refiere a la transversalidad del principio de igualdad de trato (integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas). Principio que, como se sabe, enlaza también con el propio art. 8 TFUE. Aplica la perspectiva de género, que debe incorporarse plenamente a la tarea exegética de jueces y magistrados, siguiendo las líneas maestras ya sentadas en la doctrina de la Sala de 23 de junio de 2022 (rec. 646/2021) y pone el acento en que la de limpiadora es una profesión altamente feminizada, que no comparece en la lista, pero que conlleva idénticas exigencias físicas a las explícitamente mencionadas, típicamente masculinas. Las tareas desarrolladas, propias de la actividad desempeñada, tal como las define el CC del sector de limpieza de edificios y locales, coinciden con las directrices técnicas para la apreciación de la dolencia: realización de posturas forzadas, movimientos repetitivos con los codos en posición elevada y tensando los tendones de los brazos. De lo anterior deduce que la falta de mención expresa de esta actividad altamente feminizada con la consiguiente presunción de que solamente se aplicaría a las masculinizadas mencionadas, introduce un factor de discriminación indirecta.

La reciente aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y no discriminación, no viene más que a incidir en la apuesta decidida por este tipo de hermenéutica, en tanto dedica el art. 19 al Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la Administración de justicia, considerando que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la supresión de estereotipos y promoverán la eliminación de cualquier forma de discriminación en la administración de justicia por razón de las causas previstas en esta Ley. Por su parte, su art. 4.3 señala que «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Este planteamiento “innovador” había sido ya abanderado por algún TSJ,

señaladamente el de Galicia y el magistrado Lousada, a modo de ejemplo, en su Sentencia 14 octubre 2016⁵³ ya apreció una discriminación indirecta por razón de sexo en el caso de una trabajadora pluriempleada (operaria en empresa de conservas de pescado y limpiadora), pues la lista se centra en profesiones mayoritariamente masculinizadas dando lugar a una situación discriminatoria. La carga física, la realización de movimientos repetitivos (especialmente de manos y muñecas) o continuos estiramientos y flexiones para el montaje y desmontaje de pallets, los sobreesfuerzos y la manipulación continuada de cargas, la sitúan entre las profesiones y tareas que pueden originar la patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores del hombro que padece la recurrente, imponiendo a la mutua la prueba de la ruptura del nexo causal⁵⁴.

En definitiva, la STS se inserta en la ya considerable lista de pronunciamientos donde la Sala 4ª está juzgando con perspectiva de género⁵⁵, alguno de cuyos grandes hitos especialmente en el terreno de la

⁵³ Rec. 1513/2016. *Vid.* también la STSJ Galicia 11 marzo 2016 (rec. 385/2015).

⁵⁴ Puede verse también la STSJ Canarias 7 marzo 2017 (rec. 1037/2016) que aplica la perspectiva de género a la valoración de la prueba en relación con el reconocimiento de una pensión de jubilación. Ponente: Poyatos, que destaca también por su intensa labor en este terreno. Muy interesante también el voto particular de la STC 111/2018, de 17 de octubre, aunque no sea la apuesta de la mayoría.

⁵⁵ Sin ánimo de exhaustividad, entre las más relevantes, con independencia de que se utilice como criterio determinante para el sentido del fallo o para reforzar la argumentación judicial expuesta, *vid.* STS 24 enero 2017, cit., sobre indemnidad retributiva por razón de maternidad; STS 13 noviembre 2019 (rec. 75/2018) sobre aplicación de los planes de igualdad de las empresas usuarias a las personas cedidas por la ETT; STS 29 enero 2020 (rec. 3097/2017), interpretación con perspectiva de género para reconocer la condición de sujetos causantes de las prestaciones de muerte y supervivencia a los beneficiarios de pensiones SOVI; STS 6 febrero 2020 (rec. 3801/2017), sobre período de carencia para acceso a jubilación anticipada, incluyendo el tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer; STS 2 julio 2020 sobre reconocimiento de la Incapacidad Permanente Absoluta a una mujer como consecuencia de complicaciones y lesiones sufridas en el parto que recibe la consideración de accidente no laboral; STS 14 octubre 2020 (rec. 2753/2018), sobre pensión de jubilación siendo causante su pareja de hecho, no existiendo convivencia, respecto a lo que el TS va a tomar en consideración que dejaron de convivir debido a la existencia de violencia de género; STS 23 junio 2022 (rec. 646/2021) sobre períodos de carencia (períodos de cotización asimilados por parto) para cálculo de subsidio de desempleo para mayores de 55 años. Interpretación que también encontramos en algunos votos particulares, así en los que acompañan a la STS 12 febrero 2021 (rec. 2839/2019), acerca del Convenio colectivo aplicable a las camareras de pisos; STS 29 abril 2021 (rec. 2953/2018), sobre inclusión en ERE, o a la STS 20 julio 2021 (rec. 4710/2018), atinente a la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer; STSJ Canarias (Las Palmas) 27 julio 2021 (rec. 867/2021). Interesante también la interpretación con perspectiva de género que lleva a la declaración de nulidad de la modificación sustancial operada en la STSJ País Vasco 25 enero 2022 (rec. 2418/2021) o, en relación con el *ius resistentiae*, la STSJ Canarias

Seguridad Social recuerda expresamente la Sentencia comentada, buscando desterrar los estereotipos o luchar contra la desprotección de las trabajadoras nacida de la presunta “neutralidad” de las normas aplicables, algo con especial trascendencia en el ámbito de la salud laboral, sea a efectos preventivos o prestacionales.

4. Sobre la necesidad de emprender actuaciones legislativas

4.1. Revisión del cuadro de enfermedades profesionales en clave de género

Hechas las consideraciones anteriores sobre la infravaloración de los riesgos y su infradeclaración⁵⁶, unida a los pronunciamientos comentados que apuntan a claras ausencias y desviaciones en la lista, debe ser bien recibida la previsión de creación de una Comisión de estudios para reformar el RD 1299/2006, a fin de integrar la perspectiva de género⁵⁷, a efectos de identificar y corregir las deficiencias existentes en la protección de enfermedades profesionales en trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres, en la DA 4ª del RD-Ley 16/2022, de 6 septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas al servicio del hogar familiar⁵⁸. Se prevé la creación en un plazo de 6 meses

(Las Palmas) 10 junio 2022 (rec. 1979/2021). En general sobre esta cuestión M.P. GARCÍA RUIZ, *Justicia, género e imparcialidad judicial*, en *elderecho.com*, 3 enero 2023.

⁵⁶ La doctrina constata cómo el encubrimiento de enfermedades profesionales afecta más a las mujeres: *vid.* A.I. PÉREZ CAMPOS, *Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos*, cit., p. 284. Analizando datos de la UE alcanza conclusiones alarmantes sobre la infradeclaración y de la incidencia mayor en éstas de los sistemas cerrados ya hace algunos años L. VOGEL, *La salud de la mujer trabajadora en Europa. Desigualdades no reconocidas*, ISTAS, 2006, p. 169.

⁵⁷ Así hace realidad al menos una de las dos propuestas (170915 PNL) que presentara el PSOE en su día (18 septiembre 2017) tanto para esta modificación como para incorporar la perspectiva de género en todas las políticas de prevención de riesgos.

⁵⁸ Sobre la norma, en cuyo detalle no hemos de entrar, por todos, *cf.* G. GARCÍA GONZÁLEZ, *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, 2022; M.G. QUINTERO LIMA, *Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones del trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras*, en *IUSLabor*, 2022, n. 3, p. 120 ss.; J. ROMERAL HERNÁNDEZ, *Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, n. 2, p. 31 ss. En concreto, sobre la seguridad y salud, *vid.* C. AYALA DEL PINO, *La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre*, en *Lex Social*, 2022, n. 2, p. 1 ss.

desde la entrada en vigor de la norma en cuestión. Esperemos que sea una realidad, comience sus labores de estudio para identificar y corregir las deficiencias existentes, en especial en trabajos feminizados, y no se quede en una simple intención por muy loable que sea. Se supone que integrarán la mentada Comisión representantes de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Igualdad y Sanidad, así como las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. La norma, como se sabe, acaba también con la tradicional y poco justificada exclusión de esta relación laboral especial del ámbito de aplicación de la LPRL. Estamos a la espera del ansiado desarrollo reglamentario que puede demorarse habida cuenta las claras dificultades para afrontar esta regulación. Sin perjuicio de la necesidad de dar cobertura preventiva a esta actividad, a nadie se ocultan las peculiaridades del ámbito donde la actividad se presta ni la complejidad formalista, burocrática, organizativa del sistema preventivo diseñado por la LPRL que exige herramientas diversificadas y simplificadas para el titular del hogar familiar. Ya con anterioridad, la Estrategia Española 2015-2020, si con carácter general instaba a la promoción de un enfoque de género en las actividades preventivas, que permitiera detectar particularidades y garantizar su protección, proponía elaborar y actualizar las guías y protocolos de vigilancia de la salud y tener en cuenta las desigualdades y diferencias de sexo y edad⁵⁹, que aún no ha tenido un claro reflejo práctico.

La anunciada revisión debería dar respuesta a las diversas necesidades de hombres y mujeres y afrontar el tema de los a menudo “invisibles” trastornos derivados de los riesgos psicosociales, con mayor incidencia en las mujeres. El equilibrio entre las profesiones masculinizadas y feminizadas. En relación con la primera cuestión, la ausencia en la lista actual es clamorosa como ha advertido la doctrina y obliga al calvario judicial de demostrar la relación exclusiva con el trabajo para que puedan ser calificadas como accidente de trabajo (enfermedad derivada del trabajo vía art. 156.2 LGSS)⁶⁰. Esta carencia, de compleja cobertura sin cambios legales, es especialmente sangrante en relación con dolencias que en la literatura científica aparecen claramente conectadas con determinadas condiciones prevalentes en concretas profesiones altamente feminizadas,

⁵⁹ Sobre esta cuestión J. CAMPOS ET AL., *Una visión de género a los protocolos de vigilancia sanitaria de la población trabajadora*, en *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 2009, n. 3, p. 116 ss., donde se recomienda identificar los sesgos de género y mejorarlos desde esta perspectiva.

⁶⁰ C. BLASCO JOVER, *Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Labos*, 2022, n. 3, p. 142; O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal*, en AA.VV., *op. cit.*, tomo I, p. 433 ss.

como la sanidad, la educación o el sector de los cuidados, en especial el *burnout*⁶¹, con patente etiología laboral, en algunos casos de estrés postraumático o determinados trastornos ansioso-depresivos. Resulta patente que el sistema de lista, como se ha visto, tiene ventajas pero también inconvenientes sobre todo derivados de sus lagunas⁶² y obsolescencia, pues suele transcurrir un lapso temporal demasiado extendido hasta su inclusión, provocando claros desajustes con relación a los rápidos cambios motivados por la evolución de la tecnología, las nuevas formas de organización del trabajo o las nuevas sustancias y agentes empleados en los procesos productivos⁶³. No ignoro las notorias dificultades para acometer estos cambios y el gran calado económico de sus repercusiones, por ejemplo, por la posible incidencia de su reconocimiento profesional en el incremento de pensiones de incapacidad permanente⁶⁴. Las propuestas van desde la más compleja y efectiva que sería la inclusión de algunas de aquellas dolencias en el anexo I, la más “conformista” de contemplarlos en el anexo II⁶⁵ o la de relativizar la causalidad exclusiva con el trabajo, cambiándola por una causalidad prevalente o relevante, sea para la enfermedad profesional o para la derivada del trabajo, si no es posible progresar más.

⁶¹ Favorable a esta incorporación, pese a sus dificultades, G. GARCÍA GONZÁLEZ, *El síndrome del trabajador quemado (o burnout): dimensión jurídica, laboral, preventiva y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2021, p. 163. Cierta avance podría esperarse a raíz de su inclusión por parte de la OMS en la CIE (Clasificación Estadística Internacional de enfermedades y problemas de salud conexos, QD 85) que entró en vigor a primeros de 2022, estimando que es resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo y se caracteriza por tres rasgos: la existencia de sentimientos de falta de energía o agotamiento; el aumento de la distancia mental con respecto al trabajo o la aparición de sentimientos negativos respecto al mismo y una eficacia profesional reducida.

⁶² Dado el objetivo de este trabajo, me permito remitir a la identificación de las concretas carencias y lagunas en especial respecto a las enfermedades y actividades feminizadas y sus causas a la obra de J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 29.

⁶³ M.T. IGARTUA MIRÓ, *La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales*, en *Actualidad Laboral*, 2007, n. 22, p. 2696.

⁶⁴ C. BLASCO JOVER, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁶⁵ Puede verse la propuesta de O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 452, de inclusión en el Anexo II, creando un nuevo grupo de enfermedades provocadas por riesgos psicosociales, con un nuevo agente. Una apuesta similar por la causalidad prevalente o, inclusive, por la inclusión en la lista de algunas de estas dolencias, como el estrés laboral, al menos vía Anexo II en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, pp. 312-314. Asimismo, R. PAYÁ CASTILBLANQUE, R. CALVO PALOMARES, *Sistemas de prevención y protección en el orden social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Aranzadi, 2020, p. 562.

4.2. Tímidas actuaciones a nivel internacional y europeo

En el campo de las dolencias causadas por riesgos psicosociales es más avanzado el listado de la OIT (Recomendación R194, revisada en 2010) que incluye los trastornos mentales y del comportamiento, comprendiendo los trastornos de estrés postraumático, así como otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastorno mental o del comportamiento contraído (s) por el trabajador. También se muestra pionera y comprometida con el enfoque de género, resaltando los matices diferenciales tanto en relación con riesgos clásicos como con los emergentes, con poca investigación sobre la posible etiología laboral de determinadas enfermedades. Pone además el acento en la necesidad de reforzar el estudio de los vínculos entre la exposición a estos agentes y la influencia en la salud de los trabajadores, y de las posibles diferencias entre hombres y mujeres para permitir las directrices preventivas adecuadas, debiendo incluir entre los objetivos de una política nacional la protección específica de la salud de las trabajadoras⁶⁶. Ahora bien, no ha adoptado actuaciones normativas vinculantes en el terreno.

Por su parte, en la UE la Resolución del Parlamento sobre el MESST ya citada pide a la Comisión la revisión de la lista de enfermedades profesionales y que transforme esta recomendación, tras consultar con los interlocutores sociales, en una Directiva por la que se cree una lista mínima de enfermedades profesionales y se establezcan requisitos mínimos para su reconocimiento y una indemnización adecuada para las personas afectadas. En el terreno más específico del género, resalta el hecho de que las mujeres trabajadoras se enfrentan a mayores retos para la salud y bienestar en el trabajo, especialmente en los sectores sanitarios y de asistencia y celebra que la Comisión esté reforzando el enfoque con perspectiva de género en la seguridad y la salud laboral, aunque en realidad aparece algo descafeinado bajo la cobertura de la atención a la diversidad⁶⁷. Por otra parte, solicita a la

⁶⁶ OIT, *La dimensión de género: integración de las políticas de género en salud laboral*, en www.ilo.org, 16 marzo 2015.

⁶⁷ No obstante, la doctrina se muestra bastante crítica con la evolución de la integración de la perspectiva de género en las políticas y legislación sobre seguridad y salud de la UE, estimando que el propósito se ha ido desvaneciendo a raíz de la crisis de 2008 y que de un firme propósito se ha ido pasando a asumirlo de forma no prioritaria y sesgada. *Vid.* A. GARRIGUES JIMÉNEZ, *La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión – o no – de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el*

Comisión y a los Estados miembros que integren la perspectiva de género y tengan en cuenta las diferencias de género en todas las medidas en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Asimismo, en el ámbito preventivo, insta a garantizar que se incluyan en una futura Directiva sobre prevención y gestión de trastornos musculoesqueléticos y las enfermedades reumáticas relacionados con el trabajo, todos los riesgos relacionados con el trabajo que puedan provocar enfermedades inflamatorias reumáticas/crónicas y musculoesqueléticas, como las cargas pesadas, los movimientos repetitivos, las vibraciones o los largos períodos de tiempo de pie o sentado; recuerda que las trabajadoras tienen más probabilidades de verse afectadas por tales trastornos e insiste en la necesidad de incluir firmemente la dimensión de género en la evaluación, la prevención y el tratamiento de estas enfermedades, incluyendo opciones de horarios de trabajo flexibles.

También el CESE pone de manifiesto que cuando mujeres y hombres trabajan en un mismo lugar de trabajo, pueden enfrentarse a distintos riesgos debido a diferencias desde el punto de vista biológico, de sus necesidades o del nivel de exposición e insta a adoptar un enfoque de inversión en salud y seguridad en el trabajo más «sensible con respecto al género». En concreto, debe prestarse especial atención a la prevención de los trastornos musculoesqueléticos y el cáncer entre las mujeres⁶⁸.

En algunas de estas ideas incide también la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre salud mental en el mundo laboral digital⁶⁹ donde se valoran algunos factores que han incidido de forma importante en la salud mental, por ejemplo, el aumento de las responsabilidades de cuidado en combinación con el trabajo durante la pandemia, que afectó de forma desproporcionada a las mujeres y amplió la desigualdad de género, con altas dosis de estrés, de efectos, como se sabe, que pueden ser devastadores para la salud (no reconocido como enfermedad profesional). En lo que ahora más interesa, pide a la Comisión que revise la Recomendación de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, añadiendo los trastornos musculoesqueléticos relacionados con el trabajo, los trastornos de la salud mental relacionados con el trabajo, en particular la depresión, el agotamiento profesional, la ansiedad y el estrés, todas las enfermedades relacionadas con el amianto, así como los cánceres de piel y la inflamación

trabajo durante la pandemia, cit., p. 589 ss.

⁶⁸ Dictamen 2020/C 14/07, cit., § 5.4. Un resumen del planteamiento y las medidas propuestas en el informe de la EU-OSHA, *New risks and trends in the safety and health of women at work. European Risk Observatory. Literature review*, 2013.

⁶⁹ 2021/2098 (INI).

reumática y crónica. Además, le solicita que, previa consulta con los interlocutores sociales la transforme en una Directiva por la que se cree una lista mínima de enfermedades profesionales y se establezcan requisitos mínimos para su reconocimiento y una indemnización adecuada para las personas afectadas.

Pone de manifiesto también el problema relativo a la falta de datos estadísticos sobre la prevalencia de los problemas de salud mental en el lugar de trabajo, algo que dificulta las intervenciones. Por esto pide a los Estados miembros, a Eurostat, a las instituciones públicas, a los expertos, a los interlocutores sociales y a la comunidad investigadora que colaboren y recopilen datos actualizados sobre los riesgos relacionados con el trabajo para los problemas de salud mental y sus efectos negativos, desglosados por género y otros aspectos pertinentes, así como datos sobre la eficacia de los distintos tipos de intervenciones con el fin de promover una mejor salud mental en el lugar de trabajo.

Como cabía esperar, la actuación de la Comisión se ha quedado en una Recomendación, como justifica el propio texto en el principio de subsidiariedad y la competencia de los Estados miembros, a quienes corresponde fijar por sí mismos los criterios para el reconocimiento de cada enfermedad profesional conforme a su legislación y sus prácticas nacionales vigentes (art. 2). Como valoración de conjunto, la Recomendación (UE) 2022/2337 de la Comisión de 28 de noviembre de 2022 es bastante tibia en su respuesta a los problemas planteados. En modo alguno introduce un enfoque de género ni aspectos concretos en relación con actividades propias de las mujeres. A efectos de datos estadísticos y a fin de poder unificarlos a escala europea se insta a los Estados a que faciliten la información indicando los datos sobre el sexo de quien sufre la enfermedad (art. 1.5). En el anexo I incluye determinadas patologías ya bien conocidas causadas por agentes físicos, sin grandes innovaciones (enfermedades osteoarticulares de manos y muñecas producidas por vibraciones, determinadas bursitis, lesiones por sobreesfuerzo de las inserciones musculares y peritendinosas o el síndrome del túnel carpiano).

En relación con los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo, que ni siquiera figuran en modo alguno en el anexo II, se limita a recordar a los Estados miembros que promuevan la investigación (art. 1.7) en unos términos idénticos a los que figuraban en la Recomendación sustituida. De la comparación entre ambos documentos deriva que los cambios son más bien escasos, los avances prácticamente inexistentes, más allá de la inclusión explícita de la Covid-19 como enfermedad profesional en el ámbito sanitario y asistencial o, en un contexto de pandemia, en sectores en los que se ha producido un brote en actividades con un riesgo

de infección demostrado.

También plantea el MESST revisar los valores límite actuales de determinadas sustancias peligrosas utilizadas en sectores existentes y emergentes, en especial para el plomo, el amianto⁷⁰ o establecerlos para el cobalto. En este contexto, no debería desaprovecharse la ocasión para introducir la perspectiva de género en la evaluación y adopción de medidas concretas, pues los contaminantes no se absorben, metabolizan ni eliminan igual por los hombres y las mujeres.

4.3. El enfoque de género en la Estrategia española de Seguridad y Salud en el Trabajo

La reciente [Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo \(EESST\) 2023-2027](#) recoge el testigo y afirma rotundamente que se integrará la perspectiva de género en la gestión de la prevención (objetivo estratégico 5) y también en las actividades formativas y en las actuaciones de la ITSS, en particular en la realización de funciones de asistencia técnica sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género, con carácter transversal, en las políticas de las empresas (objetivo 4, línea 3). De manera algo más específica, propone seguir profundizando en el análisis de los riesgos y en la adopción de medidas que mejoren las condiciones de seguridad y salud en el sector sociosanitario y asistencial teniendo en cuenta la perspectiva de género (objetivo 4).

El objetivo 5 apunta a la necesidad de visibilizar riesgos que pudieran no valorarse suficientemente e incluso no ser tenidos en cuenta, tanto en actividades feminizadas como masculinizadas. Se muestra consciente de las diferencias que se aprecian desagregando los datos por género, pero también de que se ha avanzado poco en el conocimiento de las causas que los motivan (diferencia de roles en cuanto a la asignación de puestos de trabajo, mayor o menor concienciación sobre los riesgos, factores biológicos, desequilibrios en el trabajo doméstico, etc.). Además, propone el estudio de las enfermedades de origen profesional de las personas trabajadoras autónomas... teniendo en cuenta la perspectiva de género. En el caso de

⁷⁰ Para este agente seguramente es precisa una mayor investigación en clave de género, desterrando el patrón masculino como único posible, pues, aunque más del 90% de los casos declarados son varones, conviene volver también la mirada a sectores feminizados, algo olvidados e invisibilizados, fuera de la lista, donde se inhalan fibras de amianto. *Vid.* M.F. GONZÁLEZ GÓMEZ, *Actividades feminizadas y el amianto: los hallazgos "casuales"*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, n. 223; también J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 38.

las mujeres, se prestará especial atención a las enfermedades sufridas con motivo de la exposición a doble presencia en el trabajo. Igualmente, se tendrán en consideración las enfermedades derivadas de la exposición a riesgos psicosociales, fomentando acciones de formación e información (objetivo 4, línea 2).

En lo que respecta a la intervención legislativa, se anuncia la actualización del marco normativo para incorporar la perspectiva de género en las actuaciones preventivas, promoviendo la eliminación de desigualdades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas públicas y determinadas acciones de promoción e impulso de acciones sobre los riesgos específicos de género, con especial atención a las actividades feminizadas y de sensibilización de que esta integración sea real y eficaz. Entre otros cambios normativos en la LPRL, el RSP o la adopción de la Recomendación OIT R206 sobre acoso y violencia en el trabajo, se reitera la intención ya analizada de revisar y actualizar el cuadro de enfermedades profesionales para incorporar la perspectiva de género. Y en general, la mejora de la protección de las mujeres trabajadoras, especialmente en los sectores feminizados (objetivo 5, línea 1).

Lo que resulta necesario, sin ninguna duda, es saltar de las grandes declaraciones institucionales a las medidas específicas y concretas que hagan realidad la integración del enfoque de género en el terreno de las enfermedades profesionales, tanto en el plano netamente preventivo como de su reconocimiento y calificación a efectos de asistencia sanitaria, reparadores e indemnizatorios, en su caso.

5. Sucinta referencia al papel del Convenio colectivo

Si bien es cierto que la cuestión relativa a la calificación de la enfermedad profesional y su inclusión en la lista de enfermedades profesionales es de orden público laboral y, por ende, vetado a la negociación colectiva, cabría esperar de ésta una mayor sensibilidad al género en cuestiones atinentes a su evitación y prevención. La EESST 2023-2027 afirma la necesidad de potenciar la negociación colectiva para la integración de la prevención en las empresas y la implicación de empresarios y personas trabajadoras en el cumplimiento responsable de sus obligaciones preventivas y, entre otras cuestiones, recomienda la inclusión en la negociación de orientaciones que desarrollen materias relevantes en esta Estrategia, entre las que incluye la perspectiva de género (objetivo 6, línea 6). Sin necesidad de insistir en esta cuestión, de vital importancia, sí haré alguna consideración específica sobre los aportes a realizar en orden a la vigilancia de la salud que, como es bien

sabido, tiene un efecto trascendental en el terreno de la detección precoz de determinadas enfermedades.

En este sentido, el convenio, aparte de dedicar una mayor atención a riesgos específicos para las trabajadoras en sectores o actividades altamente feminizados, como los musculoesqueléticos⁷¹, ergonómicos o psicosociales para incluirlos en las preceptivas evaluaciones y adoptar medidas preventivas adecuadas, al afrontar la vigilancia de la salud podría incluir pruebas diferenciadas para trabajadores de uno u otro sexo. Los avances en este terreno, sin embargo, presentan aún bastantes carencias. En realidad, esta distinción se halla más presente en regulaciones sobre reconocimientos genéricos que pueden o no acompañar a los específicos impuestos por el art. 22 LPRL. De esta forma no es infrecuente la previsión de pruebas voluntarias diferenciadas, en especial ginecológicas para las mujeres y para la detección de problemas prostáticos para los varones.

En general, algunos Convenios al menos consideran la aplicación de la perspectiva de género a la evaluación de riesgos y la actividad preventiva⁷². De especial trascendencia es la extensión de la inclusión del enfoque de género en la vigilancia específica, pues los datos de siniestralidad arrojan claros perfiles diferenciados y una notoria distancia en la incidencia de determinadas patologías según el sexo⁷³. Así, el CC del sector seguros establece que «las empresas incluirán en la prevención de riesgos laborales la perspectiva de género, dotando a las evaluaciones de riesgos e informes de siniestralidad de información específica para cada sexo, con reconocimientos médicos con pruebas diferenciadas en función de los riesgos laborales de uno y otro sexo»⁷⁴.

Sería deseable la expansión de este tipo de cláusulas y que los Convenios

⁷¹ Así por ejemplo reconoce la mayor incidencia en las mujeres (colectivo mayoritario), estableciendo pautas y protocolo específico para vigilancia de la salud, plan específico de prevención, programa formativo (manipulación de cargas, posturas forzadas, trabajo en altura y a bajas temperaturas) el CC de Eroski. Alusión a la perspectiva de género en la Evaluación de Riesgos contemplada también en el CC de Mercadona.

⁷² IV CC estatal de la Industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal. *Vid.* también el art. 70 del XX CC de la Industria Química que aboga por tener en cuenta la perspectiva de género en PRL, por la diferente exposición para hombres y mujeres.

⁷³ Preferiblemente en aspectos centrados en las pruebas concretas en función de los riesgos inherentes al trabajo. Ello no obsta que las empresas ofrezcan pruebas específicas de corte más general, como marcadores PSA en el caso de los varones (art. 39, X Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias) o ginecológicas para las mujeres (art. 59, con importe máximo de 150 € al año, reembolsables previa presentación de la factura, CC del Grupo Nortegás). Ambos tipos de pruebas en el art. 29.2 (vigilancia de la salud) del CC de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles.

⁷⁴ CC general de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (art. 79.4).

empresan actuaciones capaces de lograr que la perspectiva de género sea una realidad en el abordaje de la salud laboral en las empresas.

6. Bibliografía

AGRA VIFORCOS B. (2021), *Riesgos laborales en una ocupación altamente feminizada: atención sanitaria y socio asistencial en residencias de la tercera edad*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 758-779

ARENAS GÓMEZ M. (2020), *Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres?. Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas en mujeres*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 449-450, pp. 115-124

ARETA MARTÍNEZ M. (2020), *La lista numerus apertus de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

AYALA DEL PINO C. (2022), *La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 1-33

BLASCO JOVER C. (2022), *Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Labos*, n. 3, pp. 130-152

CAMPOS J., RONDA-PÉREZ E., ROEL J.M., GARCÍA-GÓMEZ M., MAQUEDA J., LÓPEZ-JACOB M.J., IVORRA L.M. (2009), *Una visión de género a los protocolos de vigilancia sanitaria de la población trabajadora*, en *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, n. 3, pp. 116-123

CASTRO TRANCÓN N. (2020), *Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales en clave de género*, en *Lan Harremanak*, n. 44, pp. 278-308

CONTRERAS HERNÁNDEZ O. (2020), *La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

DESDENTADO BONETE A. (1999), *Art. 116. Concepto de enfermedad profesional*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares

EU-OSHA (2013), *New risks and trends in the safety and health of women at work. European Risk Observatory. Literature review*

GARCÍA GONZÁLEZ G. (2022), *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson

- GARCÍA GONZÁLEZ G. (2021), *El síndrome del trabajador quemado (o burnout): dimensión jurídica, laboral, preventiva y de Seguridad Social*, Aranzadi
- GARCÍA RUIZ M.P. (2023), [Justicia, género e imparcialidad judicial](#), en [elderecho.com](#), 3 enero
- GARRIGUES JIMÉNEZ A. (2021), *La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión – o no – de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.P. RIVAS VALLEJO, M.N. MORENO VIDA, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi, tomo II
- GARRIGUES JIMÉNEZ A. (2017), *Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 8, pp. 763-785
- GAYOSO DOLDÁN M., RODRÍGUEZ TUPAYACHI S., FERNÁNDEZ FELIPE M.C., CANTOS M.L.C. (2015), *Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, n. 238, pp. 4-17
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2019), *Los riesgos psicosociales de la mujer, trabajadora e inmigrante: la discriminación múltiple a considerar en el entorno laboral*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 50, pp. 41-62
- GONZÁLEZ GÓMEZ M.F. (2011), *Actividades feminizadas y el amianto: los ballazgos “casuales”*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, n. 223, pp. 115-119
- GONZÁLEZ GÓMEZ M.F. (2011), *Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, supl. 1, pp. 89-114
- GRAU PINEDA C. (2017), *Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 408, pp. 23-58
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2007), *La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales*, en *Actualidad Laboral*, n. 22, pp. 2692-2705
- INSST (2023), [Seguridad y salud en el trabajo. Estrategia Española 2023-2027](#), Ministerio de Trabajo y Economía Social
- JIMÉNEZ HIDALGO A. (2019), *Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?*, en *Jurisdicción Social*, n. 197, pp. 24-51
- LEGUA RODRIGO M.C. (2022), *La enfermedad profesional. Análisis doctrinal, jurisprudencial del RD 1299/2006 y su clasificación por actividades*, Bomarzo
- LEGUA RODRIGO M.C. (2019), *Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 20, pp. 71-89

LÓPEZ GANDÍA J. (2003), *Artículo 116, Concepto de enfermedad profesional*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi

LOUSADA AROCHENA J.F. (2021), *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Bomarzo

MARTÍN HERNÁNDEZ M.L. (2010), *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: la obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras*, en *Lan Harremanak*, n. 23, pp. 21-39

MARTÍNEZ YÁÑEZ N.M. (2021), *Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 155-189

MOLINA NAVARRETE C. (2022), *La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacidad laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 466, pp. 233-249

MORENO CÁLIZ S. (2001), *Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional*, en *Tribuna Social*, n. 131, pp. 46-66

MORENO SOLANA A. (2018), *Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 149-170

NIETO ROJAS P. (2019), *La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical*, en *Femeris*, n. 2, pp. 70-104

OIT (2015), *La dimensión de género: integración de las políticas de género en salud laboral*, en www.ilo.org, 16 marzo

ORTEGA BALANZA M. (2022), *Aproximación jurídica a los conceptos implicados: perspectiva de género, igualdad y discriminación*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi

PAYÁ CASTILBLANQUE R., CALVO PALOMARES R. (2020), *Sistemas de prevención y protección en el orden social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*, Aranzadi

PÉREZ CAMPOS A.I. (2021), *La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales*, en *Annuario Jurídico y Económico Escorialense*, n. LIV, pp. 119-146

PÉREZ CAMPOS A.I. (2020), *Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

POQUET CATALÁ R. (2020), *El actual sistema de calificación de enfermedades profesionales, ¿hacia un nuevo modelo?*, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, tomo I

POYATOS I MATAS G. (2022), [Acoso sexual, prescripción y justicia de género. A propósito de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 10 de febrero de 2022 \(rec. 1481/2021\)](#), en CEF – *Laboral Social*, marzo, pp. 1-7

QUINTERO LIMA M.G. (2022), *Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones del trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 120-140

RIVAS VALLEJO P. (2008), *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. extra. 78, pp. 227-286

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2022), *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2022), *Plus de peligrosidad, evaluación de personas dependientes y enfermas mentales en sus domicilios y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 467, pp. 241-249

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2021), *La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, en *Trabajo y Derecho*, n. 76, pp. 1-6

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (1995), *Las enfermedades del trabajo*, en *Relaciones Laborales*, n. 2, pp. 21-33

ROMERAL HERNÁNDEZ J. (2022), *Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 2, pp. 31-57

RUIZ SANTAMARÍA J.M. (2020), [Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 4, pp. 319-357

SCHNEIDER E. (ed.) (2011), *Risks and Trends in the Safety and Health of Women at Work. European Risk Observatory. A summary of an Agency report*, EU-OSHA

SEMPERE NAVARRO A.V. (2001), *La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 71-82

SIERRA HERNÁNDEZ E. (2017), *Igualdad de género y prevención de riesgos laborales: nuevas propuestas para la negociación colectiva*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, Universidad Carlos III de Madrid

VALLEJO DA COSTA R. (2019), *Salud laboral, igualdad y mujer*, Bomarzo

- VEGA MARTÍNEZ S. (2004), *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, NTP INSHT, n. 658
- VEGA MARTÍNEZ S. (2004), *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, NTP INSHT, n. 657
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ M.P. (2019), *Riesgos psicosociales e igualdad. La progresiva tendencia hacia la integración de ambas políticas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 433, pp. 131 152
- VOGEL L. (2015), [*Desigualdad de género y enfermedades profesionales en Bélgica*](#), en [*Laboreal, n. 2*](#)
- VOGEL L. (2006), [*La salud de la mujer trabajadora en Europa. Desigualdades no reconocidas*](#), ISTAS

Derecho a trabajar “sin dolor”: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero*

Belén del Mar LÓPEZ INSUA**

RESUMEN: Una de las prestaciones más reformadas y desnaturalizadas ha sido, sin duda, la incapacidad temporal y ello es porque la misma se ha ido restringiendo y endureciendo ante la sospecha generalizada de “fraude” a la Seguridad Social. Lo que, al término, ha determinado que la misma no cumpla con sus cometidos originales. Empero, en el año 2023, esta prestación ha comenzado a modernizarse y actualizarse, llegando incluso a albergar nuevas situaciones que – hasta ahora – quedaban desprotegidas. En efecto, tras la aprobación de la LO 1/2023, se recogen ahora como situaciones “especiales” de incapacidad temporal las siguientes: el síndrome menstrual secundario, la situación posterior a la interrupción del embarazo, voluntaria o no y el embarazo llegado la semana trigésima novena de gestación. A lo largo de este trabajo no sólo se trata de ofrecer un análisis pormenorizado de cada una de estas figuras, sino lo que es más importante, se hace desde el punto de vista crítico y de propuesta de “*lege ferenda*”.

Palabras clave: Incapacidad temporal, embarazo, menstruación, contingencias comunes e interrupción.

SUMARIO: 1. La incapacidad temporal: una prestación sujeta a constantes modificaciones legislativas. 2. El debate en torno a la prestación por incapacidad temporal: especial referencia a la perspectiva de género. 2.1. La protección social de la mujer trabajadora ante las situaciones de necesidad: un breve repaso histórico a los distintos “olvidos” legislativos. 2.2. Estudio a la LO 1/2023. 2.2.1. La menstruación incapacitante secundaria como causa de IT. 2.2.2. La interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras resulte incapacitante. 2.2.3. La protección de la mujer trabajadora durante la semana trigésima novena de embarazo. 3. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D+i *Los sistemas de protección Social ante la incidencia de la disrupción digital*, PID2020-115701RB-I00. Proyecto concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (2021-2023). Y, de igual, en el PIBD (22-84) *Género y Seguridad Social: un feedback en clave práctica*.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España); Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

Right to Work ‘Without Pain’: the Female Face of Temporary Disability after Organic Act No. 1/2023, of 28 February

ABSTRACT: One of the most reformed and distorted benefits has undoubtedly been temporary incapacity and this is because not only does it not fulfil, sometimes, its original tasks, but also because of the restrictive character that, over time has shown and toughened the legislator on suspicion of ‘possible fraud’. However, in 2023, this service began to be modernized and updated, even going so far as to accommodate new situations that until now were unprotected. In effect, following the adoption of Organic Act No. 1/2023, the following are now included as ‘special’ situations of temporary incapacity: secondary menstrual syndrome, the post-abortion situation, voluntary or not and the pregnancy arrived the thirty-ninth week of gestation. In the course of this work, not only has an attempt been made to offer a detailed analysis of each of the figures, but what is more important, has been done critically and with ‘*lege ferenda*’ proposals.

Key Words: Temporary disability, pregnancy, menstruation, common contingencies and interruption.

1. La incapacidad temporal: una prestación sujeta a constantes modificaciones legislativas

La incapacidad temporal (IT) constituye una de las prestaciones más problemáticas e importantes en el sistema de Seguridad Social. Tal es así que, desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que la han acontecido no ha dudado, en ningún momento, de complicar, si cabía aún más, la panorámica existente. Ello ha llegado al extremo de convertir a esta contingencia en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación. Es cierto que gran parte de la problemática que arrastra continúa aún vigente, quizás porque las reformas legislativas fueron insuficientes, carecieron del necesario desarrollo reglamentario y singularmente no han sido objeto de replanteamiento en el sentido de corregir o completar las insuficiencias originarias¹.

Se pone de relieve en todas estas modificaciones normativas esa obsesión del legislador por controlar las situaciones de “fraude” y, por consiguiente, de “absentismo injustificado en las empresas”. De ahí que, una y otra vez, modifique los parámetros ya marcados ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar todo este engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social. Olvidando así la finalidad primordial por la que nace esta prestación, esto es, la protección de las situaciones de necesidad provenientes de los procesos por incapacidad temporal. El núcleo de la institución de la incapacidad temporal es servir a una determinada finalidad protectora².

Cabe decir también que otras de las razones que han motivado a operar estas incesantes transformaciones en la prestación de la incapacidad temporal, ha sido la necesidad de contener las partidas económicas que alimentan al sistema social. Y es que se piensa, que el motivo que ha originado estas importantes pérdidas presupuestarias, lo constituyen, sin lugar a dudas y nuevamente, el uso fraudulento de los procesos de baja.

Algunas de las reformas legislativas más importantes han sido, en primer lugar, aquellas referidas a la dinámica de la protección del derecho “nacimiento, duración y extinción”. Se trata éste de un punto muy conflictivo que refleja, claramente, esa lucha encarnizada entre la sociedad y el legislador. Siendo, de hecho, aquí en donde más han incidido las diversas reformas legislativas, en concreto, la Ley 22/2013, de 23 de

¹ B.M. LÓPEZ INSUA, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Comares, 2014.

² B.M. LÓPEZ INSUA, *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Comares, 2015.

diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, el RD 535/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de baja por incapacidad temporal en los primeros 365 días, la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y, en el año 2023, destacan varias reformas:

- a. el RD 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el conocido RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración;
- b. la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que desarrolla el RD 625/2014 y que, se ha visto recientemente modificado, gracias a la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero;
- c. la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo;
- d. el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

El debate en torno al establecimiento de un sistema de protección o de incremento de las medidas de control ha constituido base o causa raíz para el surgimiento esta acalorada disputa en sede doctrinal y jurisprudencial. A pesar de lo esfuerzo y, en contra de todo pronóstico, el legislador español parece que ha inclinado la balanza a favor de un sistema poco garantista y proteccionista de las situaciones de baja que ocasionan una incapacidad temporal. De nuevo la sombra del fraude merodea incansable en la cabeza del legislador, por lo que a fin de evitar abusos o situaciones de absentismo injustificado concede al Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero también a las Mutuas un incremento de las competencias en materia de control de la incapacidad temporal³.

Aparte de lo hasta ahora expuesto, debe tenerse en cuenta que la incapacidad temporal puede ser considerada una institución poliédrica en la que confluyen tres niveles normativos distintos: el de la asistencia sanitaria, el de la suspensión de la relación laboral y, por último, el de la prestación económica de Seguridad Social. La encrucijada que marcan estos tres

³ B.M. LÓPEZ INSUA, *La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia o ajena: aspectos laborales y de Seguridad Social*, en *Justicia Laboral*, 2012, n. 52.

elementos base se ve complicada con la aparición de la asistencia sanitaria. Y es que la existencia del subsidio de Seguridad Social y el mantenimiento de la interrupción del contrato de trabajo viene determinada por el control ejercido por la atención médica. Algo esencial y connatural a la prestación por incapacidad temporal.

No es singular entonces que una moneda tenga dos caras que deban tratarse una cada vez, pues del mismo modo se comprueba como de facto este ámbito se disocia en un plano financiero y otro sanitario. Así pues, de una parte, aparecen diversos agentes que se encargan del pago de esta prestación: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las Mutuas y las empresas que voluntariamente decidan colaborar en la gestión. Y, de otra parte, se presentan los organismos a los que compete la vertiente digamos hipocrática de las dolencias: el Servicio Público de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades y, por supuesto, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Nótese entonces que el Instituto Nacional de la Seguridad Social está incluido en ambas relaciones, lo que en sí mismo puede interpretarse como un contrasentido con respecto a los márgenes que delimitan la dicotomía médico-financiera. Lo cierto es que esta institución pertenece propiamente dicha al campo gestor de la prestación, más por motivos para algunos inciertos y para otra clara semilla de la desconfianza pura y dura hacia los profesionales sanitarios, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha invadido el terreno sanitario de forma abrupta al crear un órgano subordinado a él cuyas funciones se solapan con las del Servicio Público de Salud. Usando al Equipo de Valoración de Incapacidades como pretexto para monitorizar el seguimiento de altas y bajas en los procesos intercurrentes de Incapacidad Temporal el Instituto Nacional de la Seguridad Social se ha apropiado de competencias que no sólo no le corresponden, sino que para las cuales no tiene formación científica especializada en materia laboral alguna que respalde sus pretensiones.

El conflicto abierto de intereses entre ambas entidades ocasiona en la práctica ingentes problemas de difícil solución que generan un debate sin visos de concluir a medio plazo. Es por ello que las vías jurisprudenciales tienden a colapsarse ante la avalancha de demandas exigidas desde un lado y otro del contrapeso socio-laboral, lo que a la postre hace inevitable tener que recurrir a la tormenta de los diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudencial que se han sucedido un año tras otro en relación a la incapacidad temporal. Pero si la fachada del dilema no es fácil de leer, sus ramificaciones se convierten en una pesadilla legislativa salpicada por doquier de claroscuros normativos. Así pues, la manifiesta confusión jurídica que despierta la incapacidad temporal requiere del empleo de todas

las pistas plasmadas en los textos legales, hasta el punto de tener que auxiliarse con escritos que marcan su fecha varios años atrás a la promulgación de la actual Constitución Española.

Tras las últimas reformas normativas del año 2023, la prestación por IT no sólo parece modernizarse, sino que además incorpora una novedad importante y es la perspectiva de género. La doctrina científica ya se felicita por la incorporación de este cambio o giro en la posición del legislador, sobre todo, en lo que respecta a la digitalización de los partes médicos de baja, confirmación y alta del trabajador⁴, así como en la agilización de los mecanismos de gestión y control de la incapacidad temporal⁵. Empero, otra parte de la doctrina vislumbra una serie de problemas prácticos que recaen, principalmente, en las modificaciones que se introducen desde la óptica de la vertiente de género.

2. El debate en torno a la prestación por incapacidad temporal: especial referencia a la perspectiva de género

En el año 2023 se han publicado varias reformas legislativas que han afectado de lleno a la prestación por incapacidad temporal. El propósito del legislador parece que ha cambiado cualitativamente y es que, no se pretende ahora restringir tanto el derecho a la prestación por incapacidad temporal, sino más bien ampliar el abanico de causas que motivan la mentada prestación, al tiempo que se moderniza los engorrosos trámites burocráticos que ya venían sufriendo los trabajadores que disfrutaban de una incapacidad temporal⁶.

El legislador es consciente de que, a pesar de las reformas operadas en los últimos años, la prestación por IT mantiene aún ciertos tintes economicistas⁷ que llevan a una clara desnaturalización y descausalización de esta figura. Lo cual ha hecho activar las alarmas no sólo de la doctrina científica⁸, sino más aún, de la doctrina judicial.

⁴ B.M. LÓPEZ INSUA, *Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disruptiva digital*, pendiente de publicación en 2023.

⁵ Véase la modificación de los arts. 82.4.b, 169.1.b, 170 y 174 y de la DA 1ª.4 LGSS, así como la introducción de una nueva disposición transitoria trigésima séptima tras la publicación del RD-Ley 2/2023.

⁶ J.A. MALDONADO MOLINA, *El fin de la entrega del parte de baja por el trabajador a la empresa*, en www.transformaw.com/blog, 16 enero 2023.

⁷ B.M. LÓPEZ INSUA, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, cit.

⁸ Entre otros, *cf.* M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La incapacidad temporal y la maternidad*, en *Tribuna Social*, 1995, n. 53; C. FERNÁNDEZ PRATS, *La protección de la incapacidad temporal en el régimen*

En materia de género, la cuestión se vuelve algo más complicada y ello es porque, antiguamente, la prestación por incapacidad temporal englobaba a la maternidad⁹. Posteriormente, ambas figuras se desligaron para albergar su espacio propio, lo cual fue muy bien aceptado ya que no cabe confundir situaciones de necesidad. Por lo que, lógicamente, el tratamiento que habrá que darse para ambas contingencias deberá ser distinto. No obstante, conviene precisar y desarrollar cada uno de los aspectos conflictivos que toca ahora la LO 1/2023. Y es que, tras la aprobación de esta ley, la incapacidad temporal vuelve a tener cara de mujer. Y no sólo porque muchas de las bajas por incapacidad temporal que actualmente se producen estén representadas por mujeres, sino por la “especial” naturaleza o diseño que en materia de género ahora cobra esta prestación tras la inclusión de tres nuevas contingencias que, ciertamente, sólo pueden afectar a las personas trabajadoras del sexo femenino.

general de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2011; C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, *La incapacidad laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente*, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, 2017; J.I. GARCÍA NINET, *La prestación complementaria de la I.L.T., invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992*, en AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993; C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, n. 4; J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, 1988; B.M. LÓPEZ INSUA, *Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): Incapacidad para trabajar*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares, 2018; J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 177; J. MUÑOZ MOLINA, *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi, 2005; T. SALA FRANCO, *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch, 2005; J.L. TORTUERO PLAZA, *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, 1987; D. TOSCANI GIMÉNEZ, *La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos*, en *Capital Humano*, 2009, n. 235.

⁹ Ver la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, en su Base séptima enunciada bajo el título *Incapacidad Laboral Transitoria*. El concepto de lo que debía de entenderse por ILT no aparecía enunciado en esta ley, aunque si quedaban enumeradas en la Base séptima de la LBSS de 1963 las características correspondientes a esta contingencia: «Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) Los de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. b) Los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos de enfermedades profesionales. c) Los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad».

Sin embargo, antes de entrar en detalle a estudiar estos tres nuevos supuestos que se introducen en el art. 169 LGSS, conviene hacer un pequeño repaso histórico y evolutivo de las idas y venidas del legislador español en materia de género y protección social.

2.1. La protección social de la mujer trabajadora ante las situaciones de necesidad: un breve repaso histórico a los distintos “olvidos” legislativos

La protección pública de la mujer trabajadora constituye una de las preocupaciones centrales de la legislación laboral y de Seguridad Social y, en definitiva, del Derecho Social. Y lo ha sido así, como se sabe, desde los orígenes con las primeras normas sociolaborales, tanto en el ámbito internacional como en los Derechos nacionales, que han permitido establecer, dentro de una continua evolución, un estándar internacional de protección aportando un conjunto de garantías sociales de potencial proyección universalista. Ante todo, el centro de atención de la acción pública tiene que ser la tutela del interés de la mujer trabajadora (tanto en lo que respecta a la salud, como a su protección laboral y de Seguridad Social), pero, sin olvidar, que tras esa protección concurren también intereses de carácter social en una “sociedad del envejecimiento”. Las nuevas estructuras familiares y las formas de maternidad estando dando lugar a constantes modulaciones en el concepto de familia, que motivan una construcción social más allá del elemento primario de carácter biológico. De ahí que la realidad actual – la experiencia jurídico y social – muestre profundos cambios en los modelos de familia y en los modelos de regulación jurídica de esta “institución social”.

La respuesta del ordenamiento jurídico a esos cambios frecuentemente ha sido tardía, y por ello se ha creado una imagen artificial de una supuesta estabilidad del modelo de regulación cuando lo cierto es que los cambios se han venido produciendo – por exigencias de adaptación y de política del Derecho – sea por vía normativa o por vía de doctrina judicial (a impulso también de la doctrina científica). Cabría, pues, precisar que – como se verá después – el Derecho Social en su conjunto se ha venido *renovando, mejorando su tutela y adaptándose* a los nuevos modelos de familia y a las nuevas sensibilidades socio-culturales relativas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar... Y esa adaptación ha venido operándose tanto respecto a la protección laboral como la tutela dispensada por el sistema de Seguridad

Social y más ampliamente de protección social pública¹⁰.

En efecto, visto desde un enfoque tradicional, la maternidad – por ejemplo – ha sido entendida como un estado biológico diferenciador, que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela protectora tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social. Y es que, por lamentable que pueda ser, la maternidad ha sido durante largo tiempo equiparada a la enfermedad (formando así parte inescindible de la prestación por incapacidad temporal). Por otra parte, la protección concedida a la mujer quedaba impregnada por una determinada manera de entender el rol social de ésta como la persona que tenía atribuida la función subalterna y la responsabilidad del cuidado de los hijos y, en general, del hogar familiar. Aquí el Derecho Social asumía una función de reproducción jurídica e institucional de la realidad socio-cultural dominante en una sociedad patriarcal. Es así que la maternidad se ligaba, necesariamente, al cuidado de la familia atribuido en exclusiva o predominantemente a la mujer.

Es un hecho históricamente verificable que la Seguridad Social tradicional no estaba pensada para la protección de la mujer trabajadora, pues introducía grandes obstáculos para instrumentar una protección adecuada y efectiva de la mujer trabajadora. En la igualdad formal imperante en la construcción del sistema (en la perspectiva de género) se ocultaba la desigualdad realmente existente entre el desarrollo no equiparable de la vida laboral del hombre y de la mujer. Su resultado más visible y grave fue la exclusión práctica de la mujer de la tutela frente a determinados riesgos sociales. Y en esa misma perspectiva de los riesgos cubiertos cabe decir que, adicionalmente, los riesgos tradicionalmente objeto de cobertura por la Seguridad Social (y su antecedente en la previsión social como expresión de los seguros sociales evolucionados) no contemplaban *riesgos específicos* de la mujer trabajadora, como es el caso del riesgo durante el embarazo (incorporado tardíamente en virtud de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras) o el riesgo durante la lactancia natural (incluido, en fechas próximas, por parte de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹¹); ambos riesgos estrechamente vinculados

¹⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *Protección social de la maternidad: análisis jurídico crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora*, en R. MOYA AMADOR, C. SERRANO FALCÓN (coords.), *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016.

¹¹ La LO 3/2007 llevó a cabo una notable *intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social*. Y es que al tiempo que ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones otorgadas en caso de maternidad y de riesgo durante

a la prevención de riesgos laborales¹². Hasta hace poco no se preveían medidas que adaptaran los requisitos establecidos para tener derecho a las prestaciones al ciclo vital y de vida laboral de la mujer trabajadora (como sucede, por ejemplo, en el caso de las situaciones asimiladas al alta y los períodos cotizados y, asimismo, de cara al mantenimiento o conservación de las prestaciones por desempleo de la Seguridad Social cuando en el disfrute del subsidio de maternidad y se extinga el contrato de trabajo; art. 284.1 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social)¹³.

Es necesario realzar que el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer trabajadora ha exigido una larga evolución en la lucha por el Derecho que, como suele ocurrir, han sido en parte conquistados y en parte otorgados por el poder público. Así ha ocurrido desde la normativa internacional general (señaladamente en virtud de los Convenios de la OIT en materia de Seguridad Social) y por el Derecho Social Comunitario y la acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya efectividad en el espacio social europeo ha exigido todo un proceso de revisión y transposición de la normativa de la Unión bajo el control de constitucionalidad de los Tribunales Constitucionales existentes en los Estados miembros. Este desarrollo ha permitido, de un lado, centrar la atención sobre los riesgos específicos de la mujer trabajadora y, de otro, conferir legitimidad a las distintas medidas de acción positiva dirigidas hacia ella. Lo que comporta un reconocimiento de las diferencias existentes y de

el embarazo, ha incorporado en el ordenamiento jurídico de la protección social pública dos nuevos subsidios: el correspondiente al permiso por paternidad y el que se concede en supuestos de riesgo durante la lactancia natural; todo ello con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

¹² El art. 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) regula la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, estableciendo que «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 54. 1.d) del Estatuto de los Trabajadores». Por su parte, el art. 26, apartados 1 y 2, LPRL regula la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural. Véase la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia. *Cfr.*, al respecto, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2002; M.E. LÓPEZ RUBIA, *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Aranzadi, 2015, y la amplia bibliografía allí citada.

¹³ J.A. MALDONADO MOLINA, *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MONEREO ATIENZA (coords.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, 2010, pp. 445-446.

las necesidades de introducir medidas encaminadas hacia la compensación de las desigualdades por razón de sexo. De ahí la tendencia a la tutela de la mujer como parte de un colectivo o grupo de riesgo desde la perspectiva no sólo de la Seguridad Social, sino también desde el punto de vista del Derecho de la prevención de riesgos laborales, en cuyo marco se protege a la mujer trabajadora respecto a los riesgos derivados del trabajo. Por lo que se prevé así que el embarazo y la lactancia sean situaciones de riesgo para el hijo, el cual queda vinculado a las características del ambiente de trabajo donde se realiza la actividad laboral.

2.2. Estudio a la LO 1/2023

La LO 1/2023 sale publicada a fecha de 1º de marzo de 2023. No obstante, la entrada en vigor de este nuevo corpus normativo se dilata en el tiempo y no se producirá hasta el 1º de junio de 2023 (DF 17^a). Y ello es porque el legislador ha querido aquí hacer un aterrizaje suave que les permita a las empresas y entidades implicadas adaptarse, poco a poco, a los cambios introducidos.

Durante el proceso de elaboración de esta normativa se recibieron ya fuertes críticas por parte de los distintos partidos políticos debido a su carácter innovador, al tiempo que ambicioso. Ciertamente, se trata de una ley que crea nuevos derechos para las mujeres en materia de Seguridad Social y dentro de la lógica de lo que, algún sector doctrinal, ha llamado como el «derecho a trabajar sin dolor»¹⁴. Empero, llama la atención la posición que han mantenido algunos profesionales de la ciencia médica, en tanto que entienden que esta norma es muy limitada, al tiempo que parca en palabras.

Cabe recordar que ya la LPRL y – de igual modo – el RDL 8/2015 venían contemplando determinados aspectos de la salud de las mujeres, básicamente, en relación con los estados biológicos de embarazo, parto y postparto. Y es que, debido a su condición sexual, las mujeres sufren determinadas situaciones que merecen una especial protección. Algo que, por otra parte, se ha demorado mucho en regular debido a que el legislador no siempre ha adoptado una aptitud garantista y de salvaguarda de los derechos en juego.

El paso del tiempo y el reclamo de muchas mujeres por el reconocimiento de los distintos estados biológicos ha hecho mella, por lo que, tras la

¹⁴ A. GUAMÁN, *Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor*, en talcualdigital.com, 3 junio 2022.

publicación de la nueva LO 1/2023, se han recogido algunos estados biológicos que quedaban totalmente desprovistos de protección social. En concreto, se regulan ahora temas tales como la menstruación, la interrupción del embarazo o el acercamiento de la fecha del parto, situaciones todas ellas que pueden producir un trastorno en la salud que impida a las mujeres trabajar o trabajar con regularidad.

La LO 1/2023 pretende, entre otras cosas, romper con los esquemas anquilosados que pervivían en el ordenamiento español respecto a los estados biológicos de las mujeres y que, hasta ahora, quedaban desatendidos por completo, de ahí que amplíe el abanico de contingencias protegidas por la Seguridad Social. Se crean ahora, tres nuevos supuestos que serán considerados como de especial situación incapacitante a efectos laborales, algo que – la que suscribe este trabajo – le parece valorar, en algunos casos, positivamente y, en otros, muy negativamente. Afirma el legislador que tanto en el síndrome menstrual secundario, como en la situación posterior a la interrupción del embarazo, voluntaria o no y en el embarazo llegada la semana trigésima novena de gestación se produce – con mucha frecuencia – un sufrimiento y un dolor para las mujeres que les impiden el normal desarrollo de la prestación laboral, para lo cual habilita la cobertura sanitaria y económica por parte del sistema de la Seguridad social, siempre que se reciba asistencia sanitaria.

Cabe reseñar que el alcance y contenido de las nuevas disposiciones que recoge la LGSS afectará tanto a las trabajadoras del Régimen General de la Seguridad Social, como de los Regímenes Especiales, así como a ciertas actividades o sectores específicos.

Dado la complejidad de las tres nuevas causas “especiales” de incapacidad temporal, conviene analizarlas separadamente y críticamente.

2.2.1. La menstruación incapacitante secundaria como causa de IT

La LO 1/2023 modifica la letra *a* del art. 169.1 LGSS para reconocer, como causa de incapacidad temporal por contingencias comunes, la menstruación incapacitante secundaria (dismenorrea). A primera vista, surgen dudas en torno al concepto que utiliza el legislador, pues la LGSS no especifica que se entiende por “menstruación incapacitante secundaria”. Sin embargo, en la exposición de motivos de la LO 1/2023 se aclara este concepto al indicar que, podrán considerarse dismenorreas secundarias, aquellas asociadas a «patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos poliquísticos o dificultades en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo». Haciendo una interpretación literal del

precepto, entendemos que la causa de IT únicamente alberga las situaciones de dolor que pueden darse únicamente cuando se tiene la menstruación, pero no los días previos a que baje la regla o durante la ovulación (algo que ya critica la ciencia médica)¹⁵.

Otra duda que surge, a continuación, es la relativa al concepto de “dismenorrea”. A este respecto, la ciencia médica indica que la “dismenorrea secundaria” o la regla dolorosa (denominación común) es aquella que va empeorando con el tiempo y suele estar vinculada a una patología orgánica. Normalmente, este tipo de reglas se sufren durante los primeros años de la adolescencia de muchas mujeres jóvenes, llegando a aminorarse las molestias con el paso del tiempo e incluso con el uso de anticonceptivos y analgésicos o antiinflamatorios y calor local. La diferencia entre las reglas primarias y las secundarias es la relación o no con alguna patología de origen orgánico. En efecto, mientras que las primeras pueden tolerarse y no incapacitan para el desempeño de la actividad profesional, las segundas – por el contrario – sí podrían llegar a incapacitar temporalmente a la persona para el trabajo. Normalmente, la dismenorrea se presenta en mujeres que tienen algún tipo de predisposición familiar y un estilo de vida estresante. De igual modo, influye el hecho de ser fumador¹⁶.

La determinación del tipo de regla habrá de hacerse, por parte de la ciencia médica y en función del caso concreto, de ahí que el art. 2.6 de la LO 2/2010 indique que habrá de entenderse por menstruación incapacitante secundaria aquella «situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada».

Retomando los conceptos que empleaba la LO 2/2010, la nueva regulación crea un tipo “especial” de incapacidad temporal que no rompe con los esquemas que hasta ahora caracterizaban a esta prestación temporal, puesto que para que la regla dolorosa sea protegida como una contingencia común, la mujer deberá recibir “asistencia sanitaria” y, al mismo tiempo, verse imposibilitada para prestar su actividad laboral.

Ahora bien, ¿porqué cabe hablar de una situación “especial” por incapacidad temporal? Ello es porque, a diferencia de lo que ocurre en los casos de IT por contingencias comunes originadas por otras causas, en los supuestos de dismenorrea el subsidio se abona desde el primer día de la baja a cargo del sistema de Seguridad Social. No se exigen periodos mínimos de cotización previa, lo que en sí misma demuestra la gran sensibilidad y preocupación que el legislador ha establecido para estas situaciones. Y es

¹⁵ C.F. GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, O. ARMIJO SUÁREZ, *La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas*, en www.aedtss.com, 5 marzo 2023.

¹⁶ *Idem*.

que, a diferencia de las situaciones de IT por contingencias comunes, en donde las prestaciones se abonan a partir del cuarto día de baja y a cargo del empresario (quedando los tres primeros días sin cobertura alguna), cuando se trata de una IT por reglas dolorosas los costes serán cubiertos por el sistema público directamente desde el día uno quedando, por consiguiente, la empresa exenta.

De igual modo, la IT por regla dolorosa alberga otras diferencias que la hacen “especial”. Y es que, no se aplicará aquí el concepto de recaída que establece el apartado 2 del art. 169 LGSS («cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior»), sino que, a todos los efectos, cada proceso de IT por dismenorrea se considera nuevo a efectos de la duración máxima de la IT¹⁷. Por lo que, al término, la mujer afectada iniciará cada mes un nuevo proceso de IT por contingencias comunes.

Ahora bien, cabe criticar que al tratar la LO 1/2023 de proteger a las mujeres, permitiéndoles someterse a reiteradas bajas por IT por contingencias comunes, quizás, esté realmente provocando una exclusión y una discriminación laboral. Y es que, el hecho de que la mujer tenga que acogerse a una baja médica algunos días del mes, todos o casi todos los meses del año es una situación que, siendo realistas, no van a poder mantenerse por muchas empresas. Sobre todo, teniendo en cuenta que la dismenorrea no anula la capacidad laboral en todas las ocasiones, sino que podría solventarse quizás llevando a cabo una adaptación de las funciones, tiempo o carga de trabajo que realizan las afectadas¹⁸. Por lo que, entiendo que la normativa, por muy buenas intenciones que tenga, podrían aquí haber ampliado el abanico de soluciones y no contemplar la IT como única solución al problema, por ejemplo, podría haberse abierto la posibilidad a pactar (de manera individual o colectiva) una adaptación de la jornada y/o funciones, ateniendo a las circunstancias concretas de cada mujer. Incluso, prever el teletrabajo como solución durante los días de la menstruación a fin de facilitar que la mujer pueda estar más cómoda en la casa y su actividad laboral sea más sedentaria. Por supuesto, debe tenerse en cuenta cada actividad profesional, en concreto.

¹⁷ DF 3^a.2, LO 1/2023.

¹⁸ C.F. GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, O. ARMIJO SUÁREZ, *op. cit.*

2.2.2. La interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras resulte incapacitante

El art. 169.1.a LGSS indica que, igualmente, tendrá la consideración de situación especial de incapacidad temporal por contingencias aquellas que sean debidas a «la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales».

Se trata ésta de una nueva causa que fortalece el conjunto de causas que puede dar lugar a una incapacidad temporal. Ahora bien, en común con las bajas por reglas dolorosas tiene el hecho de que, durante la IT por interrupción del embarazo, continúa la obligación de cotizar (tras la modificación del apartado 4 del art. 144 LGSS) y que, el coste del subsidio correrá a cargo del sistema público de Seguridad Social. Empero, se diferencia de la anterior en que, el abono se hará a partir del día siguiente de la baja, debiendo el día uno abonar la empresa el salario íntegro (art. 173.1 LGSS).

La duración de la incapacidad temporal se extenderá mientras persista la situación incapacitante y, al igual que en las dismenorreas, no se exige periodo previo de cotización mínima. Por otra parte, cuando la causa de la interrupción del embarazo sea debida a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, entonces la incapacidad temporal será por contingencias profesionales, lo que en sí supone una mejora de la prestación (art. 169.1.a, segundo párrafo, LGSS).

En mi opinión, esta segunda causa de IT es la única que aparece bien definida y diferenciada respecto de otras situaciones que podrían dar lugar a una baja por interrupción del embarazo. En efecto, aquí, el legislador da un fuerte golpe en la mesa y recoge una nueva situación de IT que había quedado históricamente olvidada y que, con cierta frecuencia, se da en la praxis ordinaria. Me atrevería a decir que, esta causa, es la única (de las tres que nacen) que el legislador incluye medítadamente y con rigor jurídico.

2.2.3. La protección de la mujer trabajadora durante la semana trigésima novena de embarazo

Finalmente, se «considerará también como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de la gestación de la

mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena». A lo que, el art. 173.2 LGSS añade lo siguiente: «en la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse». En otras palabras, lo que el legislador indica ahora es que, podrá considerarse causa de IT el acercamiento de la fecha probable de parto, salvo cuando la mujer ya estuviera percibiendo una prestación por “riesgo durante el embarazo”, en cuyo caso el tránsito hacia la maternidad se hará desde esta última contingencia y no desde la IT.

Por otra parte, respecto al periodo de cotización, el artículo indica que únicamente se exigirá el periodo previo de cotización cuando se trata de una enfermedad común, pero no cuando se trata de un accidente de trabajo, una enfermedad común y una enfermedad profesional (art. 178.1.a LGSS). Sorprende, enormemente, este precepto en tanto que viene a reconocer como causa de IT algo que ya, en la práctica diaria, venía haciéndose por el personal sanitario ante la falta de cobertura del legislador para estas situaciones. Lógicamente, los facultativos médicos no alegaban la causa de embarazo “a término” para justificar una incapacidad temporal, sino que justificaban otras causas (a saber, problemas de espalda como la lumbalgia o la cervicalgia, etc.) para conceder a la mujer gestante una IT por contingencias comunes.

Ahora bien, lo más grave de esta precisión es el retroceso que la regulación de los derechos se concede. Y es que, recordemos que ya con la Ley de Bases del sistema de Seguridad Social el embarazo era equiparado a la IT, algo que realmente resultaba denigrante y que ha costado mucho superar. Una mujer embarazada no puede nunca ser considerada como una enferma, pese a las molestias e incomodidades que sufra, pues la capacidad laboral queda inalterada. Incluso, nos encontramos casos de mujeres que en la semana 40 de gestación se mantienen aún en sus puestos de trabajo, cumpliendo efectivamente sus funciones. Por esta razón, no se entiende cómo el legislador ha vuelto a equilibrar ambas situaciones. Se trata éste de un resquicio ya superado. Aparte, habrá que estar al caso concreto.

Opino que, toda medida política que se adopte para proteger a las mujeres debe ser bien recibida. Ahora bien, teniendo el legislador la posibilidad de mejorar esta situación, lo que no se entiende es como no ha albergado esta nueva causa “especial” dentro de la prestación por riesgo durante el embarazo y como una contingencia «especial por embarazo a término». Y, es más, incluso habría que haber ampliado el manto protector a la semana

treinta seis de embarazo que es cuando, realmente, la ciencia médica considera un embarazo a término. De nada sirve hablar ahora de la semana 39 de gestación, cuando ya en muchas empresas les concedía a las mujeres gestantes – por parte de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social – la baja por riesgo durante el embarazo entre la semana 37-38 de embarazo y siempre que el embarazo no sufra complicaciones anteriores. Creo que, en esta tercera causa (al igual que en la primera de las enumeradas, esto es, la referida a las reglas dolorosas), el legislador debería reflexionar más y dejarse asesorar por buenos profesionales jurídicos y de la ciencia médica.

3. Bibliografía

ÁLVAREZ DE LA ROSA M. (1995), *La incapacidad temporal y la maternidad*, en *Tribuna Social*, n. 53, pp. 7-18

FERNÁNDEZ PRATS C. (2011), *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED A C. (2017), *La incapacidad laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente*, en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum

GARCÍA NINET J.I. (1993), *La prestación complementaria de la I.L.T., invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992*, en AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch

GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C.F., ARMIGO SUÁREZ O. (2023), [La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas](#), en [www.aedtss.com](#), 5 marzo

GONZÁLEZ GONZÁLEZ C. (2019), *Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, pp. 1-30

GOÑI SEIN J.L. (1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas

GUAMÁN A. (2022), [Menstruación y trabajo: el derecho a trabajar sin dolor](#), en [talcualdigital.com](#), 3 junio

LÓPEZ INSUA B.M. (2023), *Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disruptiva digital*, pendiente de publicación

LÓPEZ INSUA B.M. (2018), *Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): Incapacidad para trabajar*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares

- LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2014), *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2012), *La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia o ajena: aspectos laborales y de Seguridad Social*, en *Justicia Laboral*, n. 52, pp. 31-49
- LÓPEZ RUBIA M.E. (2015), *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Aranzadi
- MALDONADO MOLINA J.A. (2023), [*El fin de la entrega del parte de baja por el trabajador a la empresa*](#), en www.transformav.com/blog, 16 enero
- MALDONADO MOLINA J.A. (2010), *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MONEREO ATIENZA (coords.), *Género y derechos fundamentales*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2016), *Protección social de la maternidad: análisis jurídico crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora*, en R. MOYA AMADOR, C. SERRANO FALCÓN (coords.), *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 177, pp. 27-72
- MUÑOZ MOLINA J. (2005), *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi
- SALA FRANCO T. (2005), *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (2002), *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi
- TORTUERO PLAZA J.L. (1987), *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid
- TOSCANI GIMÉNEZ D. (2009), *La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos*, en *Capital Humano*, n. 235, pp. 120-122

Los efectos disruptivos de la discriminación múltiple por razón de género: desde el acceso al empleo a la pensión de jubilación*

José Luis RUIZ SANTAMARÍA**

RESUMEN: Una revisión histórica sobre la evolución de la protección jurídica en igualdad y género, tanto a nivel nacional como internacional, nos desvela importantes y significativos avances. Ahora bien, pese a estos innegables progresos experimentados durante este periodo en esta materia en el ámbito de las relaciones laborales y de la seguridad social, lo cierto es que los resultados obtenidos no se corresponden con los esperados. Consiguientemente, los Estados y las instituciones internacionales tienen ante sí uno de los principales retos frente a la discriminación múltiple por razón de género en el ámbito socio-laboral, demandándose la incorporación, en sus diferentes proyectos legislativos, de una regulación que sea capaz de impedir, de manera eficiente, las brechas de género que aún subsisten en el mundo del trabajo.

Palabras clave: Igualdad de género, empleo, brecha de género, discriminación múltiple, pensión de jubilación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Radiografía del caso español en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. 2.1. Aproximación a los datos estadísticos. 2.1.1. La brecha laboral y su cuantificación. 2.1.2. Aspectos cuantitativos de la brecha salarial. 3. La discriminación múltiple en cascada: especial referencia al ámbito pensional. 3.1. Singularidades de la modalidad contributiva. 3.2. Modalidad no contributiva. 4. Soluciones y respuestas jurisprudenciales. 4.1. La perspectiva de género como nueva metodología de análisis jurisprudencial en el ámbito pensional. 4.2. El tratamiento de la discriminación directa por razón de género del TJUE. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este artículo está enmarcado en la actividad investigadora desarrollada por el Autor dentro del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre políticas de empleo, igualdad e inclusión social y en el Proyecto de Investigación perteneciente al II Plan Propio de Investigación y Transferencia, *El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (B1-2021-11), cuyo investigador principal es el profesor Miguel Ángel Gómez Salado. De igual forma, este estudio se encuadra en una estancia de investigación llevada a cabo en la Universidad de Granada (11 enero-12 abril 2023), bajo la dirección del profesor José Luis Monereo Pérez.

** Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

The Disruptive Effects of Multiple Discrimination Based on Gender: from Access to Employment to Retirement Pension

ABSTRACT: A historical review of the evolution of legal protection in equality and gender, both nationally and internationally, reveals important and significant advances. However, despite the undeniable progress experienced during this period in this matter in the field of labour relations and social security, the truth is that the results obtained do not correspond to those expected. Consequently, States and international institutions face one of the main challenges in the face of multiple discrimination based on gender in the socio-labour field, demanding the incorporation, in their different legislative projects, of a regulation that is capable of preventing, efficiently, the gender gaps that still exist in the world of work.

Key Words: Gender equality, employment, gender gap, multiple discrimination, retirement pension.

1. Introducción

Cuando estamos cercanos a culminar el primer cuarto del siglo XXI, y nos disponemos a realizar un balance sobre el amplio recorrido perpetrado por los distintos países e instituciones internacionales con respecto a los avances legislativos en igualdad y género, debemos aseverar que no existe duda sobre la constancia de dichos progresos en esta materia. Ahora bien, pese a las significativas mejoras experimentadas en este periodo en el ámbito de la igualdad de género enmarcadas en las relaciones laborales y de la seguridad social, lo cierto es que los resultados obtenidos no se corresponden con los esperados. Por este motivo, los Estados y las instituciones internacionales tienen ante sí uno de los principales retos frente a la discriminación por razón de género en el ámbito socio-laboral, demandándose la incorporación, en sus diferentes iniciativas y proyectos legislativos, de una regulación que sea capaz de impedir, de manera eficiente, las brechas de género que aún subsisten en la sociedad actual del trabajo. Pues es un hecho constatado que las desigualdades presentes en el ámbito laboral y salarial van a repercutir, en cascada y de manera perniciosa, en la determinación de las futuras pensiones de estas trabajadoras.

En coherencia con lo expuesto, y en base a una argumentación sólida sobre la que pretendemos sustentar nuestra investigación, abordamos un análisis crítico, acompañado de propuestas de mejora que ayuden a superar las carencias y brechas que, a través de los datos estadísticos disponibles, se detectan en la actualidad. El enfoque metodológico empleado, en justa concordancia con la doctrina más autorizada y para evitar los errores del pasado, no se limitará a llevar a cabo un análisis meramente formal – superficial o externo –, sino que se centrará en aquellos factores esenciales – de fondo o interno – que verdaderamente consolidan – e incluso agravan progresivamente – las brechas por razón de género en el sistema de pensiones español.

2. Radiografía del caso español en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales

No hay duda de que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo en España en las últimas décadas ha ido evolucionando de forma muy positiva. Ahora bien, pese a los avances experimentados en materia de igualdad y género en el terreno laboral, todavía queda un largo recorrido hacia la igualdad efectiva y real en los ámbitos conexos (*v.gr.* salarial, pensional, etc.). En efecto, como se ha puesto de manifiesto de forma

reiterada por la doctrina¹, las brechas de género están interrelacionadas entre sí, existiendo entre ellas una dependencia holística. Así, las que se producen en el ámbito laboral, repercuten en el salarial y, éstas, a su vez, en el pensional². Con el fin de poder aproximarnos mejor a la realidad actual, en los siguientes epígrafes se afrontará el examen de los datos estadísticos disponibles más significativos.

2.1. Aproximación a los datos estadísticos

2.1.1. La brecha laboral y su cuantificación

Con el fin de poder visibilizar las brechas de género en el mercado laboral español entre hombres y mujeres, en la reciente publicación *Empleo con perspectiva de género. Informe estadístico 2021-2022* del Observatorio de Igualdad y Empleo se incluyen los principales indicadores de empleo que son los siguientes:

- *datos de afiliación a la Seguridad Social*. Durante el año 2021 – y según consta en el MISSM, a enero de 2022³ – la afiliación a la Seguridad Social de los hombres ha sido muy superior al número de afiliaciones de mujeres. Del mismo modo que lo hacían las estadísticas a nivel general, los datos masculinos y femeninos aumentaron con los meses, de tal manera que el mes de enero ambos registraron el menor número de afiliaciones con 10.049.593 y 8.779.99. Aunque el número de afiliaciones de mujeres superó los 9.000.000 en el mes de junio, la brecha de género se mantuvo en valores similares a lo largo del año, registrando el pico más alto en el mes de julio registrándose un porcentaje del 7,37%;

¹ En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la clara situación de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres en materia pensional – especialmente en la modalidad de las pensiones contributiva del sistema de Seguridad Social – son consecuencia directa de las posiciones más desventajosas que ocupan las mujeres en el mercado laboral. *Cfr.* C. GRAU PINEDA, *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2020, p. 18.

² Ahora bien, siendo cierta esta aseveración sobre la existencia del nexo causal entre la brecha laboral y pensional, hay que tener muy presente que la brecha laboral no es el único factor determinante de la brecha pensional. Así lo ha expresado el profesor C. MOLINA NAVARRETE, *“Brechas de género” y sistema español de Seguridad Social: Balance crítico y algunas propuestas de corrección*, en *iQual*, 2020, n. 3, pp. 6-7, al afirmar que «el cierre de las “brechas de género laborales” será una *condición necesaria* para cerrar las “brechas de género en pensiones” pero ni una *condición suficiente*”, ni menos aún, una solución inmediata, actual, pues corregir los desequilibrios sexistas del mercado de trabajo están llevando su tiempo».

³ *Vid.* MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *La Seguridad Social suma 71.948 afiliados en enero*, en *revista.seg-social.es*, 2 febrero 2022.

- paro registrado.* Según consta en el SEPE, en El número total de personas registradas al paro durante el mes de enero de 2021 fue 3.964.353 personas paradas, mientras que en mes de diciembre se registraron 3.105.905 personas paradas, El número más bajo de personas paradas se produjo en el mes de diciembre, con un total de 3.105.905 personas registradas al paro. El mes de año con la cifra de personas paradas más elevadas fue el mes de febrero con 4.008.789 personas registradas al paro. El mes de febrero registró el número más elevado de mujeres paradas (2.304.779) y de hombres (1.707.010). El mes del año con el mejor registro de personas en el paro para ambos sexos, fue el mes de diciembre, con 1.823.032 mujeres en paro y 1.281.032 hombres en paro. Sin embargo, el mes donde se ha registrado una mayor diferencia entre ambos sexos, es decir, un mayor porcentaje de brecha, fue el mes de noviembre, alcanzando el 18,66%. Durante los meses de julio a noviembre, los datos de brecha superan la barrera del 18%. Los mejores registros se encuentran en los primeros meses del año, coincidiendo con los meses con mayor registro de personas en paro;
- tasa de actividad.* Según la EPA del INE, la tasa de actividad en España, durante los cuatro trimestres de 2021 se ha mantenido entre el 57% y el 59%. El primer trimestre del año registró una tasa de actividad del 57,69% y durante el último se registró una tasa de actividad del 58,65%. Sin embargo, los mejores datos se registraron en el tercer trimestre con una tasa de actividad del 59,16%. La segmentación de datos por sexo nos muestra que la tasa de actividad de los hombres es superior a la de las mujeres en todos los trimestres de 2021. La tasa de actividad de las mujeres se mantuvo entre el 52% y 54%, mientras que la de los hombres entre 62% y 64%. La tasa de actividad más elevada para los hombres se produjo en el tercer trimestre del 2021, registrándose un 64,31%. Los porcentajes correspondientes a la brecha de género de la tasa de actividad para este periodo, se ha mantenido en torno al 10%. Durante el tercer trimestre, se registró el mayor porcentaje de brecha, 10,08%, mientras que en el cuarto trimestre se registraba el mejor porcentaje de brecha del año, aunque continuaba alrededor de ese 10% (9,72%);
- tasa de paro.* Según la EPA del INE, durante el año 2021, la tasa de paro ha registrado valores entre un 13% y casi un 16%. Con el paso de los meses esta tasa ha ido disminuyendo, comenzaba l año con un 15,98% de tasa de paro y finalizaba el año con un 13,33%. Las tasas de paro desagregadas por sexo muestran que, durante el 2021, la tasa de paro femenina supera la tasa de paro masculina. Los datos de ambos sexos van en disminuyendo a lo largo del año. En el caso de las mujeres, la tasa de paro disminuye de 18,13% en el primer trimestre hasta un 115,04%

en el cuarto. En el caso de los hombres, los datos disminuyen de un 14,07% en el primer trimestre a un 11,79% en el cuarto. Estas diferencias generaron una brecha de género que osciló entorno al 3% y 4%. Del mismo modo que ocurría con los datos desagregados por sexo, la brecha fue disminuyendo con el paso de los meses. De esta forma, durante el primer cuatrimestre la brecha registrada fue del 4,06%, mientras que en el cuarto trimestre dicha brecha descendió hasta alcanzar un 3,25%;

- *brecha en las condiciones laborales, temporalidad como precariedad laboral.* Las altas tasas de temporalidad que caracterizan el mercado de trabajo español afectan de forma más significativa al empleo femenino alcanzando unas tasas de temporalidad aún mayores que en el caso del empleo Masculino. Por lo tanto, la brecha de género también está muy presente en indicadores de precariedad como el empleo temporal, que alcanza cifras del 28% para las mujeres frente al 23% en el caso de los hombres al cierre del año 2021, apreciándose en estas mediciones de la temporalidad una diferencia de 5 puntos de las mujeres con respecto a los hombres. También, y a través de los datos absolutos del conjunto de las personas trabajadoras peor retribuidas – y de manera especial a quienes trabajan a tiempo parcial – podemos apreciar el impacto de género, ya que de los 2.700.000 de personas contabilizadas, más de 2.000.000 son mujeres. Dichas cifras nos desvelan de nuevo la persistente e importante brecha de género en términos de parcialidad, con tasas que alcanzan el 22% en el empleo femenino frente al 6% en el masculino. Mediante la aprobación del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo se intentará reducir esta brecha de precariedad en el empleo motivada por la temporalidad.

2.1.2. Aspectos cuantitativos de la brecha salarial

Lamentablemente, año tras año los datos estadísticos siguen confirmando la existencia y persistencia de una brecha salarial entre hombres y mujeres que, pese a los esfuerzos realizados para su mejora, no se ha podido erradicar. Según consta en los últimos datos recabados al cierre del año 2021, la brecha salarial de género en España es del 24%. Por el trabajo asalariado, la diferencia entre la ganancia salarial media de hombres y mujeres fue de 5.252 euros mensuales. En este sentido, el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el preámbulo manifiesta que:

Esta situación de desigualdad, visible en la *brecha salarial* que no ha sido reducida en los últimos años, exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales. Un mayor retraso, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española. Más aún cuando las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas. Los nuevos puestos laborales que están siendo creados son, a su vez, los mejores remunerados; por ello, las políticas públicas de igualdad deben remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología.

Para intentar mejorar este escenario, se puso en marcha nuevas obligaciones para las empresas – entre otras – una mayor concreción en el desarrollo de la negociación de los planes de igualdad, concebidos como un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el registro salarial obligatorio, con información sobre los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extra-salariales. Otra norma que introduce novedades para atajar la brecha de género salarial es el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, mediante el cual se establece la obligación para las empresas que deban realizar un plan de igualdad – además de los registros retributivos –, de realizar una valoración de los puestos de trabajo y una auditoría salarial. De otra parte, se ha podido verificar que las mujeres siguen percibiendo por el mismo trabajo, una ganancia anual media inferior a la que reciben los hombres; en concreto un 24,22% inferior, si bien es cierto que la diferencia salarial se reduce en el último año casi un 9% respecto a la brecha constatada un año antes. En términos de ganancia media anual, las mujeres percibieron 21.682,02€ anuales, frente a los 26.934,38€ que percibieron los hombres, registrándose un incremento del 3,2% en la ganancia media de las mujeres en 2019 y un 0,7% en la de los hombres⁴.

⁴ Un estudio pormenorizado por sectores de actividad puede consultarse *in extenso* en CCOO, [Por la igualdad real, contra la brecha salarial](#), 2022.

3. La discriminación múltiple en cascada: especial referencia al ámbito pensional

Como se ha podido anticipar *supra*, en la actualidad las pensiones constituyen un claro referente de uno de los ámbitos más representativos del *welfare state*. Por este motivo, el estudio de la brecha de género pensional requiere una especial atención con el fin de poder adoptar los medios adecuados que permitan erradicar estas diferencias de trato injusto y, en definitiva, alcanzar la igualdad requerida. A continuación, se aborda el análisis de los datos referentes a la brecha pensional en sus diferentes modalidades.

3.1. Singularidades de la modalidad contributiva

A través de datos estadísticos más recientes y disponibles en el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSEM), podremos verificar y valorar la existencia de las correspondientes brechas en base a dos parámetros: el número de pensionistas de la correspondiente modalidad sesgado por sexos y las cuantías de las pensiones recibidas según el mismo sesgo.

En agosto de 2022, el gasto total de pensiones en España fue de 10.856.988,64 millones de euros, aumentando un porcentaje del +6,26% con respecto al mismo mes del año pasado⁵. De esta cantidad, 7.860.076,57 euros corresponden a las pensiones de jubilación, lo que suponen el mayor gasto acumulado, y 1.832.680,51 euros a las de viudedad.

También, y en agosto de 2022, el número total de pensionistas ha alcanzado la cifra de 9.015.379⁶, lo que representa una tasa interanual de +0,88% comparado con el mismo mes del año pasado. De esta cantidad, 4.578.929 corresponde a hombres y 4.436.407 a mujeres.

Tabla 1 – Cuantías mínimas de las pensiones contributivas, año 2022

| Tipologías | Con cónyuge a cargo | Con cónyuge no a cargo | Sin cónyuge |
|------------------------|---------------------|------------------------|-------------|
| Jubilación con 65 años | 12.467 € | 9.590 € | 10.103,80 € |

⁵ Sin embargo, la cifra total del gasto en pensiones supone una caída del 0,3% con respecto a abril, siendo el primer retroceso mensual de la serie histórica.

⁶ Téngase en cuenta que el número de personas ocupadas en esa fecha ha sido de 20.468.000.

| | | | |
|---|-------------|------------|-------------|
| Jubilación menor de 65 años | 11.688,60 € | 8.934,80 € | 9.452,80 € |
| Viudedad/Titular con cargas familiares | / | / | 11.688,60 € |
| Viudedad/Titular con 65 años o con discapacidad igual o mayor a 65% | / | / | 10.103,80 € |
| Viudedad/Titular de 60 a 64 años | / | / | 9.452,80 € |
| Viudedad/Titular menor de 60 años | / | / | 7.655,20 € |

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [La Seguridad Social suma 71.948 afiliados en enero](#), en [revista.seg-social.es](#), 2 febrero 2022

En relación a la cuantía de la pensión y su distribución por sexos, la pensión media de los hombres en agosto de 2022 fue de 1.320,38 euros; en el caso de las mujeres, ascendió a la cifra de 883,05 euros. La pensión media de las mujeres solo supera a la de los hombres en el caso de la pensión de viudedad. De media, las mujeres recibieron 800,72 euros en agosto de 2022 frente a los 548,43 euros que obtuvieron los hombres. En el resto de tipos de pensiones, los hombres reciben mayor cuantía de media. En conclusión, a partir de los últimos datos disponibles – agosto de 2022 – y respecto a la cuantía de las pensiones medias, las mujeres cobran el 66.8% de lo que perciben los hombres; o lo que es lo mismo, hay una brecha pensional del 33.2%.

3.2. Modalidad no contributiva

Con carácter previo, debe advertirse que la financiación de las pensiones no contributivas (PNC) se financian a través de aportaciones del Presupuesto del Estado al de la Seguridad Social, figurando el crédito en el Presupuesto de gastos y dotaciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Su abono se realizará a través de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)⁷. Con carácter general, mediante la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y otras normas complementarias, se ha establecido que la cuantía de las PNC son las que se indican en la siguiente tabla.

⁷ Excepto en las Comunidades Autónomas de Navarra y el País Vasco.

Tabla 2 – Cuantías básicas de las pensiones no contributivas, año 2022

| Cuantía | Anual | Mensual |
|--|------------|----------|
| Íntegra | 5.899,60 € | 421,40 € |
| Mínima 25% | 1.474,90 € | 105,35 € |
| Íntegra + incremento 50% | 8.849,40 € | 632,10 € |
| Cuantía individual cuando convivan 2 beneficiarios misma familia | 5.014,66 € | 358,19 € |
| Cuantía individual cuando convivan 3 beneficiarios misma familia | 4.719,68 € | 337,12 € |

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en IMSERSO, [Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de las prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad a diciembre 2021, 2022](#)⁸

Según el último informe disponible del IMSERSO – diciembre de 2021 – respecto a la distribución por sexos del perceptor de la PNC, registrándose 159.091 hombres y 284.235 mujeres; lo que infiere un claro predominio de las mujeres que representan un porcentaje del 64,11%, frente al 35,89% de los hombres. Una vez más, estos datos corroboran la situación de desventaja que sufren las mujeres, pues como se pone de manifiesto por parte del IMSERSO: «El beneficiario tipo de una pensión no contributiva se corresponde con el de una mujer española casada, aunque globalmente el número de pensionistas solteros es superior, que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas»⁹. De la propia naturaleza de la PNC – que se establece y mantiene por los poderes públicos con el fin de cubrir situaciones de necesidad protegible de aquellas personas que no pueden acceder a otras prestaciones – se deriva la clara posición de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres, al duplicar prácticamente el número de perceptores con respecto a los hombres.

⁸ Se informa que la fuente de información de los datos facilitados por el Área de Prestaciones Económicas de la Subdirección General de Gestión del IMSERSO, procede de las Comunidades Autónomas gestoras de estas pensiones con las que el actual Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 mantiene convenios de colaboración y las Direcciones Territoriales del IMSERSO de Ceuta y de Melilla en las que se mantiene la gestión directa, así como de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y del Área de Informática del IMSERSO.

⁹ Vid. IMSERSO, [Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de las prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad a diciembre 2021, 2022](#).

4. Soluciones y respuestas jurisprudenciales

Ante la persistencia de la discriminación múltiple, visionada a través de las distintas brechas analizadas, y su efecto en cascada provocando la brecha pensional, los tribunales de justicia han reaccionado introduciendo nuevos mecanismos tendentes a contrarrestar dichos efectos perniciosos.

4.1. La perspectiva de género como nueva metodología de análisis jurisprudencial en el ámbito pensional

La novedosa STSJ Canarias 31 mayo 2021¹⁰, en la que se incorpora la “perspectiva de género” como metodología de análisis jurisprudencial en el ámbito pensional – aunque ya existen precedentes sobre la integración de esta perspectiva como metodología de análisis en asuntos relacionados con la prevención de riesgos laborales¹¹ –, resuelve en suplicación sobre un asunto concerniente a una pensión de jubilación no contributiva. En los antecedentes de hecho consta que la demandante – mujer – percibía unos ingresos anuales por debajo del umbral señalado para 2019, que estaba fijado en 5.488 € y, por lo tanto, procedió a la solicitud de la pensión no contributiva ante la a Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno Autónomo Canario. No obstante, la Administración gestora denegó la petición argumentando que la actora superaba el límite del dicho umbral en 242,49 € como ingresos percibidos en 2018; porque se habían contabilizado una pensión compensatoria de la que era acreedora por resolución judicial en contencioso por divorcio y a la que había sido condenado su ex marido. Sin embargo – y como consta en los antecedentes de hecho – la solicitante no había llegado a recibir dichos ingresos por incumplimiento del ex cónyuge, declarándose el montante resultante de la cantidad realmente percibida durante esa anualidad.

Ante la denegación de la Administración gestora, la solicitante presentó demanda en el Juzgado de lo Social dictándose sentencia desestimatoria el 22 de junio de 2020. Del análisis de la argumentación jurídica de la misma, destacamos la aplicación de un repertorio jurisprudencial anterior a la

¹⁰ Rec. 250/2021.

¹¹ Véase, entre otras, STSJ Galicia 18 septiembre 2015 (rec. 612/2014); STSJ Galicia 11 marzo 2016 (rec. 385/2015); STSJ Galicia 14 octubre 2016 (rec. 1513/2016); STSJ Canarias 25 julio 2017 (rec. 571/2017); STSJ Canarias 4 junio 2018 (rec. 1739/2017); STSJ Canarias 2 julio 2019 (rec. 369/2019); STSJ Canarias 27 agosto 2019 (rec. 533/2019).

entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOI). De dicha jurisprudencia – sin estar armonizada a lo preceptuado por la LOI – se desprende la exigencia del deber de contabilización de todos los ingresos, e incluso de aquellas cantidades de las que son acreedores judiciales, pero que no la han percibido por no desplegar «la diligencia necesaria para conseguirla». En definitiva, el Juzgado de lo Social calificaba a la actora de “poco diligente” por no haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para la ejecución de la sentencia en el orden jurisdiccional correspondiente al divorcio.

Desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social, la actora recurrió en suplicación ante el TSJ de Canarias, dictando sentencia a favor de la recurrente en base a una argumentación jurídica radicalmente diferente, pues se integra la “metodología de la perspectiva de género” en el ámbito pensional. Sobre esta cuestión, y con carácter previo, debemos subrayar que, desde la perspectiva del análisis jurisprudencial de la “justicia relacional”, se puede apreciar una acusada presencia – en la argumentación jurídica del juzgador – de la “socialidad” como eje – o dimensión – esencial integrante del enfoque de “justicia relacional”¹². En este sentido, se pueden identificar elementos comunes entre las metodologías de la “perspectiva de género”¹³ y del enfoque de “justicia relacional”. Concretamente nos referimos a que ambas se apartan de la aplicación estricta y rígida de la ley,

¹² Como ya se ha expuesto con anterioridad, la línea teórico-práctica de justicia relacional, desde un enfoque interdisciplinar, distingue tres dimensiones en la relación jurídica: *institucionalidad* (dimensión a la que pertenece todo lo estructural, organizativo o regulador, esto es, normas, instituciones, contratos, derechos, obligaciones...); *reciprocidad* (es decir, el comportamiento recíproco, la conducta interactiva); *socialidad* (la propia relación, además de la red de relaciones y la cultura jurídica de principios y valores que pertenece a la conciencia colectiva de dicha red). Por lo tanto, esta triple distinción se ha de realizar a través de la simple indagación de la relación jurídica que conduce, de forma natural, a constatar esas tres dimensiones (*vid.* J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019, pp. 136-137). Una aproximación práctica sobre la aplicación de esta metodología en el análisis jurisprudencial se lleva a cabo en esta publicación en relación a la STJUE 11 abril 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*, en representación de *Jette Ring c. Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11)* y *HK Danmark*, en representación de *Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening*, en representación de *Pro Display A/S (C-337/11)* (*ibidem*, pp. 191-194).

¹³ Para profundizar sobre dicha metodología, se recomienda consultar el repertorio bibliográfico de G. POYATOS MATAS, *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, en *iQual*, 2019, n. 2. *Vid.* también G. POYATOS MATAS, *De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al complemento por maternidad*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 2; G. POYATOS MATAS, *Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 458.

ya que del resultado puede derivarse un vacío de justicia. Ahora bien, pese a estas similitudes ambas responden a realidades diferentes, pues la génesis, desarrollo y configuración de cada una de ellas presentan singularidades muy dispares.

En el caso que nos ocupa, y ciñéndonos a la argumentación jurídica del TSJ de Canarias – que es diametralmente opuesta a la esgrimida por el Juzgado de lo Social – se integra la “perspectiva de género” en la aplicación e interpretación del Derecho. A nuestro juicio, y confrontando en el análisis ambas metodologías – “perspectiva de género” y “justicia relacional” –, se puede apreciar en la argumentación jurídica del TSJ una “socialidad” muy acentuada que se desglosa, para facilitar su visualización, en los siguientes puntos:

- la valoración del impacto de género en las pensiones no contributivas se lleva a cabo tomando como referencia los datos estadísticos oficiales más recientes¹⁴. Del examen de los mismos, se ha podido comprobar que dicho impacto es enormemente desproporcionado, ya que 3 de cada 4 perceptores de esta modalidad de pensión son mujeres; o lo que es lo mismo, representan un porcentaje del 74,43%. Por lo tanto, la aplicación estricta y rigurosa de la norma jurídica en estos supuestos – sin tener en cuenta estas circunstancias – lleva aparejada un trato discriminatorio y un vacío de justicia. Y así se ha expresado en el FJ 3º, apartado B, aseverándose que «Los anteriores datos evidencian que una decisión mecánica o ausente de integración de los principios que rigen la interpretación de los Derechos Humanos de las mujeres, nos puede conducir a una decisión discriminatoria y contraria a la obligación de actuar institucionalmente con la diligencia debida que deben regir las decisiones judiciales con impacto desproporcionado adverso en las mujeres»;
- respecto a la calificación del Juzgado de lo Social a la actora de “poco diligente” por no haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para la ejecución de la sentencia en el orden jurisdiccional correspondiente al divorcio, junto a la argumentación en la que se sustenta, entiende la recurrente que la actora no supera el umbral económico para tener

¹⁴ Véase el apartado B, *Integración de la perspectiva de género*, del FD 3º de la STSJ 31 mayo 2021. En el mismo se expresa que «a tenor de los datos contenidos en la web del INSS (Estadísticas pensiones no contributivas), específicamente en el estudio del IMSERSO titulado “Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social (Diciembre 2020)”, del que se extraen los siguientes datos en cuanto a los porcentajes desagregados por sexos en el cobro de las pensiones de jubilación no contributivas. A nivel estatal en diciembre de 2020, el 74,43% de las pensiones de jubilación no contributivas eran percibidas por mujeres frente al 25,57% percibidas por varones».

acceso a la pensión de jubilación no contributiva. En cuanto a la pensión compensatoria que tiene reconocida pero no le ha sido abonada en su totalidad, aplicando la jurisprudencia que se invoca, «la actora no ha incurrido en falta de diligencia por no reclamar el cobro total de las cantidades que se le adeudan porque su ex cónyuge, de avanzada edad, viene cumpliendo parcialmente el convenio»¹⁵. Resulta de gran interés identificar en la argumentación del TSJ de Canaria la acusada “socialidad” que hemos anticipado al expresar en este punto que «No se trata de un crédito cualquiera sino de una pensión compensatoria de un divorcio de personas de avanzada edad, que conviven en el mismo edificio, repartiendo la vivienda cada uno en un piso, la actora en el inferior y su ex cónyuge en el superior, lo que nos puede dar una idea, según la recurrente, de la situación y las circunstancias de proximidad por las que no se ha interesado la ejecución del convenio regulador de separación». Circunstancias desfavorables que debe tener muy presente el juzgador para evitar una situación discriminatoria e injusta;

- en último lugar, y en relación a la justificación sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho se dice que «Las anteriores circunstancias sociales, culturales y cognitivas deben evaluarse y ponderarse en la interpretación que debe hacerse en el caso que nos ocupa del requisito jurisprudencial de la “diligencia necesaria para conseguir la pensión compensatoria”, porque no podemos tratar igual situaciones que son de origen desiguales, porque se genera mayor desigualdad. En este caso no podemos exigir a la ex esposa que ha logrado una pensión compensatoria tras un divorcio contencioso, la misma diligencia que podríamos exigir a las partes en otro proceso judicial distinto, porque las partes, cónyuges hombre y mujer, no son socialmente iguales. De ahí la necesidad de integrar la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso»¹⁶. En definitiva, se puede apreciar con claridad como el TSJ tiene también en cuenta junto a la “institucionalidad” – aspectos normativos –, aquellos aspectos esenciales que forman parte de la “socialidad” del enfoque de justicia relacional.

En definitiva, se implementa un novedoso método de análisis jurisprudencial que, en el caso de la “perspectiva de género”, se afianza su obligatoriedad frente a errónea concepción de la opcionalidad que se pretendiera establecer.

¹⁵ Véase el FD 2°.

¹⁶ *Idem*.

4.2. El tratamiento de la discriminación directa por razón de género del TJUE

Una atención especial requiere la STJUE 12 diciembre 2019, recaída en el asunto C-450/18¹⁷ (igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social). Se inicia a partir de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n. 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2018, en el procedimiento entre WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁸. El contexto en el que se planteó procedía de un litigio entre una persona, padre de dos hijas, y el INSS, en relación con la negativa a concederle un complemento a la pensión de invalidez reconocida que, sin embargo, si se percibiría en caso de ser mujer¹⁹.

Sobre el fondo del asunto, destacamos las siguientes consideraciones:

- a la luz del art. 60.1 LGSS, el complemento de pensión objeto del litigio podrán obtenerlo las mujeres que, al menos, hayan tenido 2 hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas. Sin embargo, no tendrán derecho a dicho complemento los hombres que se encuentren en la misma situación;
- por lo tanto, y consecuencia directa de lo anterior, se aprecia por el TJUE una falta de armonización de la normativa interna española con la de la UE, concretamente *ex* art. 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Derivándose de este desajuste legislativo un trato discriminatorio hacia los hombres.

Ahora bien, en relación al análisis de la discriminación, el TJUE realiza las siguientes consideraciones:

- según reiterada jurisprudencia del TJUE, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la

¹⁷ *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 1.

¹⁹ *Ibidem*, apartado 2.

- aplicación de la misma norma a situaciones diferentes²⁰;
- de este modo, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional controvertida en el litigio principal se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables²¹;
- a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas²²;
- el carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional²³.

Finalmente – aunque limitándonos a exponer unas breves pinceladas, pues un análisis más profundo requeriría una mayor extensión –, suscribimos las valoraciones que, en relación a esta sentencia, hacen los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta²⁴ valorando el acierto del TJUE al legitimar las medidas de acción positiva dirigidas a resolver las brechas de género y su armonización con el Derecho Social de la UE; ahora bien, también conviene precisar y subrayar los motivos por los que el TJUE rechaza la medida objeto de controversia jurídica, que en síntesis son los siguientes:

- el complemento de pensión se dirige realmente a proteger la maternidad en sí, por este motivo no queda amparado por el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978²⁵;
- además, como dicho complemento no se supedita a la educación de los

²⁰ *Ibidem*, apartado 42. También, y sobre este asunto, consúltese STJUE 13 febrero 1996, asunto C-342/93, *Joan Gillespie y otros c. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board y Southern Health and Social Services Board*, apartado 16; STJUE 8 mayo 2019, asunto C-486/18, *RE c. Praxair MRC SAS*, apartado 73.

²¹ *Vid.* sentencia *WZA*, cit., apartado 43.

²² *Ibidem*, apartado 44. Puede consultarse también la STJUE 26 junio 2018, asunto C-451/16, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, apartado 41.

²³ Sentencia *WZA*, cit., apartado 45. *Vid.* también la sentencia *MB*, cit., apartado 42.

²⁴ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 22, pp. 18-19.

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo motivados por la tarea de cuidado, sino al factor demográfico sin más, tampoco queda amparado por el art. 7.1 de la citada Directiva²⁶;

- finalmente, y respecto a lo establecido en el Derecho Originario de la UE, el referido complemento de pensión objeto de controversia jurídica tampoco puede acogerse a las previsiones del art. 157 TFUE, toda vez que su finalidad explícita es otorgar un plus de pensión con carácter general y exclusivamente en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión²⁷.

Un claro ejemplo del impacto de la doctrina del TJUE emanada de la citada sentencia [W4](#) se puede apreciar en la STSJ Canarias 20 enero 2020²⁸, reconociéndose el citado complemento a un jubilado viudo con cuatro hijos y determinándose – ante la denegación previa en vía administrativa y judicial – la discriminación directa por razón de sexo. Se establece, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que la finalidad del complemento trasciende de la maternidad biológica, vinculándose a los cuidados de los hijos.

5. Conclusiones

1. Es un hecho irrefutable que, pese a los esfuerzos y avances realizados en materia de igualdad de género en el ámbito de las relaciones laborales y de la seguridad social, todavía se siguen detectando brechas de género muy significativas en estos escenarios. A través del presente estudio se ha podido

²⁶ *Ibidem*, pp. 20-21.

²⁷ Los citados profesores añaden que «al tratarse de atender a efectos que se aplazan a la fecha de sustitución del salario por una pensión de Seguridad Social, una vez terminada la carrera profesional “carrera de seguro” de la actora, en el fondo no se está poniendo una acción efectiva a las dificultades planteadas en la trayectoria de la carrera profesional». Por este motivo se valora con acierto la actuación del TJUE, al decir que «tal como está diseñado dicho complemento se capaz realmente de compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad por razón de sexo en la vida profesional». Finalmente, también debemos reseñar la consideración que se hace sobre la acertada argumentación del TJUE al afirmar que «La lógica del razonamiento judicial es aplastante, puesto que lo que se viene a exigir es que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido por la medida de acción positiva de que se trata. Con todo, ese complemento específico, deberá extenderse subjetivamente a todas las personas comprendidas dentro de campo de aplicación, y por consiguiente con independencia de su condición de sexo; salvo que el legislador decida suprimir dicha medida de acción positiva con efecto “*erga omnes*”». *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *op. cit.*, p. 20.

²⁸ Rec. 850/2018.

confirmar la existencia y persistencia de importantes diferencias entre mujeres y hombres relacionadas con las condiciones laborales, salarios, pensiones, etc. Ante esta situación de discriminación y desamparo que afecta a un gran número de mujeres del planeta, los Estados y los organismos internacionales no pueden permanecer impasibles, debiendo acometer actuaciones que sean capaces de impedir, de manera eficiente, las brechas de género que aún subsisten en la actual sociedad del trabajo. Pues, la acusada interdependencia del sistema de relaciones laborales provoca que las desigualdades presentes en el ámbito laboral y salarial repercutan, a su vez, en la determinación de las futuras pensiones de estas trabajadoras.

2. Respecto al análisis de los estudios estadísticos más recientes, desvelan en su conjunto una clara desventaja de las mujeres respecto a los hombres en todos los ámbitos estudiados. Los datos relativos al acceso y condiciones laborales son alarmantes, siendo la temporalidad uno de los factores determinantes de la precariedad laboral en el que el sector femenino sigue ocupando posiciones mayoritarias. En referencia al salario, las mujeres siguen percibiendo por el mismo trabajo, una ganancia anual media inferior a la que reciben los hombres; en concreto un 24,22% inferior.

3. En cuanto al análisis de los datos correspondientes a la brecha pensional en España, en agosto de 2022, la pensión media de la modalidad contributiva de los hombres fue de 1.320,38 euros y siendo 883,05 euros la de las mujeres; es decir, las mujeres percibieron el 66,8% de la cantidad que cobraron los hombres; o lo que es lo mismo, se detecta una brecha pensional del 33,2%. Excepcionalmente, esta tendencia cambia respecto a las pensiones de viudedad, contabilizándose en el mismo periodo una pensión media para las mujeres de 800,72 euros frente a los 548,43 euros que obtuvieron los hombres. No obstante, estos datos reafirman la posición de desventaja de las mujeres, pues es una modalidad de pensión – la de viudedad – que no responde a las condiciones previas de laboralidad. En esta misma línea – desfavorable – infiere el análisis de los datos obtenidos de las PNC, registrándose 159.091 hombres y 284.235 mujeres; lo que infiere un claro predominio de las mujeres que representan un porcentaje del 64,11%, frente al 35,89% de los hombres. Una vez más, estos datos corroboran la situación de precariedad que sufren de forma mayoritaria las mujeres, pues de la propia naturaleza de la PNC – que se establece y mantiene por los poderes públicos con el fin de cubrir situaciones de necesidad protegible de aquellas personas que no pueden acceder a otras prestaciones – se desprende la clara posición de desventaja de las mujeres.

4. Finalmente, y realizando una aproximación a las respuestas jurisprudenciales en materia de igualdad y género pensional, hemos centrado nuestra atención en dos resoluciones judiciales muy significativas

que aportan novedades en el ámbito pensional; nos referimos a la STSJ Canarias 31 mayo 2021 y a la sentencia [W/4](#). En la primera de ellas, la actora habiendo solicitado una PNC – denegada por la Administración y desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social – recurrió en suplicación ante el TSJ de Canarias, dictando sentencia a favor de la recurrente en base a una argumentación jurídica radicalmente diferente, pues se integra la “metodología de la perspectiva de género” en el ámbito pensional. También, y desde la perspectiva del análisis jurisprudencial de la “justicia relacional”, se puede apreciar una acusada presencia – en la argumentación jurídica del juzgador – de la “socialidad” como eje – o dimensión – esencial integrante del enfoque de “justicia relacional”. En este sentido, se pueden identificar elementos comunes entre las metodologías de la “perspectiva de género” y del enfoque de “justicia relacional”. Es decir, ambas metodologías se apartan de la aplicación estricta y rígida de la ley, ya que del resultado obtenido podría emanar un vacío de justicia. En definitiva, se implementa un novedoso método de análisis jurisprudencial que, en el caso de la “perspectiva de género”, se afianza su obligatoriedad frente a errónea concepción de la opcionalidad que se pretendiera establecer.

5. También, y en el ámbito de la UE, en la segunda sentencia el TJUE ha dictaminado que el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente también debe reconocerse a los padres que cumplan los requisitos legales, concediéndose el suplemento a un hombre que percibe una pensión de invalidez. Debe advertirse que, para el TJUE, el contenido del art. 60.1 LGSS, supone una discriminación directa por razón de género prohibida por la Directiva 79/7/CEE, lo que obliga a una adaptación normativa al reciente pronunciamiento.

6. Bibliografía

ACNUDH (2018), *30 Artículos sobre los 30 Artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en www.ohchr.org, 14 noviembre

CCOO (2022), *Día para la eliminación de la brecha salarial*

CCOO (2022), *Por la igualdad real, contra la brecha salarial*

GRAU PINEDA C. (2021), *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha de las pensiones*, en *Trabajo y Derecho*, n. 73, pp. 115-142

GRAU PINEDA C. (2020), *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo

- GRAU PINEDA C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2015), *Conciliación y seguridad social: la brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch
- GRAU PINEDA C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S. (2015), *El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones*, en *Documentación Laboral*, n. 103, pp. 145-171
- IMSERSO (2022), [Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de las prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad a diciembre 2021](#)
- INE (2022), [Encuesta de Población Activa \(EPA\). Cuarto trimestre de 2021](#)
- INE (2020), [Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género \(no ajustada\) en salarios por hora](#), en [www.ine.es](#), 11 noviembre
- LÓPEZ-MARTÍNEZ M., MARÍN LÓPEZ B.Á. (2019), [La brecha de género en las pensiones en España y la Unión Europea](#), en *Papeles de Población*, n. 102, pp. 81-114
- MALDONADO MOLINA J.A. (2019), *Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 439, pp. 178-188
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2022), [La Seguridad Social suma 71.948 afiliados en enero](#), en [revista.seg-sociales](#), 2 febrero
- MOLINA NAVARRETE C. (2020), [“Brechas de género” y sistema español de Seguridad Social: Balance crítico y algunas propuestas de corrección](#), en *iQual*, n. 3, pp. 1-26
- MONEREO PÉREZ J.L. (2020), [La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la “sociedad del riesgo”](#), en *Lex social*, n. 2, pp. 424-505
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2020), *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 22, pp. 13-24
- OBSERVATORIO DE IGUALDAD Y EMPLEO (2022), *Empleo con perspectiva de género. Informe estadístico 2021-2022*
- OIT (2023), [La OIT y la igualdad de género](#), en [www.ilo.org](#), 30 mayo
- OIT (2022), *Informe III (A). Aplicación de las normas internacionales del trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2022*
- OIT (2018), [Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias del empleo femenino 2018](#)

- OIT (2017), [*Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. OIT: 4.000 millones de personas en el mundo carecen de protección social*](#), en www.ilo.org, 29 noviembre
- OIT (2016), [*Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*](#)
- OIT (2012), [*Igualdad de género y trabajo decente. Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género*](#)
- OIT (2011), [*Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo*](#)
- OIT (2008), [*La Campaña de Igualdad Género de la OIT resalta la necesidad de derechos, empleos y seguridad social para las mujeres y hombres de edad*](#), en www.ilo.org, 1º octubre
- ONU MUJERES (2015), [*Proteger la seguridad de los ingresos de las mujeres en la vejez: Hacia sistemas de pensiones con perspectiva de género*](#)
- POYATOS MATAS G. (2021), *Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 458, pp. 111-126
- POYATOS MATAS G. (2019), *De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al complemento por maternidad*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 2, pp. 113-127
- POYATOS MATAS G. (2019), [*Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*](#), en [*iQual*](#), n. 2, pp. 1-21
- POYATOS MATAS G. (2018), *Juzgando con perspectiva de género el derecho a conciliar familia y trabajo. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017)*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 420, pp. 103-114
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Orientaciones y desafíos globales para la mejora de los ambientes de trabajo: ¿un nuevo modelo de prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de la OIT?*, en AA.VV., [*Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. Tomo II*](#), Laborum
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), [*Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 4, pp. 112-136
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [*Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*](#), 5 marzo 2020, COM(2020)152 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015](#), 21 septiembre 2010, COM(2010)491 final

[Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 \(2014/2152\(INI\)\)](#)

Normativa OIT

C102 – [Convenio sobre la seguridad social \(norma mínima\)](#), 1952

R162 – [Recomendación sobre los trabajadores de edad](#), 1980

La especial protección de la seguridad y salud de la mujer en el medio laboral: embarazo, lactancia y nuevas situaciones protegidas

Mirentxu MARÍN MALO*

RESUMEN: El embarazo y la lactancia natural son momentos en que las mujeres trabajadoras son especialmente vulnerables frente a ciertos riesgos presentes en el lugar de trabajo. Si bien la mayoría de las mujeres puede trabajar en esta etapa, deben tomarse medidas de protección especiales, que garanticen la prestación de servicios sin riesgo para la mujer, el feto o el lactante. Con ese objetivo, la normativa laboral ha establecido medidas de asistencia social y preventivas dirigidas a identificar los riesgos para el embarazo y la lactancia y adoptar medidas dirigidas a evitarlos. Este trabajo se centra en analizar la regulación actual dirigida a la protección de estas situaciones, señalando aquellas cuestiones que suscitan mayores problemas en la práctica y poniendo de manifiesto las debilidades que este sistema de protección presenta. Igualmente, se hará una referencia general a las medidas dirigidas a proteger las enfermedades femeninas, que han sido recientemente aprobadas en España.

Palabras clave: Trabajadora embarazada, lactancia natural, salud laboral, adaptación del puesto de trabajo, reubicación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo. 3. Obligaciones específicas en materia preventiva para la protección de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia. 3.1. La realización de una específica evaluación de riesgos. 3.2. La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación de la trabajadora afectada como medidas preventivas en el supuesto de embarazo o lactancia natural. 3.3. La suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o reubicar a la trabajadora. 4. Las principales cuestiones respecto a las obligaciones empresariales derivadas de estas situaciones. 4.1. La determinación del momento de nacimiento de las obligaciones. 4.2. Conceptos salariales que deben mantenerse durante la adaptación del puesto de trabajo. 4.3. Reubicación de la trabajadora y sus efectos. 4.4. Otras cuestiones problemáticas: el complejo procedimiento para la suspensión del contrato de trabajo. 5. Enfermedades femeninas: un nuevo horizonte. 6. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra (España).

The Special Protection of the Safety and Health of Women in the Workplace: Pregnancy, Breastfeeding and New Protected Situations

ABSTRACT: Pregnancy and breastfeeding are times when working women are especially vulnerable to certain risks present in the workplace. Although most women can work at this stage, special protection measures must be taken to guarantee the provision of services without risk to the woman, fetus or infant. With this objective, labour regulations have established social assistance and preventive measures aimed at identifying the risks for pregnancy and lactation and adopting measures aimed at avoiding them. This paper focuses on analysing the current regulation aimed at protecting these situations, pointing out those issues that cause the greatest problems in practice and highlighting the weaknesses that this protection system presents. Likewise, a general reference will be made to the measures aimed at protecting female diseases, which have recently been approved in Spain.

Key Words: Pregnant female worker, breastfeeding, health at work, workplace adaptation, re-location.

1. Introducción

El derecho a una protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores se establece en el art. 19 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET). Este derecho laboral, reconocido a las personas trabajadoras, «conecta de inmediato con el objetivo social de alcanzar el más alto y completo grado de salud para la población, pues el *derecho a la salud* se concibe en la actualidad como un *derecho fundamental de la persona*»¹. Asimismo, el art. 4.2.d TRET recoge el derecho de todos los trabajadores a su integridad física y a una adecuada política en materia preventiva. Todo ello, unido al mandato constitucional relativo a la igualdad, así como a la consiguiente prohibición de discriminación por cualquier condición² – reconocido a su vez en el art. 4.2.c TRET para todos los trabajadores – suponen la necesidad de tomar medidas de especial protección para las trabajadoras embarazadas, en situación de parto reciente o lactancia natural³.

Se considera que estas situaciones hacen que, durante un periodo de tiempo determinado, la trabajadora se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad frente a los riesgos laborales, lo que «justifica social, técnica y legalmente una actuación preventiva específica frente a los riesgos laborales con el fin de garantizar la salud de la mujer y de su descendencia»⁴. Como consecuencia de lo anterior, desde hace años, el derecho a la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, en situación de parto reciente o en periodo de lactancia natural está reconocido en nuestra normativa preventiva de forma expresa.

Esta necesidad de especial protección se debe entre otras cosas, y tal como ha señalado el propio Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), a «los cambios fisiológicos y anatómicos que ocurren durante un embarazo normal, las posibles complicaciones ligadas al mismo, al post-parto o a la lactancia y al tiempo necesario para la recuperación después del

¹ J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*, en *esta Revista*, 2020, n. 4, p. 322.

² Véase el art. 14 de la Constitución Española de 1978.

³ En este sentido, A. MORENO SOLANA, *Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes*, en *esta Revista*, 2018, n. 4, p. 151 ss., ha señalado que la igualdad de género (o, más bien, la desigualdad actual en el medio laboral) es un factor de riesgo que afecta a las mujeres, en general, y a las mujeres embarazadas, en parto reciente o en lactancia natural, en particular.

⁴ N. MORENO, D. ROMANO, S. BRUNEL, *Guía sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*, ISTAS, 2008, p. 3. En similar sentido, véase C. GUILLÉN SUBIRÁN, *La protección de las trabajadoras embarazadas en el ámbito laboral*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2021, n. 194.

parto», que pueden interferir en la capacidad laboral de la mujer⁵.

Por tanto, proteger esta situación en el medio laboral se muestra indispensable para garantizar la seguridad y salud de este colectivo en tanto que dura la situación especialmente protegida.

Con este doble objetivo – proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada y del feto o lactante –, nuestro sistema jurídico-laboral ha centrado sus esfuerzos en garantizar, por una parte, la protección social de esta situación y, por otra, en proteger la seguridad y salud de este colectivo durante la prestación de servicios en el embarazo y la lactancia natural.

El presente trabajo se centra en las medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, por lo que se abordarán las prestaciones derivadas de estas situaciones solo de manera tangencial. Así, se pretende analizar, por una parte, el disperso sistema normativo actual en la materia; centrándose en la normativa específica en materia de seguridad y salud laboral de la mujer embarazada y en periodo de lactancia natural.

Posteriormente, se analizarán las cuestiones más conflictivas en materia laboral que derivan de estas situaciones. Para ello, se abordarán algunas cuestiones tradicionalmente problemáticas, como la determinación del momento de nacimiento de las diferentes obligaciones empresariales en materia preventiva; la obligación de mantener ciertos conceptos salariales en caso de adaptación del puesto de trabajo o la obligación específica de reubicar a la trabajadora en tanto se mantenga la situación protegida y sus efectos en materia laboral. Por último, se realizará una breve mención a la reciente regulación dirigida a proteger las llamadas “enfermedades femeninas”, analizando sus ventajas y desventajas en materia de protección de la mujer trabajadora.

2. Marco normativo

La protección de la trabajadora embarazada, en parto reciente o lactancia natural ha sido incluida en nuestro ordenamiento jurídico laboral desde sus inicios, estableciendo medidas que garantizaran el respeto de sus derechos laborales y garantizando un trato igual en el acceso y mantenimiento del empleo de este colectivo, así como la conciliación de la vida laboral con las necesidades de cuidado del menor.

En materia de seguridad y salud de este colectivo, la protección de su seguridad y salud tradicionalmente se limitaba a incluir en nuestra normativa

⁵ INSHT, *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, 2012, p. 7.

la prohibición a la realización de determinados trabajos considerados como peligrosos. Estas prohibiciones, en un principio, estaban fundamentadas en estereotipos que señalaban a la inferioridad física de la mujer⁶. Sin embargo, en las últimas décadas se ha presenciado una importante evolución normativa. Así, estas prohibiciones a la realización de ciertos trabajos o tareas por parte de la trabajadora embarazada y en lactancia natural tienen su base en diversos estudios que demuestran los efectos negativos que estos trabajos o funciones pueden tener para el embarazo o la lactancia natural, teniendo en cuenta la protección, no solo de la trabajadora sino del feto o lactante.

Es en las últimas décadas cuando la protección de esta especial situación se ha postulado como uno de los objetivos del legislador, tanto nacional como europeo⁷. Esta reciente preocupación ha traído consigo la aprobación, en los últimos años, de numerosa normativa en esta materia. A consecuencia de ello, la regulación resulta dispersa, debiendo atender a diversos ámbitos y normativas de diferente índole para abordar la temática planteada.

En España, no es hasta la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) cuando se introducen medidas específicas dirigidas a la protección de la seguridad y salud de este colectivo en el entorno laboral. Esta normativa, atendiendo al mandato de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, presta una especial atención a la necesidad de proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada y en lactancia natural, estableciendo este colectivo en la normativa preventiva como un grupo especialmente protegido por ser más vulnerable a los riesgos laborales.

Así, la citada LPRL traspone parcialmente el contenido de dicha Directiva 92/85/CEE, y recoge en su redacción algunas de las directrices establecidas por la OIT en su Convenio C003 sobre la protección de la maternidad⁸;

⁶ Sirva como ejemplo de ello la Ley de la Silla de 1912, en la que se obligaba a los empresarios de actividades no fabriles, a conceder una silla a la trabajadora durante su jornada laboral. En este sentido, véase J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 322, donde señala que «tradicionalmente la normativa sobre la protección de la salud laboral de la mujer [...] se ha centrado en aspectos exclusivamente biológicos».

⁷ En este sentido, D.M. CAIRÓS BARRETO, *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, n. 23, p. 85, señala que «la preocupación por la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada no se ha manifestado en el ordenamiento jurídico español hasta fechas muy recientes y más reciente aún es la preocupación por los momentos previos y posteriores al parto».

⁸ Revisado por el Convenio C103 de 1952 y posteriormente actualizados en el Convenio C183 de 2000.

estableciendo medidas dirigidas a la protección de la seguridad y salud de este colectivo.

Por otra parte, a las medidas de protección establecidas en el art. 26 LPRL y que se analizarán posteriormente en detalle, le acompañan medidas de asistencia social cuando la adopción de medidas que garanticen una efectiva protección de la salud de la trabajadora embarazada, el feto o lactante sea imposible. De esta forma los arts. 186 y 187 LGSS reconocen el derecho de acceso a una prestación económica para los supuestos de riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural respectivamente. En ambos supuestos, la situación protegida es «el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de su puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26.3 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados». Estas concretas situaciones protegidas están directamente vinculadas a la normativa en materia preventiva que se analizará a continuación y, de forma específica, a la regulación especial para la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural, estableciendo una obligación empresarial específica de protección de la seguridad y salud de estas trabajadoras durante la prestación de sus servicios y reconociendo derechos de adaptación y reubicación específicos.

3. Obligaciones específicas en materia preventiva para la protección de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia

3.1. La realización de una específica evaluación de riesgos

En materia preventiva, como ya se ha señalado, la protección al embarazo, maternidad y lactancia natural se encuentra recogida en el art. 26 LPRL. Entre las obligaciones empresariales específicas que establece el citado artículo, se encuentran la de tener en cuenta, en la evaluación de riesgos de los diferentes puestos de trabajo de la empresa recogida en el art. 16 LPRL, la posibilidad de que sea ocupado por una trabajadora embarazada en algún momento. En concreto, establece la obligación de «determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un

riesgo específico». Así, la adopción de medidas preventivas dirigidas a evitar dicho riesgo una vez llegado el caso debería ser casi automática.

En todo caso, y pese a que dicho precepto no lo señale de forma expresa, una vez que la empresa tiene conocimiento de la situación de embarazo, parto reciente o lactancia natural, deberá analizar, si no lo ha hecho previamente, las condiciones del puesto de trabajo que pueden suponer un riesgo para la trabajadora, el feto o el lactante, y adoptar las medidas preventivas que resulten oportunas en cada caso, con el objetivo de que la trabajadora pueda continuar prestando servicios en su puesto de trabajo.

Para la realización de esta evaluación de riesgos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el art. 4 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), donde se establece el procedimiento y contenido que debe tener la citada evaluación. Asimismo, se deberá considerar lo establecido en los Anexos VII y VIII RSP. El primero de ellos ofrece un listado no exhaustivo de «agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural». En cuanto al segundo, establece un listado no exhaustivo de agentes y condiciones laborales a las que las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia no podrán estar expuestas en ningún caso.

Además, en la realización de esta especial evaluación de riesgos deberán tenerse en cuenta las guías para la evaluación de riesgos específicos de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia natural recogidas en la Directiva 92/85/CEE, así como las Notas Técnicas de Prevención elaboradas por el INSST y cualquier otra herramienta que pueda ser de utilidad, con el fin último de garantizar el máximo nivel de protección de la seguridad y salud de estas trabajadoras.

Así, si la evaluación de riesgos pusiera de manifiesto algún tipo de riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o del feto o lactante se deberán adoptar las medidas oportunas para eliminar dicho riesgo. A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la realización de esta evaluación de riesgos de forma correcta y su revisión periódica es un requisito previo e indispensable para adoptar las medidas preventivas adecuadas⁹.

⁹ Véase STS 1º octubre 2012 (rec. 2373/2011); STS 28 octubre 2014 (rec. 2542/2013); STS 7 abril 2014 (rec. 1724/2013); STS 24 abril 2012 (rec. 818/2011) o STS 17 marzo 2011 (rec. 1865/2010).

3.2. La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación de la trabajadora afectada como medidas preventivas en el supuesto de embarazo o lactancia natural

En aquellos casos en los que sea imposible o insuficiente la adopción de medidas preventivas para garantizar la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, el feto o el lactante, el art. 26 LPRL señala que deberá procederse a la adaptación del puesto de trabajo que podrán incluir la adaptación de las condiciones laborales, del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada o de cualquier otra característica de este. El objetivo final debe ser que no se genere ningún riesgo para este colectivo vinculado a su especial vulnerabilidad.

Cuando dicha adaptación sea imposible o, aun adoptando medidas de este tipo se muestren como insuficientes por la permanencia del riesgo, será necesario que la empresa certifique dicha imposibilidad o insuficiencia de adaptación a través de certificado expedido por los servicios médicos correspondientes.

En estos casos, y una vez determinada la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo, el art. 26.2 LPRL establece que será obligación empresarial facilitar a la trabajadora «un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado». Es decir, se deberá proceder a la reubicación de la trabajadora en otro puesto de trabajo de la empresa que no genere riesgos. Esta reubicación podrá realizarse dentro del grupo profesional de la trabajadora o, en caso de que sea imposible, en un puesto de trabajo correspondiente a otro grupo profesional. En este segundo supuesto, cuando el cambio de puesto se realice fuera del grupo profesional, deberán tenerse en cuenta las reglas y criterios que operan en casos de movilidad funcional, y que se establecen en el art. 39 TRET.

Para dar cumplimiento a este mandato legal, la LPRL señala que será imprescindible contar, previamente, con una «relación de puestos de trabajo exentos de riesgos» realizada previa consulta con los representantes legales de los trabajadores. De nuevo, esto permitirá que cuando la adopción de medidas preventivas o la adaptación de puesto de trabajo sean insuficientes, la reubicación se realice de forma rápida, casi automática y sin esperas por la necesaria realización de evaluaciones de riesgo añadidas, etc. Así, se garantizará el menor perjuicio a la trabajadora en situación protegida.

3.3. La suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o reubicar a la trabajadora

En aquellos supuestos en que la adaptación o la reubicación sean imposibles y queden acreditadas de forma objetiva, la normativa preventiva plantea, como última opción, la suspensión de la prestación de servicios por parte de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural¹⁰. Es decir, el acceso a las prestaciones derivadas de dicha suspensión «está condicionado al cumplimiento de una serie de pasos previos» que incluyen la imposibilidad de adaptación o reubicación. La efectiva ejecución o imposibilidad de los citados pasos previos requiere de su constatación fehaciente, «convirtiéndose la prueba de ellos en un elemento determinante para proceder a la suspensión del contrato»¹¹.

Esta suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se regula en el art. 45.1.e TRET, e, donde se establece como causa de suspensión «el riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses». Tendrá una duración diferente cuando se trate de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Así, en el primer supuesto, se mantendrá en tanto sea necesaria, hasta garantizar que la trabajadora puede incorporarse a su puesto de trabajo (o a otro compatible con su estado) sin riesgos para su salud o para la del feto o lactante. En el segundo caso, la suspensión por riesgo durante la lactancia natural se mantendrá hasta garantizar la incorporación al trabajo sin riesgo, con una duración máxima de 9 meses desde el momento del parto¹².

En este supuesto, la trabajadora podrá solicitar la prestación por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural establecidas en la LGSS.

En concreto, los arts. 186 y 188 LGSS establecen que estas prestaciones «tendrán la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales», por lo que no se exige periodo de carencia para acceder a la misma. Además, en ambos casos la cuantía equivaldrá al 100 por cien de la base reguladora derivada de contingencias profesionales, corriendo a cargo de la entidad gestora o mutua colaboradora con la Seguridad Social con que la empresa haya concertado la cobertura de los riesgos profesionales.

¹⁰ Véase el art. 26.3 LPRL.

¹¹ A. MORENO SOLANA, *op. cit.*, p. 158.

¹² Véase los arts. 45.1.e TRET y 189 LGSS.

4. Las principales cuestiones respecto a las obligaciones empresariales derivadas de estas situaciones

Las medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, en parto reciente o lactancia natural analizadas en el apartado anterior traen consigo una serie de problemas a los que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen haciendo frente hace años. A continuación, se analizarán las principales cuestiones problemáticas suscitadas en la aplicación de dichos preceptos legales con el objetivo de poner de manifiesto las deficiencias del articulado y facilitar el criterio de aplicación a seguir en cada cuestión concreta.

4.1. La determinación del momento de nacimiento de las obligaciones

Una de las primeras cuestiones que se plantearon tras la entrada en vigor de la normativa preventiva fue la determinación del momento en que el empresario estaba obligado a poner en marcha las medidas de adaptación y reubicación señaladas anteriormente, pues existe una desigual regulación entre la normativa comunitaria y la interna en este ámbito. Así, la Directiva 92/85/CEE establece que se considerará trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en periodo de lactancia a cualquier trabajadora que, estando en uno de los estados señalados, lo comunique al empresario.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que nuestra normativa (art. 26 LPRL) no obliga a la trabajadora a comunicar a la empresa su situación de embarazo o lactancia natural, y, a su vez, limita la capacidad empresarial de conocer datos relativos a la salud de sus trabajadores anteponiendo el derecho a la intimidad de estos¹³, pues entiende esta información incluida en el ámbito protegido del derecho a la intimidad establecido en el art. 18.1 CE¹⁴.

¹³ Para saber más sobre estas limitaciones, véase S. GONZÁLEZ ORTEGA, J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, 1996, donde se realiza un estudio genérico de la obligación de vigilancia de la salud. Realizando un estudio sobre los límites empresariales al uso de la información obtenida a través de reconocimientos médicos, véase F.A. GONZÁLEZ DÍAZ, *Límites específicos en la realización de la obligación preventiva de vigilancia de la salud laboral: tratamiento de la información médica obtenida a través de los reconocimientos*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.A. GONZÁLEZ DÍAZ (dirs.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, 2011.

¹⁴ En igual sentido, véase J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 325.

Es decir, la trabajadora es libre de comunicar o no su especial situación al empresario, por lo que este, que no tiene otra forma de conocerla salvo dicha comunicación, no estará obligado a actuar hasta que no sea conocedor de la misma. La trabajadora podrá comunicar su situación a la empresa tanto de forma oral como escrita. Sin embargo, y tal como se extrae de la jurisprudencia, es preferible la forma escrita, en aras de dejar constancia de la fecha de conocimiento de la situación por parte del empresario y, por tanto, del inicio de sus obligaciones preventivas al respecto¹⁵.

Esto no implica que, si el empresario conoce dicha situación de especial vulnerabilidad por otros medios que no sean la comunicación directa de la trabajadora, no esté obligado a actuar; pues su obligación de actuar se inicia en el momento en que sepa que la trabajadora está embarazada o en lactancia natural, con independencia del modo en que esta información ha llegado a su poder; siempre que haya sido respetando el derecho a la intimidad de la misma¹⁶.

En el caso de la lactancia natural, puede ser que el empresario no conozca la situación; ya que, el disfrute del permiso establecido en el art. 37.4 TRET no implica, necesariamente, que la forma de alimentación del lactante sea mediante lactancia natural; por lo que la situación es similar a la del embarazo y, por tanto, la obligación empresarial de adaptar o reubicar a la trabajadora no operará hasta que se le informe de que se está ante un supuesto de lactancia natural.

Esto no ocurre con el parto reciente, que está protegido por las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto que establece el art. 48.4 TRET.

4.2. Conceptos salariales que deben mantenerse durante la adaptación del puesto de trabajo

Una cuestión que resultó especialmente problemática con la entrada en vigor de las obligaciones empresariales señaladas anteriormente estuvo relacionada con el mantenimiento de ciertos conceptos salariales en el caso de adaptación del tiempo de trabajo o de otras características del puesto de trabajo que dan origen a los mismos. Para abordar esta problemática resulta indispensable acudir a los tribunales.

A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que, si como consecuencia de la situación de embarazo se limita la jornada semanal, o se suspende la

¹⁵ En este sentido, véase STS 26 febrero 2004 (rec. 2569/2003); STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 1550/2007 (rec. 384/2007) y STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 1828/2006 (rec. 1054/2005), entre otras muchas.

¹⁶ En este sentido, J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 326.

nocturnidad y turnicidad de la trabajadora por el riesgo derivado para su salud y la del feto, esta no puede dejar de percibir la retribución correspondiente a dicho concepto porque la trabajadora «no debe sufrir las consecuencias de la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo a la situación de embarazo»¹⁷.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que se deben abonar la totalidad de las retribuciones que se viniesen percibiendo por los conceptos fijos y periódicos y, en su caso, por la media aritmética de las cantidades devengadas por los servicios efectivamente realizados durante los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la baja¹⁸. Así, tal como señala la STS 43/2017 de 24 de enero, aunque la adaptación suponga la eliminación de elementos que están vinculados a un determinado plus retributivo – como pueden ser las guardias en el caso de trabajadoras sanitarias – y esta responda a eliminar o evitar el riesgo derivado para el embarazo o lactancia natural, y en tanto que la trabajadora siga prestando servicios activamente, aunque no lo haga en dichos elementos adaptados, y aunque no exista una previsión legal expresa para el mantenimiento de dichos complementos en los supuestos de adaptación o reubicación del puesto de trabajo derivados del riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, debe atenderse a lo previsto en el art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE que consagra «el derecho al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras». Además, teniendo en cuenta que, en caso de que la adaptación o reubicación sea imposible, el ordenamiento jurídico interno prevé una prestación consistente en el 100% de la base reguladora de la trabajadora (incluyendo así los posibles pluses señalados), se debe concluir, y así lo concluye el Tribunal Supremo, que «la trabajadora afectada no puede sufrir una disminución salarial que, no solo se produce en relación con la situación habitual de prestación de servicios – esto es, cuando no habiendo riesgos, se realizan efectivamente las guardias –, sino incluso con respecto a los emolumentos percibidos en el caso de suspensión del contrato de trabajo, en que, como hemos visto, las cotizaciones por guardias médicas del mes anterior tendrán reflejo en la prestación»¹⁹.

En definitiva, deben mantenerse los citados complementos variables vinculados a un determinado riesgo que obliga la adaptación del puesto de trabajo respecto al mismo durante la situación de adaptación o reubicación de la trabajadora derivada del riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

¹⁷ Véase STSJ Castilla-La Mancha 1276/2020 (rec. 748/2019) y STSJ Castilla-La Mancha 1220/2012 (rec. 918/2012); STSJ Cataluña 6471/2000, de 20 de julio.

¹⁸ STS 43/2017 (rec. 1902/2015), FD 5º.

¹⁹ *Ibidem*, FJ 6º.

4.3. Reubicación de la trabajadora y sus efectos

En tercer lugar, debe recordarse que, para que nazca la obligación de reubicar a la trabajadora en un puesto diferente al suyo con el objetivo de proteger su seguridad y salud y la del feto o lactante, debe haberse determinado previamente la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo originario de la trabajadora. Esta imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo debe ser certificada y determinada bien por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, bien por la mutua colaboradora de la Seguridad Social con que la empresa haya suscrito la cobertura de las contingencias profesionales, previo informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

Una vez recibido el pertinente informe con arreglo a lo señalado, nacerá la obligación de reubicar a la trabajadora en un puesto de trabajo diferente al suyo y compatible con su estado, en el que no existan riesgos para los sujetos protegidos.

Ahora bien, la reubicación de la trabajadora puede ser de tres tipos: en un puesto de su misma categoría profesional, en un puesto de categoría profesional superior o en un puesto de categoría profesional inferior. En función de qué tipo de reubicación se produzca los efectos para la trabajadora serán unos u otros.

Cuando la reubicación se produzca dentro del mismo grupo o categoría profesional, no habrá efectos para la trabajadora más allá del mantenimiento o no de ciertos conceptos salariales con arreglo a los criterios jurisprudenciales señalados en el apartado anterior.

Cuestión diferente es que la reubicación suponga un cambio de grupo o categoría profesional pues, en estos casos, operará la regulación prevista para la movilidad funcional del art. 39 TRET. Esto implica, en primer lugar, que deberán tenerse en cuenta las titulaciones académicas o profesionales de la trabajadora a la hora de analizar la adecuación del nuevo puesto de trabajo a sus capacidades.

Este artículo establece que, en todo caso, cuando la movilidad se produzca a un grupo de categoría inferior, se mantendrá la retribución de origen. Por otra parte, de reubicarse en un puesto de categoría superior, la trabajadora deberá percibir «la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice»²⁰.

En todo caso, tanto si la reubicación se produce dentro como fuera del

²⁰ Art. 39.3 TRET.

grupo profesional de la trabajadora, esta durará el tiempo imprescindible; es decir, hasta que la trabajadora pueda retornar a su puesto de trabajo de origen sin riesgo para su seguridad y salud, la del feto o la del lactante, tal como establece el art. 26.2 LPRL.

4.4. Otras cuestiones problemáticas: el complejo procedimiento para la suspensión del contrato de trabajo

Una vez analizados los problemas tradicionales a los que se enfrentan las empresas y trabajadoras en estas situaciones, deben señalarse algunas cuestiones que suscitan controversia en la actualidad.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan las trabajadoras embarazadas tiene relación con la suspensión del contrato de trabajo. Cuando la reubicación de la trabajadora es imposible, esta pasa a solicitar a la Mutua gestora de las contingencias profesionales el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural señaladas anteriormente. En estos casos, la Mutua exige demostrar que es imposible la reubicación en otro puesto de la empresa de forma fehaciente, lo que, en la práctica, no está claro que significa; por lo que resulta indispensable realizar un análisis de la jurisprudencia en la materia.

Debe tenerse en cuenta que esta suspensión del contrato no está relacionada con problemas en el embarazo, sino con la posibilidad de que las funciones y tareas encomendadas en su puesto de trabajo, así como las condiciones del mismo, puedan ocasionar problemas en la trabajadora, el feto o el lactante. A este respecto, la jurisprudencia exige demostrar la existencia de un riesgo concreto derivado de la presencia en el puesto de trabajo de un determinado agente, producto o condición laboral que pueda repercutir negativamente en el embarazo o la lactancia natural²¹. Para ello, será imprescindible tener en cuenta en la evaluación de riesgos específica el contenido de los Anexos VI y VII del RSP, donde se establecen las listas de agentes que pueden afectar a la salud de la trabajadora embarazada, al feto o al lactante, señalados anteriormente.

Por tanto, para acceder a esta causa de suspensión es imprescindible estar de alta y trabajando en una empresa. No cabe la posibilidad de acceder a esta situación si ya se está en una situación de incapacidad temporal, pues en ese caso no habría riesgos derivados del desempeño de las funciones

²¹ Véase STSJ País Vasco 11 marzo 2014 (rec. 336/2014); STSJ Andalucía 28 junio 2017 (rec. 500/2017); STSJ Navarra 18 octubre 2012 (rec. 318/2012) o STSJ Cataluña 1º junio 2004 (rec. 2219/2003).

laborales.

En cuanto al momento de solicitarla, la normativa laboral no especifica nada al respecto; es decir, no se establece a partir de qué semana de embarazo la Mutua está obligada a conceder la suspensión del contrato por esta causa. Tan solo se establece la obligación de concederla en el momento en que el trabajo pueda suponer un riesgo para la trabajadora embarazada, el feto o el lactante²².

A estos efectos, la jurisprudencia viene señalando que, para que no sea posible la reubicación, debe darse una de estas situaciones: que el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o que dicho cambio no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

En cuanto a la primera opción – que el cambio no resulte técnica u objetivamente posible – una forma de demostrar que el cambio no resulta técnica u objetivamente posible serán los resultados de la evaluación de riesgos de la empresa, en la que deben haberse tenido en cuenta, como ya se ha señalado, aquellas condiciones laborales que pueden afectar al embarazo, feto o lactante y establecer qué puestos o tareas son incompatibles con estas situaciones especialmente protegidas y a partir de qué semana²³.

Igualmente, se deberá contar con la lista previa de puestos de trabajo sin riesgos o funciones sin riesgos derivados para estas situaciones, previa consulta de los representantes de los trabajadores, en la que debe señalarse, además, las semanas de embarazo que permiten estar en esos puestos. El adecuado cumplimiento de estas dos obligaciones preventivas sería, así, prueba suficiente de la imposibilidad de reubicar a la trabajadora por la inexistencia de otro puesto de trabajo compatible con su estado.

En todo caso, y con independencia del cumplimiento de las citadas obligaciones, el INSS ha elaborado la [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#) en la que aparecen varias tablas orientativas, realizadas por expertos, identificando diferentes factores de riesgo y la recomendación de la semana en que se debe conceder la suspensión del contrato derivada del riesgo durante el embarazo o lactancia natural en

²² En este sentido, A. MORENO SOLANA, *op. cit.*, p. 161, ha señalado que «la prevención de la trabajadora embarazada no se puede producir a partir de un determinado mes, que por cierto, es lo que hacen algunos convenios colectivos, porque los riesgos del trabajo pueden producirse en cualquier momento del embarazo, y en muchos casos, en los primeros meses del mismo».

²³ En este sentido, M.I. BENAVENTE TORRES, *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum, 2016, p. 70, ha señalado que la realización de esta evaluación de riesgos específica será un requisito casi indispensable para poder acceder a las distintas prestaciones derivadas del riesgo (bien durante el embarazo, bien durante la lactancia natural).

función de las actividades concretas desarrolladas por la trabajadora. Sin embargo, estas tablas han sido modificadas recientemente en perjuicio de la seguridad y salud de este colectivo, pues se han ampliado las semanas de permanencia en el puesto de trabajo en numerosos casos²⁴.

El principal problema respecto al acceso a esta suspensión del contrato de trabajo surge cuando, aun contando con los preceptivos informes o estando en una de las situaciones establecidas por el propio INSS, la Mutua gestora no concede la suspensión o se retrasa en la notificación de su aceptación; situación que, por desgracia, es habitual en la actualidad.

En estos supuestos, se añade, además, que, dependiendo de la Mutua gestora que se trate, se concede la prestación en una semana u otra o no se concede, aun tratándose de una misma actividad y puesto de trabajo. Es decir, no hay un sistema objetivo y automatizado para el reconocimiento de este derecho; lo que crea una gran inseguridad jurídica en las trabajadoras afectadas.

Ante esta situación, son numerosas las trabajadoras que optan por pasar a disfrutar de sus vacaciones hasta que se les conceda la suspensión del contrato de trabajo o, en la mayoría de los casos, pasan a una situación de incapacidad temporal por contingencia común de la mano de su facultativo del Sistema público de salud. Ninguna de estas dos soluciones resulta inocua para la trabajadora, pues en el primer supuesto, debe sacrificar un derecho laboral como son las vacaciones para no poner en riesgo su seguridad y salud ni la de su hijo. En el segundo supuesto, la situación se agrava, pues como ya hemos señalado, para acceder a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, así como para el consiguiente cobro prestacional, la trabajadora debe encontrarse en el momento de acceso de alta y prestando servicios activamente en la empresa, ya que estas situaciones están vinculadas a la exposición al riesgo y este requisito desaparece estando en situación de incapacidad temporal²⁵. Dicho de otro modo, es imposible acceder a la

²⁴ Como ejemplo de ello, una trabajadora expuesta a ruido (> 80 dB) debería pasar a la suspensión de su contrato por riesgo durante el embarazo en la semana 20. Si está expuesta a estrés térmico (< 0° o > 33°), desde el inicio del embarazo; al igual que si está expuesta a cualquiera de las sustancias o procedimientos incluidos en los Anexos VII y VIII RSP.

²⁵ Así lo establece, además, el art. 37 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, al señalar que, «cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas».

suspensión señalada desde una situación de incapacidad temporal previa²⁶. La solución más sencilla parece pasar por que la trabajadora solicite el alta voluntaria de la incapacidad temporal por enfermedad común para solicitar la de riesgo durante el embarazo o lactancia natural. Sin embargo, esta solución plantea problemas prácticos, ya que entre el día de la solicitud (en que la trabajadora debe estar prestando servicios activamente) y la resolución por parte de la Muta de esta, pueden pasar hasta 30 días según el procedimiento legalmente establecido, lo que supondría exponer a la trabajadora a los riesgos que se pretende evitar durante ese periodo²⁷.

Una solución a este problema específico – parcial y, atendiendo a lo señalado hasta el momento, carente de sentido – sería que, en la denegación inicial, la Mutua indicase la fecha exacta en la que sí se concederá la suspensión del contrato de trabajo a la trabajadora. De esta forma, la trabajadora embarazada podría solicitar la suspensión en el mismo momento en que conoce su situación de embarazo, y solicitar el alta voluntaria de una posible incapacidad temporal por contingencias comunes el día antes del señalado por la Mutua, ya que el reconocimiento sería directo.

Si realmente se quiere abordar este problema y plantear una solución integral y a largo plazo que garantice un nivel de protección efectivo de la seguridad y salud de este colectivo de riesgo, atendiendo así a los principios rectores de la política preventiva de nuestro país, pasaría por el establecimiento de criterios claros y objetivos por parte del INSS que deban ser aplicados por las Mutuas de forma automática, eliminando el plazo actual para la resolución de la solicitud y evitando demoras en el procedimiento. De esta forma, ante una determinada circunstancia, y adjuntando los documentos señalados anteriormente, el reconocimiento de la suspensión debería ser automático.

5. Enfermedades femeninas: un nuevo horizonte

En la actualidad, el Gobierno trabaja en el [*Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*](#), publicado en el *Boletín Oficial de las*

²⁶ STSJ Extremadura 27 julio 2010 (rec. 260/2010) y STSJ Valencia 2 julio 2009 (rec. 3005/2008).

²⁷ RD 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social. En todo caso, la normativa no indica si se trata de días naturales o hábiles, lo que genera, igualmente, inseguridad jurídica.

Cortes Generales el 12 de septiembre de 2022. Este nuevo texto prevé incluir algunas medidas dirigidas a la protección de la mujer embarazada, tanto para aquellos casos en que opte por interrumpir el embarazo como para el propio embarazo y parto.

En concreto, este Proyecto plantea un nuevo permiso preparto, a disfrutar desde la semana 39 de gestación y compatible con el posterior permiso de maternidad del que se disfruta en la actualidad²⁸. Este nuevo permiso podría dar solución, en parte (aunque de nuevo de forma parcial e insuficiente) al problema planteado en el apartado anterior respecto a la negativa o retrasos en la concesión por parte de las Mutuas de la suspensión del contrato derivada del riesgo durante el embarazo. En parte porque solo solucionaría aquellos casos en los que se deniega esta suspensión a partir de la semana 39 de embarazo, quedando en similar situación a la planteada el resto de supuestos que sucedan en semanas previas a la señalada.

Además, este Proyecto reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la salud menstrual como estándar de salud, si bien lo señala como una “enfermedad femenina”. Así, pretende modificar la LO 2/2010 para incluir un art. 5-*bis* que señale que «los poderes públicos reconocerán la salud menstrual como parte inherente del derecho a la salud sexual y reproductiva» y «combatirán los estereotipos sobre la menstruación que impactan negativamente en el acceso o ejercicio de los derechos humanos de las mujeres». En esta materia, la medida más polémica propuesta es la que pretende incluir una nueva incapacidad temporal para las mujeres trabajadoras, abonada íntegramente por el Estado, para atender a aquellas mujeres que tengan periodos menstruales dolorosos e incapacitantes; equiparando la prestación ligada a esta causa a la de las contingencias profesionales. En concreto, plantea la inclusión de una «situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes» para aquellas bajas laborales a las que deba acceder la mujer por lo que dicho texto ha denominado como “menstruación incapacitante”²⁹.

El propio texto señala que, para acceder a dicha incapacidad y su prestación, será indispensable contar con un informe médico previo que acredite la situación señalada que deberá estar ligada a patologías como «endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como

²⁸ Véase la DF 10ª del [Proyecto de Ley](#), donde se incluye una modificación del art. 144.4 LGSS en el que se recoge este nuevo permiso.

²⁹ Apartado 5 del [Proyecto de Ley](#), con la inclusión de un nuevo art. 5-*ter* en la LO 2/2010. Igualmente, *vid.* la DF 10ª, donde modifica el art. 169.1.a LGSS para incluir dicha situación como determinante de incapacidad temporal.

dispareunia, disuria, infertilidad o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros»³⁰; por lo que la lista debe considerarse abierta. Esta cuestión es objeto de un importante debate en la actualidad en el que debemos manifestarnos de forma prudente.

Si bien es cierto que equipara la prestación a la de contingencia profesional, garantizando así que la trabajadora afectada por enfermedades como las señaladas, que serán las causantes de la situación protegida, no deje de percibir prestación en los días que no pueda acudir al trabajo, no lo es menos que esta situación ya está protegida por la incapacidad temporal vinculada a la enfermedad común. Por tanto, lo que se pretende no es proteger una situación desprotegida, sino garantizar unos ingresos mínimos en los días en que las trabajadoras afectadas se vean incapacitadas por esta causa para acudir a su puesto de trabajo.

Sin embargo, puede ocurrir que esta medida acabe agravando la situación de discriminación que la mujer sufre en el acceso, mantenimiento y promoción del empleo, pues estigmatiza aún más si cabe, una circunstancia biológica que solo puede afectarle por su sexo.

Ante la falta de doctrina y jurisprudencia en la materia, por lo reciente de la cuestión planteada, y a la espera de la aprobación definitiva de esta reforma normativa, no queda sino esperar para manifestar una opinión más completa, tras un detallado análisis de las citadas medidas que resulta imposible de realizar en este texto.

6. Bibliografía

BENAVENTE TORRES M.I. (2016), *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum

CAIRÓS BARRETO D.M. (2010), *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia*, en *Lan Harremanak*, n. 23, pp. 83-119

GONZÁLEZ DÍAZ F.A. (2011), *Límites específicos en la realización de la obligación preventiva de vigilancia de la salud laboral: tratamiento de la información médica obtenida a través de los reconocimientos*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.A. GONZÁLEZ DÍAZ (dirs.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi

GONZÁLEZ ORTEGA S., APARICIO TOVAR J. (1996), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta

³⁰ Exposición de motivos III.

GUILLÉN SUBIRÁN C. (2021), *La protección de las trabajadoras embarazadas en el ámbito laboral*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 194, pp. 28-38

INSHT (2012), [*Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*](#)

INSS (2020), [*Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo*](#)

MORENO N., ROMANO D., BRUNEL S. (2008), [*Guía sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*](#), ISTAS

MORENO SOLANA A. (2018), *Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes*, en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 4, pp. 149-170

RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*, en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 4, pp. 319-357

Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa: ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?*

Estefanía GONZÁLEZ COBALEDA**

RESUMEN: La jubilación forzosa es una figura compleja que se ha caracterizado por sus idas y venidas en el ordenamiento jurídico español produciéndose, hasta ahora, su enésima reforma sobre la DA 10ª ET. Desde el plano normativo se han traído consigo grandes novedades mutando su finalidad y respondiendo a una necesidad de establecer un equilibrio entre la política de empleo, la sostenibilidad del sistema y la igualdad (generacional y de género). De ahí que en este trabajo se analice la adecuación de la instrumentalización de la jubilación forzosa al servicio de una política inédita respecto a la equidad de género, no solo desde la legitimidad jurídica de tales cláusulas en los convenios colectivos, sino de su utilidad y eficacia. Por ello, nos cuestionamos si mediante el nuevo enfoque más restrictivo de sus requisitos de acceso a la jubilación forzosa, se ha producido o no una mayor reducción de su operatividad para corregir la brecha ocupacional de género a través del cese por edad.

Palabras clave: Jubilación forzosa, igualdad de género, políticas de empleo, brecha de género, colectivo de personas mayores.

SUMARIO: 1. El carácter poliédrico de la brecha de género y su repercusión en un contexto antagónico sobre la jubilación. 2. Las idas y venidas no pacíficas de la normativa sobre la jubilación forzosa. 3. El nuevo régimen de la jubilación forzosa tras la Ley 21/2021: ¿un retorno a tiempos pasados? 3.1. Una política de empleo más restrictiva y en términos de relevo generacional. 4. La equidad de género como punto primordial en la nueva orientación sobre la jubilación forzosa. 4.1. La virtualidad de la regulación respecto a la infrarrepresentación de la mujer en el sector de actividad. 4.2. El fomento de la

* El presente artículo está enmarcado en la actividad investigadora desarrollada por la Autora dentro de los siguientes proyectos: Proyecto de I+D+i, *El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (B1-2021_11), y *Red interuniversitaria sobre nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (UMA con la participación de la UCM, UGR, UNICAN)*. Asimismo, se lleva a cabo a raíz de una estancia investigadora postdoctoral en la Universidad de Granada (2023).

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

inserción laboral de las mujeres a partir de la DA 10ª ET: ¿una medida eficaz para la reducción de la segregación ocupacional de género? 5. Conclusiones: una realidad positiva para la igualdad, pero con algunas dificultades prácticas. 6. Bibliografía.

Legislative Ups and Downs on Forced Retirement: an Effective Instrument for Gender Equality After the Last Reform?

ABSTRACT: Forced retirement is a complex figure that has been characterized by its comings and goings in the Spanish legal system, producing, until now, its umpteenth reform on Additional Provision 10 of the Workers' Statute. From the regulatory level, great innovations have been brought about, changing its purpose and responding to a need to establish a balance between employment policy, the sustainability of the system and equality (generational and gender). Hence, in this research work the adequacy of the instrumentalization of forced retirement is analysed at the service of an unprecedented policy regarding gender equity, not only from the legal legitimacy of such clauses in collective agreements, but also from their usefulness and efficiency. For this reason, we question whether through the new, more restrictive approach to its access requirements to forced retirement, there has been a further reduction in its operation to correct the gender occupational gap through age termination.

Key Words: Forced retirement, gender equality, employment policies, gender gap, group of older people.

1. El carácter poliédrico de la brecha de género y su repercusión en un contexto antagónico sobre la jubilación

Es un hecho constatado las desigualdades que sufren las mujeres en el mercado de trabajo y que se caracterizan, entre otras cuestiones, por la existencia de un amplio número de trabajos feminizados, del techo de cristal, la brecha salarial, el abuso de la temporalidad y del trabajo a tiempo parcial¹, la infrarrepresentación en sectores de actividad concretos, etc. De eso no hay la menor duda, siendo necesario que la perspectiva de igualdad de género se constituya como un enfoque transversal, por lo tanto, no quedando al margen de nuestra Seguridad Social. Precisamente, nuestro sistema de protección social en general y de Seguridad Social en particular, tiene como uno de los fines principales actuar como un instrumento corrector de las desigualdades que puedan producirse en el mercado laboral, sin que sea un mero transmisor de las mismas, extendiendo y consolidándolas².

La propia Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género es clara sobre esta cuestión al concretar que «la integración de la perspectiva de género, la presupuestación con perspectiva de género y las evaluaciones del impacto por razón de género son herramientas esenciales para lograr la igualdad de género en todos los ámbitos»³. Así, en el plano del compromiso político institucional en España mediante el [Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo](#) (2020) en la Recomendación n. 17, bajo la rúbrica *Mujeres y Seguridad Social*, alude de manera expresa a la necesidad de la erradicación efectiva de la brecha de género en la Seguridad Social⁴. No obstante, como resalta gran parte de la doctrina científica, con la reciente reforma del sistema de pensiones se vuelve a poner de relieve que el enfoque de género sigue quedando en un segundo plano conformándose como una ocasión perdida, pues continúan quedando muchas cuestiones pendientes⁵.

¹ S. LÓPEZ VICO, *Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*, Laborum, 2022, vol. 2, p. 1115.

² I.M. VILLAR CAÑADA, *La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 459, p. 197.

³ 2019/2169(INI).

⁴ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, La Ley, 2022, p. 369.

⁵ Entre otras, I.M. VILLAR CAÑADA, *La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda – una vez más – la dimensión de género?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 468; C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 372. Igualmente, J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Principales desafíos ante la*

A modo de esquema, en la última reforma de las pensiones se ha evidenciado la inclusión con perspectiva de género en⁶:

- la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora y por voluntad de la persona interesada con el fin incluir el servicio social femenino en el cómputo de los periodos cotizados (arts. 207 y 208, RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS));
- el régimen especial de las cláusulas de la jubilación forzosa en clave de género, siendo la principal materia de estudio en este trabajo de investigación;
- el nuevo régimen legal previsto para la pensión de viudedad de las parejas de hecho (modificación de los art. 221 ss. LGSS).

Con todo, sin perjuicio de un mayor análisis, en este apartado introductorio merece la pena evidencia la positiva novedad normativa acerca de la jubilación forzosa poniéndose al servicio de la equidad ocupacional de género a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

En relación a lo anterior, debemos de tener presente que la jubilación ha experimentado importantes cambios en los últimos tiempos ocasionando una situación que adquiere una mayor complejidad, entre otras razones, por el aumento de la esperanza de vida, del gasto a cargo del sistema de Seguridad Social, así como los frágiles mercados de trabajo, también de las mayores inequidades de género. De hecho, se auguran consecuencias de gran calado sobre las finanzas públicas y las dificultades financieras del sistema español de pensiones en general y de jubilación en particular, de ahí la nueva reforma operada en la Ley 21/2021. En virtud de ella, dentro del objetivo más general acerca del parámetro de la edad de retiro, no solo se han planteado cambios sobre diversos aspectos como la jubilación activa, sino que la jubilación forzosa también se ha visto modificada a través de una redacción diferente a su antecesora, además de incorporar una inédita dimensión de género.

En este sentido, brevemente, se recordará que la jubilación forzosa se considera al «establecimiento de una edad máxima para el trabajo como límite a la capacidad para trabajar, de modo que cumplida aquella por la

discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español, en AA.VV., *op. cit.* En el mismo sentido, M. MIÑARRO YANINI, C. MOLINA NAVARRETE, *Una reinvencción sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, 2023.

⁶ C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 373.

persona trabajadora, se extingue de modo necesario el contrato de trabajo»⁷. Con carácter general, sus notas configuradoras han sido: el cese total en el trabajo, su acceso voluntario y el cumplimiento de una edad determinada⁸. Por lo tanto, debemos de tener presente que la jubilación forzosa no es una causa autónoma de la extinción de la relación laboral, pero sí la posibilidad de que las personas afectadas por ésta puedan cesar en su puesto de trabajo, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que legitimen el sacrificio que se imponen a los derechos constitucionales individuales en juego. De hecho, como analizaremos, la regulación estatutaria de la jubilación forzosa ha conocido numerosos vaivenes legislativos con una comprensión dispar y opuestas en algunas cuestiones según la etapa histórica, llevando a una copiosa doctrina jurisprudencial en la materia⁹. Lo cierto es que esta figura expulsiva de la población trabajadora madura ha pasado de operar de manera puntual y voluntaria a convertirse en un hecho permanente en las empresas¹⁰, difuminándose la voluntariedad de las mismas. En efecto, se ha obstaculizado la funcionalidad de la jubilación forzosa, pues ésta ha sido empleada por las organizaciones empresariales de manera normalizada en lugar de excepcional¹¹, extendiéndose ampliamente en la negociación colectiva. Todo ello, ha llevado a la necesidad de un cambio de enfoque acerca de la jubilación forzosa en los últimos tiempos. Como resultado, en la actualidad, nos encontramos con una paradoja entorno a la institución de la jubilación en general al confrontarse, por un lado, el objetivo de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y la prolongación de la vida activa, por otro lado, las políticas de empleo que permiten a la negociación colectiva establecer el cese obligatorio de las personas trabajadoras. Por consiguiente, ha originado una legitimidad más restrictiva y limitada de la jubilación forzosa, si bien, no prohibitiva.

⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Política de empleo en España (1977-1982). Un quinquenio de política centralista ante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 57.

⁸ A. MUROS POLO, *La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2021, n. 26, p. 91.

⁹ El profesor Molina Navarrete lo denominaba como un verdadero “culebrón jurídico”. Véase C. MOLINA NAVARRETE, *A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: ¿nuevos capítulos para una «historia interminable»?*, en *La Ley*, 2007, n. 1, p. 1710.

¹⁰ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, 2019, tomo I, p. 242.

¹¹ B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección de los mayores a debate tras la reforma de la Ley 21/2021: jubilación forzosa, brecha digital y políticas para el mantenimiento de un empleo digno*, en M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, F. VILA TIerno, M.A. GÓMEZ SALADO (dirs.), *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 160.

Justamente, en relación a todo lo anterior, se ha fomentado medidas que logren la sostenibilidad del sistema de pensiones a partir de una política comunitaria de Envejecimiento activo, esto es, una medida que contribuye a la prolongación de la vida profesional¹² de manera saludable y directamente vinculado con la jubilación. En efecto, la OMS en el 2012 acuñó el término de *envejecimiento activo* como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. Así, las políticas comunitarias a través de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012), se basan en una sociedad para todas las edades y con equidad de género, creando «mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad».

En este contexto, la pensión de jubilación ha adoptado diversas modalidades. De resultas, junto a la jubilación clásica de retirada de la persona trabajadora de forma definitiva del trabajo se han añadido, al mismo tiempo, otras modalidades más flexibles de jubilación basadas en la prolongación de la vida profesional (jubilación demorada) entrando en oposición con la jubilación forzosa¹³. También, nos encontramos con otras acciones donde la jubilación pasa a ser un instrumento para el fomento de políticas de relevo generacional y de la inserción en el empleo de las mujeres con igualdad de condiciones que los hombres. Por lo tanto, se ha originado la flexibilización en el cese de la actividad de manera progresiva¹⁴, produciendo interrelaciones entre políticas de empleo y de la Seguridad Social¹⁵.

¹² B.M. LÓPEZ INSUA, *La jubilación parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, 2015, p. 17.

¹³ J.L. TORTUERO PLAZA, *La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 3, p. 17.

¹⁴ M.J. ROMERO RÓDENAS, E. TARANCÓN PÉREZ, *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social adaptado al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con las modificaciones introducidas hasta la fecha de publicación, incluida la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, Bomarzo, 2022, p. 110.

¹⁵ Desde el punto de vista del envejecimiento activo, dada la reducida tasa de la actividad de la población trabajadora madura en España, se han dispuesto un conjunto de medidas orientadas al mantenimiento del empleo de este colectivo de personas trabajadoras

De manera que, para comprender mejor la institución de la jubilación forzosa y su implicación respecto al enfoque de género, se ha considerado necesario en este trabajo de investigación efectuar una aproximación sintética de sus vaivenes legislativos, no siendo nada pacífica, así como de su principal jurisprudencia. Además, se ha procedido a analizar su última reforma estatutaria la cual introduce de nuevo un conjunto de medidas en el ordenamiento jurídico español. Todo ello, para comprender los actuales objetivos que tiene, situándose ahora en una reforma que pretende alcanzar una efectiva política de empleo y su interacción directa con la jubilación¹⁶ y que ha llevado a importantes modulaciones restrictivas en general e innovadoras acciones positivas en particular como es la equidad de género. En consecuencia, como podremos determinar, se trataría de llamar la atención sobre un ámbito crítico acerca de la jubilación forzosa, tratando de hallar una formulación capaz de comprender su utilidad real, además de su eficacia en el reparto efectivo de empleo igualitario que, sin perjudicar el derecho al trabajo de las personas de más edad, exista la habilitación convencional de una decisión extintiva de la relación laboral.

2. Las idas y venidas no pacíficas de la normativa sobre la jubilación forzosa

Para comprender la larga y controvertida evolución histórica de la jubilación forzosa¹⁷, puesto que no ha dejado indiferente a nadie¹⁸, debemos retroceder a la DA 5ª de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. A este respecto, la jubilación forzosa no era totalmente

(Recomendaciones n. 6 y n. 12), además de retrasar la jubilación y promover la coordinación de la normativa laboral y de Seguridad Social mediante el [Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo](#) de 2020. Véase J.A. MALDONADO MOLINA, *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el Sistema de protección social español*, Comares, 2021, p. 162.

¹⁶ B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección de los mayores a debate tras la reforma de la Ley 21/2021: jubilación forzosa, brecha digital y políticas para el mantenimiento de un empleo digno*, cit., p. 157.

¹⁷ D. TOSCANI GIMÉNEZ, *La jubilación forzosa de los controladores aéreos. Comentarios a la STS de 25 de noviembre de 2020*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 4, p. 327.

¹⁸ J.L. TORTUERO PLAZA, *La jubilación forzosa en las políticas de empleo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, n. 33, p. 252. En el mismo sentido, B.M. LÓPEZ INSUA, J.L. MONEREO PÉREZ, *Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: Un equilibrio difícil en las reformas sociales*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2022, n. 27, p. 58.

desconocida en el ordenamiento español¹⁹, si bien, la DA 5ª establecía una edad laboral máxima incondicionada, pues concretó que «la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de los dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

De manera que, se produce un cambio de planteamiento al pasar de ser la jubilación predominantemente voluntaria a introducir un límite máximo general para la edad de trabajar. Dicho sea de paso, en un contexto de crisis económica y un elevado índice de paro y con el fin de efectuar acciones encaminadas a facilitar la ocupación a los desempleados, principalmente al colectivo de jóvenes. Luego, la jubilación forzosa se disponía, por un lado, a través de la vía heterónoma de privación de trabajo a las personas trabajadoras de edades superiores (límite máximo general a los 69 años) y a partir de la percepción de una pensión de jubilación en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. Por otro, también, por la regulación autónoma colectiva, donde la edad máxima de jubilación puede ser distinta sin que en ningún caso se vinculara a la edad de jubilación.

A pesar de ello, se generaron dudas acerca de la constitucionalidad del precepto que, finalmente, quedaron resueltas por la STC 22/1981, de 2 de julio y, posteriormente, la STC 58/1985, de 30 de abril. En este sentido, el Alto Tribunal se centra sobre la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud por una edad concreta y el conflicto con el derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial (arts. 14, 35.1, 40 y 50 de la Constitución Española (CE)). Esto es, declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de poder trabajar a los 69 años o a una edad inferior que pueda fijar el Gobierno de forma directa e incondicionada, ya que, con carácter general, no es razonable presumir esa ineptitud para todas las personas trabajadoras por tener la misma edad cualquiera que sea el sector económico en que presente servicios y el tipo de actividad que dentro del mismo desempeñe²⁰. En cualquier caso, bien es diferente si la utilización de la jubilación forzosa se produjera como un instrumento de política de empleo, permitiéndose

¹⁹ B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección de los mayores a debate tras la reforma de la Ley 21/2021: jubilación forzosa, brecha digital y políticas para el mantenimiento de un empleo digno*, cit., p. 185.

²⁰ S. PERÁN QUESADA, *El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2022, n. 27, p. 99.

ésta y en términos de reparto de trabajo, siempre y cuando se cumpliera con dos requisitos²¹:

- que no se amortizara el puesto de trabajo, de forma que se sustituya a la persona trabajadora jubilada por otra persona en desempleo;
- que la persona trabajadora que se jubilara tendría que haber completado el periodo mínimo legal que le posibilitara el acceso a una pensión de jubilación.

Igualmente, la STC 58/1985, de 30 de abril, aborda la constitucionalidad dentro de ese marco, es decir, sobre la posibilidad de pacto libre de edades de jubilación en la negociación colectiva, «si bien la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual... no puede tampoco negarse la capacidad de incidencia de un convenio colectivo en el terreno de los derechos individuales». Por consiguiente, el Tribunal estimó que no podía considerarse inconstitucional la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran determinar la jubilación forzosa en la medida en que garantizaran que la persona afectada pasara a percibir la pensión de jubilación. No obstante, se omitió si era o no constitucional la amortización del puesto de trabajo vacante, surgiendo múltiples dudas que, finalmente, llevaron a admitir, en sentido amplio, dicha amortización del puesto como mecanismo de sustitución de estas personas a cambio de la contratación de otra persona trabajadora²² y que formó un concepto de política de empleo indeterminado lo que permitió una relativización²³.

En este contexto, con la publicación del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores la jubilación forzosa no varió sustancialmente. Se respetó íntegramente el contenido de la DA 10ª del año 1980, aunque se subrayó que la política de empleo debía de ser un fin de la jubilación forzosa, incorporando la doctrina constitucional. No obstante, a pesar de la posibilidad concedida sobre la fijeza de una edad laboral máxima vinculada a políticas de empleo, en los 20 años de vigencia no se hizo uso de esta disposición²⁴. De modo que, no se dispone de edad alguna omitiendo la edad máxima de 69 años, continuando con la no vinculación a la edad pensionable, siendo voluntaria a no ser que se condicione en caso de la regulación heterónoma y entendiéndose el carácter habilitante por la vía de la negociación colectiva de la jubilación forzosa.

²¹ B.M. LÓPEZ INSUA, J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 59.

²² *Ibidem*, p. 60.

²³ A. ESTEVE SEGARRA, *La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores*, en *Labos*, 2022, n. extra., p. 159.

²⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, n. 18, p. 22.

Por el contrario, en el año 2001 se produce un cambio de paradigma respecto a la jubilación forzosa. La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad marca un cambio fundamental al derogar la DA 10ª del ET y en base al Pacto de Toledo con el fomento de la prolongación activa de la vida laboral²⁵. Esto es, el fomento del retraso de la edad respecto al cese de la actividad resultaba incompatible con la habilitación legal de un límite máximo de edad para trabajar²⁶.

Las nuevas orientaciones en materia de políticas de empleo implicaron un intenso debate científico y jurisprudencial sobre el alcance de la medida²⁷ acerca de:

- si se producía la prohibición de que los convenios colectivos pudieran contener cláusulas de esta naturaleza, o bien, la posibilidad de que los convenios siguieran regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos;
- si las cláusulas sobre la jubilación forzosa ya establecidas mediante la negociación colectiva habían sido derogadas o, por el contrario, eran válidas hasta que finalizase la vigencia del convenio colectivo del que formaban parte.

La Sentencia del Tribunal Supremo 765/2003, de 9 de marzo de 2004, clarificó la situación fallando que no resultará de aplicación a los convenios negociados con anterioridad a la entrada en vigor del Ley 12/2001²⁸, pues la derogación DA 10ª del ET no supone la pérdida de su vigencia²⁹, así como a sus sucesivas prórrogas, si bien, solo si se trataban de prórrogas tácitas y no de novaciones³⁰.

En este sentido, la jubilación forzosa no desapareció de la negociación colectiva lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 14/2005, de 1º de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en la cual se introdujo la vigencia de la DA

²⁵ C. MOLINA NAVARRETE, M. GARCÍA GIMÉNEZ, *Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2001, n. 217, p. 15.

²⁶ Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001.

²⁷ Á. BLASCO PELLICER, *La jubilación forzosa en la negociación colectiva (efectos de la derogación de la Disposición adicional 10ª ET)*, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2002, n. 1.

²⁸ *Vid.* C. MOLINA NAVARRETE, *Un error judicial no se corrige con otro: la licitud de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa condicionadas*, en *La Ley*, 2004, n. 3.

²⁹ J.C. ÁLVAREZ CORTES, *¿Un efecto más de la jubilación gradual y flexible?: la imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva*, en *Temas Laborales*, 2004, n. 75, p. 263.

³⁰ J.A. MALDONADO MOLINA, *Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 412.

10ª ET. Todo ello, siendo fruto del primer acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales en base al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, vigente para 2004 y la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004. De manera que, se permitió que los convenios colectivos volviesen a establecer cláusulas que posibilitasen la jubilación forzosa siempre que se cumplieran los siguientes requisitos:

- se establecía un nexo coherente entre la jubilación forzosa y la política de empleo mediante acciones como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo³¹;
- la jubilación forzosa se vinculaba a la edad ordinaria de jubilación. No obstante, se condicionaba a que la persona que quisieran acceder a ella tuviera derecho a la pensión contando con «el período mínimo de cotización o uno mayor, si así se hubiese pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

Continuando con el análisis de las diferentes etapas normativas nos encontramos con la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que no introduce ninguna novedad, manteniendo la misma rúbrica. En todo caso, en su DA 36ª se establecía como requisito necesario que la persona trabajadora «afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». De cualquier forma, los convenios colectivos podían exigir un porcentaje mayor con el objetivo de evitar que el cese obligatorio menoscabara su futura pensión. Ahora bien, podemos entender que si el deseo de la persona legisladora era que la población trabajadora obtuviera una pensión digna de jubilación lo lógico habría sido no demorar esta mejora y haber fijado una base reguladora del 100%³². Por otro lado, al mismo tiempo, se expresaba la habilitación al Gobierno «para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta Disposición Adicional», si bien, nunca se hizo

³¹ S. PERÁN QUESADA, *op. cit.*, p. 99.

³² B.M. LÓPEZ INSUA, J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 65.

uso de ella³³.

Avanzando sobre los vaivenes normativos acerca de la jubilación forzosa nos encontramos con un nuevo giro a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En ella se estableció la nulidad y de carencia de efecto de aquellas cláusulas de los convenios colectivos que posibilitasen la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad ordinaria de jubilación. Por lo tanto, se prohibían las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos que se suscribieran a partir de la entrada en vigor de esta ley, pero también a los suscritos con anterioridad. La STC 8/2015, de 22 de enero de 2015, consideró que dicha nulidad se encontraba acorde con la CE y sin que vulneraran los arts. 37.1 y 28.1 CE, primando el derecho al trabajo de la población trabajadora de edad avanzada frente a una limitación cuyos frutos en materia de empleo nunca se habían corroborado y al constituirse como una materia que, en principio, pertenece al ámbito propio de la ley.

Por su parte, en el año 2018 el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva CEOE y CEPYME y UGT y CCOO continúa instando a la Administración laboral a promover los cambios legales necesarios para habilitar a la negociación colectiva a prever cláusulas de jubilación forzosa ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional. Esta petición se materializa en la Disposición Final 1ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, pasando a derogar la Ley 3/2012, apostando en términos similares a los de la Ley 27/2011 así como por la doctrina del Tribunal Constitucional. Concretamente, se habilita de nuevo que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad legal de jubilación, siempre que la misma que está afectada por la extinción del contrato de trabajo cumpliera los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social. Aun así, cuenta con un matiz específico, pasando de requerir que la pensión a obtener representara el 80 por ciento a que con la nueva redacción se exigiera el 100 por ciento.

Finalmente, nos encontramos con la enésima reforma sobre la jubilación forzosa mediante la Ley 21/2021. Esta aporta elementos novedosos respecto de las precedentes, pero continúa con la dialéctica de la posibilidad de incluir en la negociación colectiva cláusulas dirigidas a establecer una edad determinada para la extinción del contrato de trabajo y que pasamos a

³³ C. MORALES VÁLEZ, *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Aranzadi, 2022, p. 87.

analizar en el siguiente epígrafe de manera minuciosa.

3. El nuevo régimen de la jubilación forzosa tras la Ley 21/2021: ¿un retorno a tiempos pasados?

La Ley 21/2021 concede una nueva redacción a la DA 10ª ET acerca de la jubilación forzosa con el fin de favorecer la prolongación de la vida laboral. En ella se dispone, de un lado, la prohibición de negociar cláusulas en los convenios colectivos acerca de la jubilación forzosa a una edad inferior a los 68 años de edad. Por lo tanto, la prohibición es indirecta, pues se admite la operatividad de las cláusulas de los convenios colectivos cuando las personas trabajadoras tengan 68 años o más edad. Asimismo, de otro lado, se evidencia una tendencia política hacia la jubilación activa al promover mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y fomentar el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

En efecto, a diferencia de reformas anteriores, se ha optado por mantener la posibilidad de una extinción por razón de la edad en los convenios colectivos, si bien, se han endurecido la jubilación forzosa acogiéndola a requisitos más estrictos de política de empleo y de edad de la población trabajadora jubilada.

Consecuentemente, en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, estas cláusulas solo serán posibles si se cumple como primer requisito una edad que supere los 68 años de edad. No obstante, sí se contemplará un límite inferior al permitido para tales cláusulas en el marco de políticas de empleo con perspectiva de género, como analizaremos con posterioridad. De este modo, la nueva redacción de la DA 10ª ET dispone que, «en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años».

Ciertamente, puede apreciarse que se produce la tendencia al alargamiento progresivo de la edad legal de jubilación pensionable en nuestro ordenamiento, siendo próxima a la que en otro momento fue la edad máxima de trabajo y que recordemos que en el ET del año 1980 se situaba en los 69 años de edad³⁴. Ahora, el límite temporal para legitimar la jubilación forzosa (68 o más años de edad) se encuentra un año más de la edad legal máxima (67 años de edad), salvo que concurren periodos de cotización amplios, según la previsión al efecto.

³⁴ A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, p. 158.

Al mismo tiempo, se mantiene la exigencia de la concurrencia de una cobertura de protección social al 100 por ciento de la jubilación contributiva, adquiriendo aquí su máxima expresión. Con ello, se prolonga la vida activa, donde la persona trabajadora que accede a la jubilación forzosa ostenta una pensión máxima y digna de jubilación³⁵, además, se garantiza el equilibrio financiero del sistema de pensiones³⁶.

En definitiva, los requisitos que debe cumplir una persona trabajadora para poder acceder a la jubilación forzosa son dos: por un lado, el cumplimiento de una edad igual o superior a los 68 años, por otro lado, reunir los requisitos exigidos por la normativa de la Seguridad Social para tener derecho al 100 por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

En cualquier caso, con el fin de avanzar y evitar la enorme litigiosidad que generaron otras reformas anteriores acerca de la eficacia temporal de los nuevos requisitos de la misma, la DA 9ª de la Ley 21/2021 dispone de dos reglas específicas:

- en primer lugar, los nuevos requisitos recogidos en las cláusulas de jubilación forzosa se limitan a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 1º de enero del 2022;
- en segundo lugar, respecto de los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 1º de enero del 2022 las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión. En este sentido, como analizábamos, la STS 765/2003, de 9 de marzo de 2004 clarificó la situación acerca de las reglas transitorias previstas en la entrada en vigor de la Ley 12/2001, que consideró que solo mantendrán su vigencia si se trata de una prórroga tácita y no de una novación³⁷.

En definitiva, como hemos podido comprobar, con la nueva regulación de la Ley 21/2021 se pondera los intereses en juego con una perspectiva más limitadora y protectora de los derechos de la persona cuyo contrato se extingue por edad al margen de su voluntad³⁸. Sin embargo, podríamos

³⁵ No siempre ha sido así. Recordemos que, como analizábamos supra, la Ley 27/2011 exigió que la persona trabajadora tuviera cubierto un período mínimo que le permita alcanzar el 80 por ciento de la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

³⁶ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 255.

³⁷ J.A. MALDONADO MOLINA, *Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, cit., p. 412.

³⁸ J. CABEZA PEREIRO, *Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 96, p. 64 ss.

cuestionarnos si estos nuevos requisitos más exigentes que se le precisan a la negociación colectiva pudieran plantear una mayor complejidad para su instrumentalización o funcionalidad que dificulten la eficacia de las jubilaciones forzosas³⁹.

3.1. Una política de empleo más restrictiva y en términos de relevo generacional

Con la nueva redacción introducida en la Ley 21/2021 se constata un avance frente a las ambiguas cláusulas de garantía del empleo que se han ido desarrollando en las sucesivas etapas históricas y que se han caracterizado por ser meramente enunciativas. De hecho, actualmente, como requisito para poder disponer de la jubilación forzosa esta «deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora». Efectivamente, el objeto ahora de la norma es garantizar el mantenimiento real del empleo y de calidad al ser a tiempo indefinido y jornada completa. Por lo tanto, se define en términos mucho más concretos los objetivos de política de empleo, siendo más estricta y en línea con el establecimiento de un trabajo decente, poniendo el foco sobre el colectivo de personas jóvenes, contraponiéndolas a la promoción de la vida laboral más allá de la edad de jubilación.

Pues bien, se ha superado así parte de los problemas que anteriormente se relacionaban con el cese en el trabajo y la amortización de puestos de trabajo⁴⁰, quedando condicionada la jubilación forzosa a la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una nueva persona trabajadora, exigiéndose garantías concretas del relevo generacional. De manera que se retoma la STC 22/1981, de 2 de julio, donde se fallaba que las jubilaciones forzosas se justificaban sólo por objetivos de reparto de empleo. Si bien, hasta ahora el concepto poseía un cierto grado de indeterminación, lo que ha permitido una relativización que garantizasen el cumplimiento del fin que le servía de fundamento⁴¹. Consecuentemente, la Ley 21/2021 da un salto cualitativo sin precedente al exigirse garantías concretas del relevo generacional de calidad, siendo un aspecto inédito en

³⁹ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 251.

⁴⁰ B.M. LÓPEZ INSUA, J.L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 68.

⁴¹ A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, p. 160.

lo relativo a las cláusulas de la jubilación⁴².

Precisamente, es fundamental la concreción que la norma ha dado respecto a la contratación de una nueva persona trabajadora, pues no se trataría de una transformación de un contrato de trabajo de una persona trabajadora que ya se encuentre prestando servicios en la empresa, sino que deberá de constatarse una nueva contratación (*ex novo*). Al respecto, podemos preguntarnos si con esta precisión será suficiente corregir aquellas acciones arraigadas de las organizaciones empresariales acerca de la difuminación de la voluntariedad de la jubilación forzosa y las elevadas salidas prematuras de las personas trabajadoras de mayor edad. Esta cuestión no se disponía en la norma precedente, es decir, el RD-Ley 28/2018 contemplaba la posibilidad de transformar el contrato de trabajo a partir del cese obligatorio por jubilación, ahora no es así, pues solo cabe la posibilidad de una nueva contratación generando el aumento del acceso al empleo⁴³, además siendo de calidad al ser indefinida y a tiempo completo.

En cualquier caso, dicha nueva contratación queda al servicio del relevo generacional, no obstante, no se precisa qué se entiende por relevo generacional conformándose como un nuevo concepto jurídico indeterminado sobre el que se asienta la legitimidad de la jubilación forzosa⁴⁴. Este aspecto puede dar lugar a conflictividad interpretativa, pues no tienen por qué tratarse únicamente de la población trabajadora joven. Así, los convenios colectivos deberán de precisar esta cuestión mediante cláusulas más concretas y a tenor de lo fijado legalmente, siendo una gran oportunidad para la inserción de los colectivos vulnerables al mercado de trabajo a través de la nueva contratación preferente a partir de la jubilación forzosa, por ejemplo, de la población joven, de las personas desempleadas de larga duración o discapacitadas, entre otras.

En definitiva, la nueva redacción de la jubilación forzosa mediante la Ley 21/2021 evidencia un avance sobre las versiones anteriores respecto a las políticas de empleo que, aun siendo ahora más restrictiva, podemos tener una valoración en conjunto positiva a pesar de encontrar la necesidad de precisar algunas cuestiones para una correcta operatividad.

⁴² J.A. MALDONADO MOLINA, *Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, cit., p. 419.

⁴³ En oposición a este requisito, como analizaremos, en la regla especial de la jubilación forzosa con perspectiva de género no se concreta la necesidad de «un nuevo trabajador o trabajadora», por lo que cabe la posibilidad de una nueva contratación o transformación de los contratos.

⁴⁴ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 263.

4. La equidad de género como punto primordial en la nueva orientación sobre la jubilación forzosa

Al mismo tiempo, junto la concreción de la garantía de empleo, una de las novedades más importantes de la última reforma es el establecimiento de un sesgo de género en los requisitos de la jubilación forzosa y al amparo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), junto con la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. De hecho, es evidente que el desajuste o desequilibrio que existe en la protección social por razón de sexo-género ocasiona un problema de enorme magnitud que requiere una específica política integral de corrección de las desigualdades de género, obligación *ex art.* 9.2 CE, siendo una de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, como analizábamos supra.

Cierto es que, en los últimos años, se vienen tomando decisiones para intentar corregir la brecha de género, adoptándose distintas medidas de acción positiva orientadas a intentar compensar, al menos parcialmente, las consecuencias que para las mujeres derivan de su posición de desventaja en el ámbito laboral⁴⁵. Precisamente, mediante la Ley 21/2021 en aras de la garantía de efectividad del principio jurídico de igualdad de sexos, en primer lugar, se procede a emplear términos neutros de “persona trabajadora” o “persona afectada” frente a la terminología empleada hasta ahora de “trabajador”, reforzando así acciones desde la perspectiva de género y que consideramos muy acertada.

En el mismo sentido, en segundo lugar, de manera excepcional se establece un mecanismo flexibilizador que permite reducir esa edad de jubilación forzosa fijada por la normativa de Seguridad Social a favor de la mujer mediante el acceso al empleo en donde esté infrarrepresentada. En efecto, la edad general prevista de 68 años podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan los requisitos. Así, el objetivo ya no es favorecer la prolongación de la actividad siendo coherente con la política de empleo, sino alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género (DA 10^a.2 ET)⁴⁶.

El precepto señalando determina que «excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando

⁴⁵ I.M. VILLAR CAÑADA, *El sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida*, en www.laboral-social.com, 7 marzo 2022.

⁴⁶ J.A. MALDONADO MOLINA, *Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, cit., p. 420.

a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas».

De modo que se establece unos requisitos concretos que deben ser cumplidos para rebajar esta edad de jubilación forzosa en la negociación colectiva:

- solo será legítima en determinadas actividades productivas, siempre que la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas;
- se reitera que la condición de que la jubilación forzosa, al igual que el supuesto general, sólo puede operar cuando la persona trabajadora jubilada tenga derecho al 100 por ciento de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. De manera que, como analizábamos para la regla general, es un aspecto positivo aportando una garantía de indemnidad en la intensidad cuantitativa en la protección contributiva para la persona que se jubila;
- con cada extinción contractual en aplicación de la jubilación forzosa deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad;
- se impone la obligación a la empresa de comunicar la decisión extintiva de la relación laboral con carácter previo a los representantes legales de las personas trabajadoras y a la propia persona trabajadora afectada, lo que permite una mayor vigilancia y control por parte de la representación legal del cumplimiento de estos requisitos.

En suma, la negociación colectiva podrá establecer la jubilación forzosa mediante un límite a la edad para trabajar en los distintos sectores productivos basado, de una parte, en haber superado la edad legal de jubilación y poseer un acceso pleno a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, y de otra, en políticas de empleo equilibradoras desde el punto de vista de la desigual presencia por género⁴⁷. Todo ello, a favor de nuevas contrataciones bajo el parámetro de un empleo de calidad, por lo tanto, no solo logrando aspectos cuantitativos sino, también, cualitativos con la jubilación forzosa.

⁴⁷ S. PERÁN QUESADA, *op. cit.*, p. 101.

4.1. La virtualidad de la regulación respecto a la infrarrepresentación de la mujer en el sector de actividad

Como se ha señalado, la nueva redacción sobre la jubilación forzosa ha pasado a configurarse no solo como la posibilidad de dicha jubilación como regla general, también como un instrumento al servicio de una política de inserción al empleo con perspectiva de género siendo la regla excepcional. En este sentido, el empleo precario, la segregación ocupacional y la concentración en determinadas ramas de actividad son características de una parte del empleo femenino, no obstante, ahora a través de estas acciones positivas se pretende reducir esa infrarrepresentación de las mujeres en determinados sectores de actividad masculinizados. Para ello, en relación con las cláusulas de jubilación forzosa previstas en los convenios colectivos, se podrá exceptuar el límite de la edad mínima de acceso solo en determinadas actividades productivas. Es decir, quedando así legitimada la posibilidad de ceses a edades anteriores a las máximas permitidas legalmente, en cambio, solo cuando la participación sea inferior al 20 por cien. Cabe aclarar que, este porcentaje lo facilitará la Administración de la Seguridad Social en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio colectivo⁴⁸, por lo que no puede darse un listado cerrado. A estos efectos, se tendrá en cuenta para el cálculo de dicha tasa de ocupación la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor según los datos facilitados al realizar la inscripción en el registro y depósito correspondiente del convenio colectivo aplicable a la empresa. Sin embargo, este requisito puede ocasionar conflictividad si se tiene en cuenta que la tasa no es referente a la empresa, sino al sector donde la empresa desempeña su actividad, siendo especialmente problemática esta cuestión, por ejemplo, en las empresas multiservicios⁴⁹.

Igualmente, nos podemos cuestionar cómo se procederá a dicho cómputo

⁴⁸ La DA 10ª ET determina que «Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio».

⁴⁹ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 267.

de la tasa de ocupación de la población empleada en ese sector de actividad. En otros términos, se desconoce si se tendrá en cuenta solo aquellas personas trabajadoras con contrataciones indefinidas y a tiempo completo o, por el contrario, a la totalidad de la plantilla de la empresa con independencia de su modalidad contractual y de la jornada de prestación. Desde luego, hubiera sido deseable que la propia Ley 21/2021 concretara el criterio específico de cálculo. Ante dicha problemática, dada su vinculación con la materia, se podría tener presente el criterio utilizado para la cuantificación del número de personas trabajadoras de la empresa para la instauración de los Planes de Igualdad contemplado en el art. 3 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo⁵⁰. Por lo que se tendrían en cuenta la plantilla total de las empresas del sector de actividad, cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y personas con contratos de puesta a disposición (arts. 45.2 LOI y 3, RD 901/2020).

4.2. El fomento de la inserción laboral de las mujeres a partir de la DA 10ª ET: ¿una medida eficaz para la reducción de la segregación ocupacional de género?

El apartado 2 de la DA 10ª ET incorpora unos requisitos que se han de cumplir para la legitimación a esta regla especial de la jubilación forzosa. Así, con cada extinción contractual en aplicación de la jubilación forzosa se recoge un mecanismo flexibilizador de la edad por cuestión de género, si bien, deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. De manera que para la regla general de jubilación forzosa la contratación podría ser independientemente de su género, hombre o mujer, ahora existe la obligación expresa a que sea una mujer. Luego, se dispone de una medida de acción positiva con el objetivo de contribuir a la superación de la segregación ocupacional presente en nuestro mercado de trabajo. Dicho esto, no solo se cumplirá con el requisito de que dicha contratación sea de

⁵⁰ Compartimos la propuesta de interpretación ante esta problemática del profesor Molina Navarrete entorno a dicho cómputo de la tasa de ocupación de la población empleada en ese sector de actividad. Para ello, véase C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 267.

una mujer, también, recordemos que debe estar vinculada a un sector de actividad en la que haya con escasa representación femenina (inferior al 20%).

Avanzando sobre esta medida, en cualquier caso, a diferencia de lo establecido para la regla general sobre la jubilación forzosa, existe un contraste textual mediante una fórmula más flexible respecto a la nueva contratación. Concretamente, ahora sí, puede darse la contratación nueva o la transformación a un contrato indefinido y a tiempo completo siempre y cuando lo ocupe una mujer, lo que conlleva que esta trabajadora pueda estar prestando o no servicios en la empresa con anterioridad a la jubilación forzosa. De hecho, mientras que para la regla general se establece que dicha decisión debe de llevar a aparejada de, al menos, «un nuevo trabajador o trabajadora», para la regla especial de llevar a aparejada de, al menos, «una mujer en la mencionada actividad». Esto provocaría que para la regla especial se instale de nuevo la flexibilidad de la política de empleo que se concretaba en la RD-Ley 28/2018, no siendo baladí para la finalidad que subyace en la actual Ley 21/2021 acerca de contribuir a reducir dicha infrarrepresentación por género.

De manera que, de esta laguna o descuido respecto a la contratación pueden originar dos posibilidades: nueva contratación o transformación de contratos de trabajo. Como resultado de lo cual, de un lado, se puede producir un mayor acceso de la mujer a un sector en la que se encuentre con una menor tasa de ocupación femenina y a través de un nuevo empleo o contratación de calidad, de otro lado, la transformación y mejora de empleo, pero no de acceso de las mujeres que ya se encuentran trabajando en dicho sector, si bien, pasando a tener un contrato indefinido y a tiempo completo, es decir, con un empleo de calidad. A este respecto, sin duda, comparto la interpretación de que la idoneidad hubiera sido mantener o coincidir con la regla general acerca de la jubilación forzosa. En síntesis, la contratación nueva y simultánea de una persona sin posibilidad de transformación del contrato, para garantizar una efectiva política de empleo de acceso al mercado de trabajo de sectores masculinizados, con un empleo de calidad y con el fin de reducir la actual segregación ocupacional por género. No obstante, este interrogante se dará respuesta a través de la negociación colectiva, por lo que el éxito o el fracaso de esta acción dependerá en gran medida de la habilidad y la sensibilidad que muestren las partes o sujetos negociadores⁵¹.

⁵¹ N. SIRVENT HERNÁNDEZ, *El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyunar a superar la segregación ocupacional por razones de género*, en www.aedtss.com, 23 mayo 2022.

5. Conclusiones: una realidad positiva para la igualdad, pero con algunas dificultades prácticas

Entendemos que la jubilación es un derecho reconocido a la persona trabajadora y que debe de ser ejercitado de manera libre y voluntaria. De hecho, actualmente, las políticas europeas y nacionales discurren de forma paralela avanzando hacia la prolongación de la vida activa de las personas trabajadoras de más edad a través de la jubilación gradual y flexible, frente a la jubilación forzosa. Así, es especialmente significativo la eliminación de los incentivos económicos y de otra índole que favorezcan el abandono prematuro de las personas trabajadoras del mercado de trabajo. En este escenario se ha producido un endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación forzosa hacia la prolongación de la vida activa, pasando a unos requisitos más restrictivos y complejos a través del incremento de la edad y exigiendo una política de empleo más igualitaria, con lo que en la práctica podría generar que muy pocas personas trabajadoras sean las potenciales destinatarias del cese forzoso.

Ahora bien, ha sido necesario esperar a la Ley 21/2021 para constatar una efectiva correlación de la jubilación forzosa con los objetivos de la política de empleo, pues ha sido ignorada a lo largo de las diferentes etapas normativas, ahora quedando vinculados al relevo generacional. En este sentido, con la redacción previa caracterizada por formulas flexibles de las políticas de empleo se disponía de un conjunto de sugerencias para que los convenios colectivos tuvieran la libertad plena de elección entre la cantidad o la calidad en coherencia con la política. De hecho, con carácter general, los convenios colectivos precedentes relacionaban la jubilación forzosa con cláusulas programáticas basadas únicamente en el compromiso de una nueva contratación y sin ir más allá. Ahora, con la nueva reforma se solventa algunos de los interrogantes sobre la amortización del puesto de trabajo ocupado por la persona trabajadora, estableciendo de manera imperativa que la nueva persona trabajadora contratada tendrá que ser con carácter indefinida y a tiempo completo, preservando el empleo sin renunciar a la mejora de su calidad, recuperando así el rigor de la doctrina. Todo ello, ha supuesto una reformulación bajo un mínimo imperativo, esto es, la exigencia de una nueva contratación sin posibilidad de transformación de los contratos, siendo un cambio introducido con respecto al RD-Ley 28/2018, quedando abierto a la suplementariedad convencional⁵² y con la

⁵² J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, B. AGRA VIFORCOS, *La negociación colectiva: estudio de su*

relación directa con su configuración con el relevo generacional. No obstante, aún persisten algunas cuestiones que ocasionarán conflictividad interpretativa entorno al concepto jurídico indeterminado del relevo generacional sobre el que se asienta la legitimidad de la jubilación forzosa. En cualquier caso, podemos entender que es una gran oportunidad para que la negociación colectiva fomente la inserción de los colectivos vulnerables de nuestro mercado de trabajo mediante la nueva contratación preferente, por ejemplo, de las personas desempleadas de larga duración o discapacitadas, de la población joven, etc.

Al mismo tiempo, es destacable otra gran novedad positiva respecto a la nueva redacción de la DA 10ª ET y su conexión con la igualdad de género. En efecto, es por todos conocido la estrecha relación entre las trayectorias profesionales junto con las condiciones de empleo y de trabajo que no solo determina las “brechas laborales de género”, también las “brechas prestaciones de género”⁵³. A este respecto, con carácter general, la precariedad laboral que sufren las mujeres y de la existencia de ciertos mercados laborales sumamente segregados inciden sobre una brecha pensional desde una perspectiva de género tanto desde el punto de vista de la cuantía y en el acceso a la prestación, por lo que ha sido necesario abordar reformas urgentes en el plano de la Seguridad Social y no quedando exenta de ella la jubilación forzosa desde el punto de vista ocupacional a través de la Ley 21/2021.

Consciente de ello, la DA 10ª ET permite la reducción del tope mínimo de edad para el acceso a la jubilación forzosa tomando en consideración la fijada para la jubilación ordinaria, estableciéndose un objetivo coherente de política de empleo a favor de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. No obstante, solo cabe dicha posibilidad de forma excepcional cuando las mujeres trabajadoras por cuenta ajena se encuentren subrepresentadas en un sector de actividad, concretamente, siendo inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas. Pese a ello, debemos de tener en cuenta la posible dificultad por omisión de la legislación respecto a cómo se procederá al cómputo de la tasa de ocupación de la población empleada en el sector de actividad, además, del conflicto inherente entre la vinculación entre dicha tasa y el convenio colectivo de aplicación a la empresa, siendo altamente problemático en las empresas con actividades múltiples y que puede frustrar lograr el objetivo de esta acción positiva sobre la baja representación del colectivo femenino en determinados

ordenación jurídica antes y después de la reforma de 2021, Tirant lo Blanch, 2022, p. 82.

⁵³ C. MOLINA NAVARRETE, *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, cit., p. 425.

sectores de actividad.

En este escenario, también resulta relevante la vinculación de la jubilación forzosa con una política de empleo con equidad de género. Así, por cada cese contractual por edad producida por la jubilación forzosa lleve aparejada la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la actividad económica correspondiente. Sin embargo, debemos de advertir que esta medida de género preferencial se configura con un carácter diferente a la regla general, quedando abierta la posibilidad de una nueva contratación (*ex novo*) o de la transformación de un contrato de trabajo de una mujer, pudiendo dificultar el fin perseguido de equidad de género en el empleo. No podemos obviar que ha sido una materia especialmente problemática a consecuencia de la flexibilidad que se disponía en el RD-Ley 28/2018 centrándose en ella una gran crítica y el debate judicial, si bien, siendo superada en la regla general para la jubilación forzosa en la Ley 21/2021, pero que ahora se trae de nuevo a esta regla especial. Por lo que el éxito o el fracaso dependerá en gran medida de la habilidad y la sensibilidad que muestren las partes o sujetos negociadores.

En definitiva, tras un repaso sobre la jubilación forzosa y la nueva redacción de la DA 10ª ET podemos realizar un balance positivo global, tanto de la pauta general como en la especial con perspectiva género. En cualquier caso, debemos de mostrar una cautela respecto a la operatividad práctica de la jubilación forzosa a consecuencia de las mayores restricciones y endurecimiento de la misma a favor del envejecimiento activo. Asimismo, deberemos de esperar para considerar si la negociación colectiva ha sido eficaz o no respecto a la adaptación de los contenidos de la jubilación forzosa al relevo generacional y a la equidad de género, pues, como suele ser habitual, los resultados en la negociación colectiva tardan en verse reflejados a partir de las modificaciones introducidas en la legislación. En cualquier caso, la Ley 21/2021 demuestra el carácter continuista en algunos aspectos y novedosos en otros, consolidado la jubilación forzosa como una forma privilegiada de política de empleo mediante el relevo generacional y que, al mismo tiempo, pretende iniciar una nueva estrategia inédita basada en el fomento de la igualdad real y efectiva con el fin de superar la segregación ocupacional por género presente en nuestro mercado de trabajo.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ CORTES J.C. (2004), *¿Un efecto más de la jubilación gradual y flexible?: la imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva*, en *Temas Laborales*, n. 75, pp. 263-282

BLASCO PELLICER Á. (2002), *La jubilación forzosa en la negociación colectiva (efectos de la derogación de la Disposición adicional 10ª ET)*, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n. 1, pp. 63-78

CABEZA PEREIRO J. (2021), *Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad*, en *Revista de Derecho Social*, n. 96, pp. 63-85

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LOS ACUERDOS DEL PACTO DE TOLEDO (2020), *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*

ESTEVE SEGARRA A. (2022), *La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores*, en *Labos*, n. extra., pp. 156-166

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., AGRA VIFORCOS B. (2022), *La negociación colectiva: estudio de su ordenación jurídica antes y después de la reforma de 2021*, Tirant lo Blanch

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2019), *La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, tomo I

LÓPEZ INSUA B.M. (2022), *La protección de los mayores a debate tras la reforma de la Ley 21/2021: jubilación forzosa, brecha digital y políticas para el mantenimiento de un empleo digno*, en M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, F. VILA TIerno, M.A. GÓMEZ SALADO (dirs.), *El futuro de las pensiones en un contexto de reformas y cambios tecnológicos*, Tirant lo Blanch

LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *La jubilación parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares

LÓPEZ INSUA B.M., MONEREO PÉREZ J.L. (2022), *Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: Un equilibrio difícil en las reformas sociales*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 27, pp. 45-71

LÓPEZ VICO S. (2022), *Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*, Laborum, vol. 2

MALDONADO MOLINA J.A. (2022), *Las cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 407-430

- MALDONADO MOLINA J.A. (2021), *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el Sistema de protección social español*, Comares
- MIÑARRO YANINI M., MOLINA NAVARRETE C. (2023), *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo
- MOLINA NAVARRETE C. (2022), *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, La Ley
- MOLINA NAVARRETE C. (2007), *A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: ¿nuevos capítulos para una «historia interminable»?*, en *La Ley*, n. 1, pp. 1710-1721
- MOLINA NAVARRETE C. (2004), *Un error judicial no se corrige con otro: la licitud de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa condicionadas*, en *La Ley*, n. 3, pp. 1766-1774
- MOLINA NAVARRETE C., GARCÍA GIMÉNEZ M. (2001), *Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 217, pp. 3-60
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2019), *Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 18, pp. 13-25
- MORALES VÁLLEZ C. (2022), *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Aranzadi
- MUROS POLO A. (2021), *La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 26, pp. 91-112
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1985), *Política de empleo en España (1977-1982). Un quinquenio de política centralista ante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- PERÁN QUESADA S. (2022), *El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 27, pp. 95-110
- ROMERO RÓDENAS M.J., TARANCÓN PÉREZ E. (2022), *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social adaptado al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con las modificaciones introducidas hasta la fecha de publicación, incluida la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, Bomarzo
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2022), *Principales desafíos ante la discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*, Laborum, vol. 2

SIRVENT HERNÁNDEZ N. (2022), *[El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género](#)*, en [www.aedtss.com](#), 23 mayo

TORTUERO PLAZA J.L. (2021), *La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 3, pp. 14-19

TORTUERO PLAZA J.L. (2001), *La jubilación forzosa en las políticas de empleo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 33, pp. 251-262

TOSCANI GIMÉNEZ D. (2022), *La jubilación forzosa de los controladores aéreos. Comentarios a la STS de 25 de noviembre de 2020*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 4, pp. 320-328

VILLAR CAÑADA I.M. (2022), *[El sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida](#)*, en [www.laboral-social.com](#), 7 marzo

VILLAR CAÑADA I.M. (2022), *La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda – una vez más – la dimensión de género?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 468, pp. 97-128

VILLAR CAÑADA I.M. (2021), *La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 459, pp. 173-205

Desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad y la salud laboral: especial atención en la situación de la mujer trabajadora con discapacidad en Colombia*

Natalia Eugenia GÓMEZ RÚA**

RESUMEN: La discapacidad comprende las barreras para la participación y la igualdad a las que se enfrentan las personas con deficiencias físicas, síquicas o sensoriales como aquellas referidas a empleo y que afectan más a las mujeres con discapacidad. Dentro de la agenda nacional e internacional se ha puesto en discusión las inequidades y la necesidad de cumplir con los ODS respecto a esta población. Dentro de diferentes estrategias que se plantean se encuentra el desarrollo de capacidades orientado a que puedan elegir la vida que quieran vivir, siendo el trabajo un espacio relevante en el que inciden factores que involucran a los gobiernos, los empleadores y las personas. Se propone aplicar el modelo causal de la salud laboral para lograrlo y plantear premisas respecto las mujeres con discapacidad.

Palabras clave: Trabajo, empleo, género, funcionamientos, aspectos macro, aspectos micro, aspectos meso.

SUMARIO: 1. Organismos multilaterales y las personas con discapacidad en los entornos laborales. 2. El desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad. 2.1. Fundamentos generales del desarrollo de capacidades. 2.2. El desarrollo de capacidades y las personas con discapacidad. 3. La salud laboral de las mujeres con discapacidad en Colombia. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

* Artículo producto de la investigación *Inclusión de mujeres con discapacidad desde la perspectiva de la salud laboral y el desarrollo de capacidades* inscrito al Grupo de Investigación Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho, Universidad CES (Colombia).

** Doctora en Salud Pública; Abogada, Especialista en Derecho de la Seguridad Social, Magíster en Derecho; Docente Asociada e Investigadora de los Grupos Estudios Jurídicos y Observatorio en Salud Pública, Universidad CES (Colombia).

Development of Capacities of People with Disabilities and Occupational Health: Special Attention to the Situation of Working Women with Disabilities in Colombia

ABSTRACT: Disability includes the barriers to participation and equality that people with disabilities face, such as those related to employment and that are more present by women with disabilities. Within the national and international agenda inequities and the need to comply with the SDGs regarding this population have been discussed. Within different strategies that are proposed is the development of capacities aimed at allowing them to choose the life they want to live, with work being a relevant space in which factors that involve governments, employers and people affect. It is proposed to apply the causal model of occupational health to achieve this and raise premises regarding women with disabilities.

Key Words: Work, employment, gender, functioning, macro aspects, micro aspects, meso aspects.

1. Organismos multilaterales y las personas con discapacidad en los entornos laborales

El concepto de discapacidad, aunque continúa siendo un concepto polisémico, desde la perspectiva de los derechos humanos y como países miembros de la ONU, se acoge la definición de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad, ratificada en el ordenamiento jurídico colombiano en el año 2011. En este sentido se comprende la discapacidad en las personas como «la interacción entre sus deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales y las barreras que se les impone en la sociedad para la igualdad de condiciones y participación, debido a la actitud de los demás seres humanos en su entorno». A partir de las teorías desarrolladas sobre la discapacidad este concepto se orienta al enfoque social en aras de replantear el enfoque médico o rehabilitador que hace énfasis en la deficiencia y la necesidad que la persona se integre a la sociedad, es decir, como un problema individual que debe resolver para cumplir su papel en la sociedad.

A partir de la Convención, los Estados Parte de la ONU, reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Lo anterior incluye los ambientes laborales como espacios dinamizadores que contribuyen a los objetivos personales y económicos de las personas, personas a cargo y general a las familias.

A pesar de las premisas de este instrumento internacional, en sus informes, organismos multilaterales como la OMS y la OIT, continúan afirmando que aproximadamente el 15% de la población mundial presenta alguna discapacidad y siguen sometidas en los entornos laborales a peores condiciones de trabajo y salud respecto a otras personas¹. Adicionalmente en los últimos años, desde un enfoque de género, se ha afirmado que, del colectivo de personas con discapacidad, las mujeres reflejan mayores barreras e inequidades en materia de trabajo y empleo que son necesarias intervenir para mejorar sus condiciones de vida².

Adicionalmente, en septiembre de 2015, los Estados miembros de la ONU firmaron los [Objetivos del Desarrollo Sostenible 2015-2030](#) y varios están relacionados a con las mujeres con discapacidad. Concretamente, en el

¹ OIT, *Una nueva base de datos de la OIT pone de relieve los retos del mercado laboral de las personas con discapacidad*, en ilostat.ilo.org, 13 junio 2022; OMS, *Discapacidad. Proyecto de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: Mejor salud para todas las personas con discapacidad*, 2014.

² *Vid.* la colección [Briefs on women and girls with disabilities](#) de UN Women.

objetivo 5 se indica que «Acabar con toda discriminación contra las mujeres y las niñas no es solo un derecho humano básico, es crucial para un futuro sostenible; está comprobado que empoderar a las mujeres y las niñas ayuda al crecimiento económico y al desarrollo» y por supuesto tener un empleo aporta a su independencia, toma de decisiones y a obtener mejores roles en la sociedad.

En el objetivo 8 se encuentra *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos* y en una de las metas se plantea lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. Por su parte, el objetivo 10 tiene como meta *Reducir la desigualdad en y entre los países*, se considera un tema fundamental las mujeres con discapacidad porque, aunque se ha ampliado considerablemente la protección social a nivel mundial, las personas con discapacidad son cinco veces más propensas que la media a contraer gastos en salud catastróficos y se enfrentan a un espiral de vulnerabilidad por hecho de ser mujer y reconocerse como personas con discapacidad. Por último, el objetivo 11, *Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles*, fija como meta proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles, en particular para las mujeres y los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad.

En esta línea, también se señala que la discapacidad es costosa en cuanto a gastos en atención médica y la cantidad de pérdida salarial de las personas y adicionalmente se le agrega el costo no económico del sufrimiento humano y la pobre calidad de vida³. Por tanto, las condiciones de salud, empleo y trabajo son un eje problemático que debe ser abordado de forma integral respecto a las mujeres con discapacidad.

Asimismo, puede afirmarse que en los últimos años no se ha presentado una evolución significativa sobre las condiciones en las que se encuentran las personas con discapacidad considerando que en el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad se indicó que «independientemente del nivel de ingresos de un país, todas las personas con discapacidad se enfrentan a importantes obstáculos para acceder a la salud, la educación, las oportunidades de empleo y el apoyo financiero»⁴. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos a través del informe del Relator Especial de las personas con discapacidad, incluyó

³ INSTITUTO DEL DESEMPEÑO HUMANO Y LA DISCAPACIDAD Y MAESTRÍA EN DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL, *Inclusión Social de las Personas con Discapacidad. Reflexiones, Realidades y Retos*, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

⁴ UNITED NATIONS, *Rights of persons with disabilities. Note by the Secretary-General*, 2018.

como estrategias necesarias para la transformación de servicios, diseñar una estrategia de desarrollo de la fuerza de trabajo que sea realista, que tenga estructuras de carrera claras y sostenibles, cree espacio para el trabajo (en lugar de introducir requisitos excesivos de información sobre el trabajo) y en la cual se promueva un salario digno⁵.

Por otra parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) como resultado de un acuerdo de colaboración entre el Mecanismo para el Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI) de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y el Programa de la Unión Europea *EUROsociAL+*, orientado a visibilizar las situaciones de violencia que afectan a las niñas y a las mujeres que viven con algún tipo de deficiencia por su doble condición de género y discapacidad y a facilitar el acceso a la justicia de víctimas o sobrevivientes de estas violencias, presentó un informe en el que se afirma que la brecha de género es más que considerable en relación con múltiples aspectos como encontrar empleo o recibir apoyo suficiente para asegurar la autonomía y que las mujeres con discapacidad también tienen más posibilidades que los hombres con discapacidad de tener necesidades de atención de salud sin satisfacer, menos probabilidad de recibir formación profesional y empleo⁶. Como puede observarse existe una interrelación de carencias en educación, salud y empleo que requieren la revisión en cada legislación a partir de los datos estadísticos recolectados sobre la materia.

En el caso de Colombia, según la Encuesta de Calidad de Vida (ECV), la población en situación de discapacidad se estima en 2,65 millones de personas, que representan el 5,6% de las personas de 5 años y más. De ellas el 54,6% son mujeres y el 45,4% son hombres. Respecto a las brechas de género se encuentra que son más los hombres que cotizan para pensión que las mujeres; mientras el 11,0% de los hombres con discapacidad cotiza para pensión, este porcentaje es de 9,3% para las mujeres con discapacidad, es decir una brecha de género de 1,7 p.p. Sobre deficiencias, el 52,8% de las personas con discapacidad sufre alguna enfermedad de larga duración como enfermedades cardiovasculares, hipertensión, asma, bronquitis crónica, gastritis, lupus, cáncer, gota, leucemia, diabetes, entre otras. Este porcentaje es de 55,7% entre las mujeres con discapacidad, siendo superior en 6,4 p.p. al de hombres con discapacidad. Contrariamente, entre las personas sin discapacidad el 13,5% presenta enfermedades crónicas, siendo 16,1% entre las mujeres y 10,8% entre los hombres. Con relación al trabajo remunerado,

⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Transformación de los servicios para las personas con discapacidad. Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ONU, 2023.

⁶ OEA, [Informe temático: violencia de género contra las niñas y mujeres con discapacidad](#), 2022.

31,2% de los hombres con discapacidad realizó esta actividad, frente al 16,9% de las mujeres⁷.

Por otra parte, al contrastar lo normado con las realidades que enfrentan las mujeres con discapacidad en Colombia, el Instituto Nacional para Ciegos ha observado en diferentes estudios realizados, por ONG y académicas, que las mujeres con discapacidad expresan repetidamente aspectos de su vida laboral en los que se han sentido discriminadas, rechazadas y en algunos casos maltratadas; en general muestran grandes dificultades en el acceso al empleo, lo cual repercute en sus posibilidades de independencia y autonomía⁸. Por otra parte, el reporte del Sistema de Información de la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo (SISE), el 34,6% corresponde a mujeres con discapacidad, cuya mayor vinculación tienen discapacidad auditiva o física respectivamente, 14,4% y 9,0%; le siguen la cognitiva/intelectual (4,3%), visual (3,5%), discapacidad múltiple (2,8%) y psicosocial (0,6%)⁹.

Estas realidades implican para las mujeres con discapacidad, la necesidad de reconocer y ser reconocidas como actores importantes en los entornos laborales para contribuir a minimizar los obstáculos de acceso al empleo y tener mejores condiciones en los lugares de trabajo, así mismo que empresas y empleadores se comprometan con el cumplimiento de los ODS para minimizar brechas de inequidad, en este caso respecto a las mujeres con discapacidad y en esta medida puedan iniciar procesos de inclusión o mejorar los existentes desde presupuestos de desarrollo de capacidades y salud laboral. En sentido primero es importante abordar el desarrollo de capacidades y la perspectiva de este enfoque respecto a las personas con discapacidad e identificar los elementos relevantes que concretamente intervienen en los funcionamientos valiosos de las mujeres de este grupo socialmente vulnerable, tema que parte de las teorías de la justicia social como se analiza a continuación.

2. El desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad

2.1. Fundamentos generales del desarrollo de capacidades

La justicia ha sido un tema ampliamente debatido por distintas disciplinas,

⁷ DANE, *Discapacidad*, en www.dane.gov.co, 3 enero 2023.

⁸ M.R. YEPES, *La situación laboral de la mujer con discapacidad*, en www.inci.gov.co/blog, 31 marzo 2017.

⁹ MINISTERIO DE TRABAJO, *Cuatro de cada 10 trabajadores con discapacidad en Colombia son mujeres*, 2022.

las cuales reconocen que es una virtud de las instituciones sociales. De diferentes tipos de cosas se dice que son justas o injustas: no sólo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, incluyendo decisiones, juicios e imputaciones. Se llama también justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas mismas¹⁰.

Dentro de las teorías de la justicia, sobresalen tres por su influencia en las esferas políticas, económicas y sociales de las sociedades: Utilitarismo, Liberalismo igualitarista y Libertarianismo.

El Utilitarismo, tiene como exponentes a Bentham y Stuart Mill. Consideran que lo justo es aquello que consigue un mayor beneficio para la sociedad, con independencia de la distribución individual de este bienestar. Se inspira en el bienestar social a través de condiciones de vida dignas para todos los ciudadanos y del fomento de las libertades¹¹. Por su parte, el Liberalismo Igualitarista, tiene como exponente a John Rawls¹², quien señala que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Desde esta lectura, entiende como grandes instituciones, la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales.

El Libertarianismo, representado por Robert Nozick (93), se considera que es una respuesta a la teoría de la justicia. Plantea que los individuos tienen ciertos derechos naturales y que estos derechos son inviolables: «Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles sin violar los derechos». Los principios formulados por este filósofo son: la autopropiedad, la transferencia justa y el de apropiación originaria.

Continuando con estas teorías, también se ha planteado el desarrollo de capacidades de las personas con discapacidad, la perspectiva de justicia que se acoge para su abordaje corresponde al Liberalismo Igualitarista planteado por Rawls y dos autores que ampliaron la teoría de la justicia desde el enfoque de capacidades, Amartya Sen y Martha C. Nussbaum. Para esta elección se tuvo en cuenta la preocupación de esta corriente por los miembros más débiles, vulnerables y excluidos de la sociedad, como las personas con discapacidad y las mujeres.

En la obra *Teoría de justicia*, Rawls reformula la perspectiva kantiana, plantea

¹⁰ J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1997.

¹¹ M.S. STEIN, *Distributive Justice and Disability. Utilitarianism against Egalitarianism*, Yale University Press, 2006.

¹² J. RAWLS, *op. cit.*

que la idea de libertad no es realizable en el marco de sociedades inequitativas, y se preocupa por la justicia distributiva. En este sentido, indica que las personas son capaces de percibir una sociedad justa y que para construirla hay que producir el consenso político y poner en suspenso la posición original para entender al otro a través de un velo de ignorancia basado en libertades, en las que es primero atender a los desfavorecidos. Para esto las personas poseen dos poderes morales: capacidad para establecer una idea de justicia y capacidad para establecer una concepción del bien.

Al respecto, es importante aclarar los conceptos descritos por Rawls para explicar la justicia distributiva (Tabla 1).

Tabla 1 – Conceptos teoría justicia distributiva

| Concepto | Categorías | Definición |
|--------------------|--|---|
| BIENES PRIMARIOS | <ul style="list-style-type: none"> • Derechos • Libertades • Oportunidades • Poderes • Ingreso • Riqueza | Son las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener, además de todas las demás que pudiera querer. Término utilizado por filósofos como Aristóteles y Kant. Al respecto Rawls dice que el bien es la satisfacción del deseo racional. |
| POSICIÓN ORIGINAL | <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad • Imparcialidad • Constitución • Poder legislativo | La posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social (especialmente en lo expuesto por Kant). Es una situación hipotética, en cual se asume que es el acuerdo entre las personas respecto a los bienes primarios. |
| VELO DE IGNORANCIA | <ul style="list-style-type: none"> • Equidad • Imparcialidad | Es el statu quo inicial apropiado. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular. |

Fuente: Elaboración propia a partir de J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1997

Aunque en el discurso de Rawls es relevante la igualdad para el desarrollo de los principios de la justicia, las personas con discapacidades físicas,

intelectuales y mentales entre otras son excluidas expresamente de la discusión inicial.

En palabras de Nussbaum¹³ son directamente descalificadas como ciudadanos, porque no se ajustan a la imagen idealizada de la racionalidad moral y por tanto no están en la construcción rawlsiana de sujetos primarios de justicia y se reconoce expresamente que la justicia como equidad no ofrece una respuesta razonable a la situación de las personas con discapacidad. Es decir, Rawls no ofrece ningún principio de justicia para estas personas, ya que en su teoría no son cuestiones de justicia básica que afecten a los principios políticos más fundamentales de sociedad.

2.2. El desarrollo de capacidades y las personas con discapacidad

Sobre la teoría de justicia de Rawls, se desarrolla el enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen¹⁴, en cual se propone una lista heterogénea de capacidades en lugar de una lista de bienes primarios. Desde esta óptica, se entiende la libertad como una ventaja individual de la persona para hacer cosas que tenga razón de valorar, diferenciando los funcionamientos y las capacidades. Sobre las capacidades, se precisa que se refieren a funcionamientos valiosos para las personas, no solo en el hacer sino por una elección voluntaria y reivindicatoria de su dignidad como ser humano.

No obstante, el mismo autor indica que, aunque apunta a la relevancia central de desigualdad de capacidades en la evaluación de las disparidades sociales, no propone ninguna fórmula específica para decisiones de política. Asimismo, Sen, no se compromete específicamente a referirse a las personas con discapacidad, pero si considera importante estudiar seriamente los derechos humanos.

A este tema dedica un espacio importante en su obra *La idea de la Justicia*, en la que expresamente indica que la idea de derechos humanos es usada para cosas distintas de la producción legislativa. Deben entenderse como reivindicaciones éticas constitutivamente vinculadas a la importancia de la libertad humana y por esto los derechos son libertades, no solamente individuales sino de los otros, que van más allá de los placeres y la satisfacción de los deseos, en que se concentran los utilitaristas.

Sen indica que cuando las personas adquieren capacidades, alcanzan

¹³ M.C. NUSSBAUM, *Las Fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Espasa Libros, 2012.

¹⁴ A. SEN, *La idea de la justicia*, Taurus, 2011.

agencias, entendidas como la habilidad de definir las metas propias de forma autónoma y de actuar a partir de las mismas, lo cual se da en ejercicio de la libertad de ser agente, es decir, cuando se es libre de hacer y conseguir los propósitos que se consideran importantes. En últimas, los términos capacidades y agencias, son vistos como facetas del bienestar, entendido éste como vectores de realización o capacidad para conseguir realizaciones valiosas¹⁵.

Sobre estos postulados, Nussbaum, posteriormente profundiza sobre el concepto de capacidades, asevera que no solamente se debe tener la posibilidad de elegir las, sino que hay unas mínimas que se deben brindar. Sin dejar de ser una línea del liberalismo igualitarista, en su discurso esta explícito lo individual y lo colectivo que debe construirse alrededor de la discapacidad, ya que, aunque las capacidades están a disposición de la persona, la elección de estas debe ser garantizada por el Estado, entendido este como una construcción social y un escenario político. Para esta autora¹⁶, el enfoque de capacidades es una doctrina política acerca de los derechos básicos, ya que no garantizarlos constituye una violación grave. Reflexiona sobre la idea de una vida acorde con la dignidad del ser humano y plantea que desde un umbral de capacidades no sólo es posible una vida humana sino una buena vida para lo cual se requiere una lista mínima de estas.

Sobre la lista de capacidades, Nussbaum en su obra *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* describe cada una de ellas, siendo importante resaltar de sus conceptos lo siguiente¹⁷ (Tabla 2).

Tabla 2 – Capacidades mínimas desde la perspectiva de Nussbaum

| Capacidad | Concepto |
|---------------------|--|
| Vida | Ser capaces de vivir una vida humana sin morir prematuramente o antes de que la vida se reduzca a algo que no merezca la pena vivir. |
| Salud corporal | Ser capaces de gozar de buena salud, incluyendo la salud reproductiva, estar adecuadamente alimentado y tener una vivienda adecuada. |
| Integridad corporal | Ser capaces de moverse libremente de un lugar a otro. Estar a salvo de los asaltos, incluyendo la violencia sexual, los abusos sexuales infantiles y la violencia de género. |

¹⁵ A. SEN, *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, 1997.

¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 163.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 386-394.

| | |
|--------------------------------------|---|
| Sentidos, imaginación y pensamiento | Ser capaces de utilizar los sentidos, de imaginar, pensar y razonar, y de poder hacer estas cosas de una forma realmente humana, es decir, informada y cultivada gracias a una educación adecuada, que incluye el alfabetismo y una formación básica matemática y científica. |
| Emociones | Ser capaces de tener vínculos afectivos con cosas y personas ajenas a nosotros mismos; amar a los que nos aman y nos cuidan y sentir pesar ante su ausencia; en general, amar, sentir pesar, añorar, agradecer y experimentar ira justificada. |
| Razón práctica | Ser capaces de formar un concepto del bien e iniciar una reflexión crítica respecto de la planificación de la vida, esto incluye la libertad de conciencia. |
| Afiliación | Esto implica, primero, ser capaces de vivir con otros y mostrar interés por otros seres humanos y segundo, teniendo las bases sociales del amor propio y de la no humillación, ser capaces de ser tratados como seres dignos cuyo valor es idéntico al de los demás. |
| Otras especies | Ser capaces de vivir interesados y en relación con los animales, las plantas y el mundo de la naturaleza. |
| Capacidad para jugar | Ser capaces de reír, jugar y disfrutar de actividades de ocio. |
| Control sobre el entorno de cada uno | Incluye lo político y lo material. En lo político, ser capaces de participar eficazmente en las decisiones políticas que gobiernan nuestras vidas. Respecto a lo material, ser capaces de poseer no sólo de manera formal, sino en términos de una oportunidad real; tener derechos sobre la propiedad en base de igualdad con otros; tener el derecho de buscar un empleo en condiciones de igualdad con otros, ser libres de registros y embargos injustificados. |

Fuente: elaboración propia a partir de M.C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Espasa Libros, 2012

Por otra parte, se reconoce que las posturas de capacidades han tenido una fuerte crítica desde los aspectos éticos como tesis liberales individualistas que dejan recaer en el sujeto la responsabilidad de la discapacidad. Concretamente, Cuenca¹⁸ manifiesta no estar de acuerdo con planteamientos de Sen y Nussbaum sobre las capacidades como nociones de la libertad en sentido positivo, las oportunidades reales que se tienen respecto de la vida que se puede llevar y la lista de capacidades básicas que

¹⁸ P. CUENCA, *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2012, n. 158.

le permite al individuo elegir sus propios planes de vida. Argumenta que estos postulados pueden suponer al final un menor respeto a la dignidad de algunos sujetos y esto se denota cuando utiliza en su discurso términos como personas normales, lo cual demuestra que no se comprende integralmente el concepto de capacidades.

No obstante, respecto a las mujeres con discapacidad, es importante la noción de capacidades como un punto de partida, siendo necesario aclarar que derechos y capacidades no son sinónimos. Como se ha explicado derechos se refieren a aquellos que son inherentes al ser humano y necesariamente no tienen que estar reconocidos en norma, y las capacidades a la libertad de elegir funcionamientos valiosos. Se considera, como indica Calderón¹⁹, los derechos son capacidades combinadas, realmente ejercidas en la práctica, porque solamente cuando hay medidas efectivas es posible hablar de capacidades. Por lo tanto, se puede decir que las capacidades humanas se constituyen en el escenario en donde puede realmente establecerse si los derechos que se reconocen no están solamente consagrados en el papel o se puedan exigir, sino que se está en posesión de ellos.

Es decir, que en estas propuestas las personas son realmente tratadas como tal, pero no necesariamente como sujetos de derechos. Por ejemplo, desde fundamentos éticos, especialmente los planteados por Nussbaum, anclados en el bienestar y la prosperidad son conceptos que no pueden ser absolutos y su relatividad está dada desde el sentido de las citadas capacidades, ya que quien nunca las ha tenido, está excluido de desarrollarlas y estaría en una condición desigual frente a quien si puede hacerlo. Sin embargo, desde un enfoque de derechos podría pensarse en la articulación de las personas con discapacidad y las capacidades.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la discapacidad desde el enfoque de derechos implica comprender que no es suficiente la creación de normas o instrumentos nacionales e internacionales que consagren su definición y se pretenda inculcar la positivización de los derechos que son inherentes al ser humano, ya que basta tener esta condición para respetar la dimensión de sujeto moral de derechos con un Estado garante de los mismos. En últimas esto requiere una construcción colectiva, que no esté basada en los mínimos, ni al servicio de intereses económicos y políticos.

Asimismo, se debe considerar que la dignidad humana que se pretende visualizar depende de la capacidad de cada persona para desarrollar sus propios planes y lograr un equilibrio en el ejercicio pleno de sus derechos,

¹⁹ G. CALDERÓN, *Bioética, derechos y capacidades humanas*, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

limitando el concepto de ciudadanos iguales ante la Ley a las esferas individuales, por lo que las corrientes contrahegemónicas deberán ir más allá de nuevas perspectivas colectivas e incluir además a las personas con discapacidad y concretamente a las mujeres que hacen parte de esta población.

Puesto el bienestar en escena de ambientes de trabajo, se lograría que las personas con discapacidad a partir de la salud laboral puedan desarrollar capacidades y esto se reflejaría en su ámbito familiar y social.

Concretamente respecto a las mujeres y desde la perspectiva del desarrollo de capacidades debe tenerse en cuenta la importancia de dos capacidades básicas enunciadas por Nussbaum, la razón práctica y la filiación²⁰ las cuales les permite en materia de empleo y trabajo que se puedan desempeñar en cualquier actividad y relacionarse con los demás desde su propio reconocimiento, logrando autonomía e independencia, a partir de unos presupuestos importantes de la salud laboral en los cuales se analiza primero unas barreras para cumplir ese rol social como se explica a continuación.

3. La salud laboral de las mujeres con discapacidad en Colombia

Desde el modelo causal de la salud laboral, se reconocen las problemáticas de los trabajadores en ambientes de trabajo como una consecuencia de los mercados de trabajo, las relaciones laborales y la estructura productiva como elementos macro a cargo del gobierno, condiciones de trabajo y empleo como elementos meso a cargo de las empresas y condiciones de vida e individuales como elementos micro a cargo de los trabajadores²¹.

En esta estructura se debe tener a las mujeres con discapacidad, como grupo preferente, dada la vulnerabilidad social que presentan para acceder, permanecer y tener condiciones óptimas en sus empleos. Asimismo, a partir de las realidades que enfrentan y los citados objetivos del desarrollo sostenible, se debe tratar de minimizar los riesgos laborales a las que están expuestas. A partir de estas premisas podrán ser capaces de elegir funcionamientos valiosos para vivir, es decir, desarrollar capacidades como lo han planteado autores como Sen²² y Nussbaum²³.

Los Estados miembros de la ONU de la cual hace parte Colombia, a partir de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad,

²⁰ M.C. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de capacidades*, Herder, 2002.

²¹ F.G. BENAVIDES, P. BOIX, F. RODRIGO, J.M. GIL, *Informe de Salud Laboral. España, 2001-2010*, Císal-UPF, 2013.

²² A. SEN, *La idea de la justicia*, cit.

²³ M.C. NUSSBAUM, *Las Fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, cit.

reconocieron la importancia del goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Concretamente en materia de trabajo la garantía de inclusión, condiciones dignas, permanencia y ambientes de trabajo saludables. Igualmente, los ODS se refiere a las personas con discapacidad y las inequidades de género, pero organizaciones como [Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad \(CERMI\)](#) afirman a pesar de que en el mundo hay 600 millones de mujeres y niñas con discapacidad, y si bien gracias al trabajo de las organizaciones de discapacidad se consiguió que los ODS se hicieran eco de las personas con discapacidad, no se logró que se reflejara la situación de “discriminación interseccional” que sufre la población femenina con discapacidad.

Los reportes de los organismos multilaterales sobre las diversas dificultades que presentan las mujeres con discapacidad en el campo laboral no son sofismas. Desde este punto de vista, autores como Rivas afirman que los asuntos de salud laboral de las mujeres se ha reservado «para los aspectos biológicos especialmente relacionados con la maternidad, descuidando otras incidencias de género que pueden interactuar con otros factores de exposición a riesgos laborales y reduciendo las políticas a criterios aparentemente neutros pero basados en patrones masculinizados»²⁴ y basado en diferentes estudios asevera que existen riesgos laborales específicos de las mujeres como el acoso, laboral genérico o sexual, dobles jornadas, ligados a actividades feminizadas y derivados de otros factores de discriminación. En una revisión holística, en el caso de las mujeres, estos riesgos y la discapacidad, las convierte en grupos doblemente vulnerados.

Igualmente, autores como Ruiz, afirman que las mujeres con discapacidad tienen menos probabilidades de tener un trabajo decente que las mujeres sin discapacidad. Lo mismo ocurre con ciertos tipos de discapacidad especialmente los relativos a salud mental y discapacidad intelectual observándose tasas de empleo muy bajas²⁵. Es decir, que también la interseccionalidad entre ser mujer y persona con discapacidad genera mayores barreras para lograr su participación en las esferas laborales.

En Colombia, con la finalidad de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, se promulgó la Ley 1618/2013 en la cual se denota el interés por la inclusión laboral y el reconocimiento de los factores relacionados con el trabajo. También en el texto se considera importante

²⁴ P. RIVAS, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 74.

²⁵ J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual*, en *esta Revista*, 2019, n. 4.

desarrollar capacidades humanas y acciones para fortalecer el papel de los empleadores y las familias, en aras a que puedan afrontar las barreras para la igualdad de condiciones y participación. No obstante, lo anterior, respecto a las mujeres con discapacidad no se plantea aspectos relacionados con el mercado laboral y se da un mayor énfasis al tema de violencias, que, si bien es importante, omite que el escenario laboral contribuye a la autonomía y toma de decisiones. La ausencia de presupuestos legales sobre el asunto también se refleja igualmente en otras normas relacionadas con empleo y discapacidad concretamente en materia de riesgos laborales. Desde la perspectiva de la salud laboral a continuación se analizan aspectos a tener en cuenta para el desarrollo de capacidades de las mujeres con discapacidad en Colombia.

Sobre los aspectos macro, en cuanto a la estructura productiva que está relacionada con la información que suministra el gobierno, en Colombia respecto a las personas con discapacidad se hace a través del [Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad \(RLCPD\)](#) del Ministerio de Salud y Protección Social. En la normativa también se ha avanzado en diferenciar la pérdida de capacidad laboral con la discapacidad para lo cual se estableció un Certificado de Discapacidad a cargo del Estado²⁶. Por otra parte, los informes a cargo del Departamento Administrativo Nacional Estadístico (DANE) sobre la situación actual de las personas con discapacidad²⁷, incluyendo la parte laboral, evidencian un enfoque de género de las mujeres los cuales son relevantes en los diferentes estudios que evidencian desigualdades para el acceso al empleo, las condiciones y permanencia en los lugares de trabajo.

Respecto a mercados de trabajo, a través de la Ley 1636/2013 modificada por la Ley 2225/2022, se reconoce como agencia de gestión y colocación de empleo de las personas con discapacidad al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y las Cajas de compensación familiar. Si bien las mismas abren convocatorias para la vinculación laboral, la mayoría se encuentran orientadas a trabajos misionales y sin enfoque de género, lo que hace que la oferta real para mujeres con discapacidad sea invisible y sin criterios de equidad. Igualmente, diferentes entidades públicas y privadas tienen programas de inclusión de personas con discapacidad, las primeras por obligación de Ley y las segundas motivadas por estrategias de responsabilidad social y otras por algunos beneficios tributario que existen en el país.

²⁶ [Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social n. 1239/2022, de 21 de julio.](#)

²⁷ K. GARCÍA ROJAS (coord.), [Estado actual de la medición de la discapacidad en Colombia](#), Nota Estadística DANE, 2022.

No obstante, se desconocen las estadísticas institucionales sobre la participación de las mujeres con discapacidad, los cargos a los que son vinculadas y su permanencia en estas actividades, lo cual hace que los informes del DANE sean solamente una aproximación a las realidades de esta parte de la población con discapacidad e insuficiente la información global sobre las condiciones de inequidad respecto a otras personas con discapacidad y las mujeres sin discapacidad. Al respecto, se precisa que, en los estudios de este Departamento Estadísticos relacionados exclusivamente con mercado laboral de personas con discapacidad, se omite cualquier categoría relacionada con las mujeres y se limita indicadores generales como ocupación y posición²⁸.

Sobre las relaciones laborales, referido a derechos y obligaciones se suscribe al conocimiento de parte de la población de los presupuestos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de quienes logran acceder al mundo del trabajo. Pero a nivel estatal sigue siendo programática la inclusión laboral ya que poco se ha cumplido con Ley 1618/2013 para garantizar los derechos laborales y como se indica en algunos estudios, sigue existiendo barreras para su cumplimiento²⁹ y por lo tanto no ha sido objeto de discusión específica el tema de derechos y obligaciones de las mujeres trabajadoras con discapacidad.

En esta medida para lograr el desarrollo de capacidades de las mujeres con discapacidad, desde los aspectos macro se requiere el cumplimiento de las normas existentes y la creación de otras específicas para la protección de este colectivo en los entornos laborales, no es suficiente el dato general estadístico, es necesario mejorar la información sobre el mercado laboral que permita no solamente acceder a cargos misionales sino que se fomente la participación de mujeres con discapacidad con perfil profesional, lo cual se debe alinear con políticas de educación. En lo que tiene que ver con las relaciones laborales se requieren más estudios que aporten al reconocimiento de derechos y deberes de las mujeres con discapacidad en ambientes de trabajo y su seguridad y salud en los puestos de trabajo.

Por otro lado, los aspectos meso involucran concretamente a los empleadores ya que hacen referencia a condiciones de empleo (que involucra la forma cómo la persona es contratada, su afiliación a la seguridad social y las condiciones de ese contrato) y las condiciones de trabajo (que se refiere a la actividad para la que es contratada, su puesto y condiciones de este).

²⁸ DANE, *Mercado laboral población en condición de discapacidad. Trimestre móvil noviembre 2022-enero 2023*, Boletín Técnico, 10 marzo 2023.

²⁹ P. RIVAS, *op. cit.*; J. GUERRERO MORALES, *Progresividad en el acceso al trabajo de las mujeres con discapacidad en Colombia*, en *Vniversitas*, 2022, vol. 71.

En una revisión bibliográfica en bases de datos como EBSCO, VLeX, ScienceDirect y el motor de búsqueda Google Académico, no se evidencian estudios sobre las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres con discapacidad, solamente algunos estudios que evidencia la falta de enfoque de género en la normativa relacionada con las personas con discapacidad en materia laboral³⁰. Incluso desde la perspectiva de la salud laboral, en materia de las normas de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo no se hace referencia a asuntos de género y menos respecto a las mujeres con discapacidad.

Por lo tanto, desde los aspectos meso, se requiere para el desarrollo de capacidades de las mujeres con discapacidad, mejores referentes normativos y prácticos de las condiciones de empleo y trabajo, lo cual se encuentra muy relacionado con los aspectos macro referidos con el mercado laboral, evidenciar la oferta impacta también en las condiciones y concientiza a la sociedad sobre lo que se requiere para que las mujeres con discapacidad elijan la vida que quieren vivir, a partir de funcionamientos valiosos, y no solamente realizando preferencias adaptativas sobre los campos de acción que algunos sectores ofertan en general para las personas con discapacidad. Por último, sobre los aspectos micro se refieren a las condiciones de vida e individuales de las personas con discapacidad, en las que emergen variables como: edad, educación, vivienda, transporte entre otros. Adicionalmente los conceptos que se tienen sobre sus habilidades, los deseos, la felicidad y la independencia y que de una u otra forma inciden en su vida laboral.

Estos aspectos, son hoy abordados en los citados informes del DANE como notas estadísticas respecto a las personas con discapacidad y se realizan los diferentes análisis de género en aras de plasmar algunas diferentes en las condiciones de vida e individuales. No obstante, poco se abarca en estos análisis y otros estudios sobre las capacidades de las mujeres, lo que tiene que ver con habilidades, deseos, felicidad e independencia, se omiten en sus discursos, como también las incidencias que puede tener el nivel educativo para la oferta laboral, así como el lugar de vivienda y el transporte que deben usar para el desplazamiento al lugar del trabajo. En este sentido, se debe armonizar las encuestas con las realidades para el desarrollo de capacidades de las mujeres con discapacidad desde los aspectos micro de la salud laboral, se deben involucrar las experiencias de vida y de algunas empresas comprometidas con la inclusión laboral para fortalecer su participación en el mercado laboral.

³⁰ J. GUERRERO MORALES, *op. cit.*

4. A modo de conclusión

Los datos e informes estadísticos a nivel nacional e internacional reflejan realidades de las mujeres con discapacidad respecto a dificultades de acceso, permanencia y condiciones de empleo y trabajo. Es necesario transformar estas barreras para que sean actores importantes en los entornos laborales y cumplir con los ODS orientados a minimizar brechas de inequidad.

El enfoque del desarrollo de capacidades puede contribuir a minimizar las brechas de inequidad respecto a las mujeres con discapacidad con la finalidad de puedan escoger funcionamientos valiosos. Para tal fin debe tenerse en cuenta la importancia de dos capacidades básicas enunciadas por Nussbaum, la razón práctica y la filiación, ya que en materia de empleo y trabajo les permite lograr reconocimiento, autonomía e independencia.

Para el logro del desarrollo de capacidades, la salud laboral contribuye desde sus aspectos macro, meso y micro, pero se requieren compromisos de todos los actores, es decir, el gobierno, las empresas y los empleadores y las mujeres con discapacidad. Especialmente se considera que hay que hacer una revisión normativa con mayor compromiso para la inclusión laboral de esta población, mejorar las estrategias de los mercados de trabajo y de los cargos que se ofertan, articulando estas propuestas con el acceso a la educación que les permita a las mujeres mejores posibilidades para elegir la vida que quieren vivir, así mismo fortalecer el reconocimiento de derechos y obligaciones en los entornos laborales.

En la medida que esta parte se fortalezca, también las empresas y empleadores deben establecer mejores condiciones de empleo y trabajo con enfoque de género. Igualmente, como una cadena, se debe tener en cuenta las condiciones de vida e individuales de las mujeres con discapacidad para aportar al desarrollo de capacidades de esta población, se puede iniciar con la participación de mujeres con discapacidad que ya han hecho parte del mercado laboral y las empresas comprometidas con la inclusión laboral y a partir de sus experiencias hacer propuestas reales y efectivas para mejorar las tasas de empleabilidad y conocer datos relevantes de permanencia y condiciones laborales de las mujeres con discapacidad.

5. Bibliografía

BENAVIDES F.G., BOIX P., RODRIGO F., GIL J.M. (2013), *Informe de Salud Laboral. España, 2001-2010*, Císal-UPF

CALDERÓN G. (2012), *Bioética, derechos y capacidades humanas*, Pontificia Universidad Javeriana

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2023), *Transformación de los servicios para las personas con discapacidad. Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ONU
- CUENCA P. (2012), *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 158, pp. 103-137
- DANE (2023), [Mercado laboral población en condición de discapacidad. Trimestre móvil noviembre 2022-enero 2023](#), Boletín Técnico, 10 marzo
- DANE (2023), [Discapacidad](#), en www.dane.gov.co, 3 enero
- GARCÍA ROJAS K. (coord.) (2022), [Estado actual de la medición de la discapacidad en Colombia](#), Nota Estadística DANE
- GUERRERO MORALES J. (2022), [Progresividad en el acceso al trabajo de las mujeres con discapacidad en Colombia](#), en *Vniversitas*, vol. 71, pp. 1-14
- INSTITUTO DEL DESEMPEÑO HUMANO Y LA DISCAPACIDAD Y MAESTRÍA EN DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL (2003), *Inclusión Social de las Personas con Discapacidad. Reflexiones, Realidades y Retos*, Universidad Nacional de Colombia
- MINISTERIO DE TRABAJO (2022), *Cuatro de cada 10 trabajadores con discapacidad en Colombia son mujeres*
- NUSSBAUM M.C. (2002), *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de capacidades*, Herder
- NUSSBAUM M.C. (2012), *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Espasa Libros
- OEA (2022), [Informe temático: violencia de género contra las niñas y mujeres con discapacidad](#)
- OIT (2022), [Una nueva base de datos de la OIT pone de relieve los retos del mercado laboral de las personas con discapacidad](#), en ilostat.ilo.org, 13 junio
- OMS (2014), [Discapacidad. Proyecto de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: Mejor salud para todas las personas con discapacidad](#)
- RAWLS J. (1997), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica
- RIVAS P. (2008), *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 74, pp. 227-286
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), [Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 112-136
- SEN A. (2011), *La idea de la justicia*, Taurus
- SEN A. (1997), *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós
- STEIN M.S. (2006), *Distributive Justice and Disability. Utilitarianism against Egalitarianism*, Yale University Press

UNITED NATIONS (2018), [*Rights of persons with disabilities. Note by the Secretary-General*](#)

YEPES M.R. (2017), [*La situación laboral de la mujer con discapacidad*](#), en www.inci.gov.co/blog, 31 marzo

Normativa

[Ley 1636/2013, de 18 de junio](#), en *Diario Oficial*, 18 junio 2013, n. 48825

Ley 1618/2013, de 27 de febrero, en *Diario Oficial*, 27 febrero 2013, n. 48717

[Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social n. 1239/2022, de 21 de julio](#)

Páginas web

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): <https://cermi.es/>

Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad (RLCPD): https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/DisCapacidad_RLCPD.aspx

Acceso de los familiares derechohabientes a las prestaciones de seguros sociales. Su inconstitucionalidad e inconvencionalidad

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: Partiendo de la conceptualización de los familiares derechohabientes, su clasificación y los requisitos que deben cumplir, conforme a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, para que el mismo Instituto como órgano asegurador les atribuya tal carácter, este trabajo, con apoyo en los métodos analítico y comparado, tiene como objetivo el estudio de los requisitos que deben cumplir los familiares derechohabientes para acceder a los derechos de sucesión pensional y conservarlos en los seguros de riesgos de trabajo y vida, aunque algunos de ellos, transgredan sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Seguridad social, familiares derechohabientes, unión civil, prestaciones, pensionados.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los familiares derechohabientes. 3. Acceso a los derechos de sucesión pensional en el seguro de riesgos de trabajo. 4. Acceso a los derechos de sucesión pensional en el seguro de vida. 5. Mantenimiento de los derechos de sucesión pensional. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* Doctora en Derecho con mención sobresaliente y *cum laude* por la Universidad de Castilla-La Mancha (España); Investigadora asociada, Universidad Anáhuac (México).

Access of Family Members to Social Security Benefits Its Unconstitutionality and Unconventionality

ABSTRACT: Starting from the conceptualization of the entitled relatives, their classification and the requirements that they must meet, in accordance with the Institute of Security and Social Services of State Workers Act, so that the same Institute as insurance body attributes such character to them, this work, with the support of analytical and comparative methods, has the objective of studying the requirements that beneficiary relatives must meet to access pension succession rights and keep them in work risk insurance and life, even if some of them violate their fundamental rights.

Key Words: Social security, entitled relatives, civil union, benefits, pensioners.

1. Introducción

Desde la antigüedad hasta nuestros días, la familia como institución ha ocupado un lugar importante en todos los ámbitos de la vida. Su regulación en el Derecho de la Seguridad Social, principalmente, está encaminada a brindar bienestar y protección al asegurado o pensionado y a los miembros que integran su familia (beneficiarios legales), así como contrarrestar ciertas adversidades que aminoran su existencia a través de los esquemas prestacionales y los derechos de sucesión pensional cuando se reúnen los requisitos establecidos en las legislaciones de seguridad social para que pueda proceder su otorgamiento y cobertura.

El presente trabajo, con el apoyo de los métodos analítico y comparado, tiene como objetivo exponer la anticonstitucionalidad e inconvencionalidad de ciertos requisitos que la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE) impone a los familiares derechohabientes para acceder a las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo y a las prestaciones por muerte por causas ajenas al servicio. Para lograr tal cometido, el trabajo se divide en cuatro partes.

En la primera parte, partiendo de la conceptualización del familiar derechohabiente y su clasificación, con base en la reforma de 2023 se analiza la incorporación de las parejas del mismo sexo como familiares derechohabientes en la LISSSTE. En las dos subsiguientes partes son analizados los derechos de sucesión pensional en los seguros de riesgos de trabajo y vida, así como los requisitos que, de acuerdo con la LISSSTE, deben reunir los familiares derechohabientes para poder acceder a las prestaciones cuando se produce la muerte del titular del derecho como resultado de un riesgo de trabajo o por causas ajenas al servicio.

En la última parte, se analizan los requisitos, cuya observancia por parte de los familiares derechohabientes, les permite mantener la cobertura de los derechos de sucesión pensional en los seguros de riesgos de trabajo y de las prestaciones en caso de muerte por causas ajenas al servicio.

Un rubro importante del trabajo es el análisis que se realiza de la constitucionalidad y convencionalidad de los requisitos que posibilitan el reconocimiento de los derechos de sucesión pensional y el mantenimiento de los mismos a cargo de los incorrectamente denominados por la LISSSTE como familiares derechohabientes.

2. Los familiares derechohabientes

El reconocimiento de los beneficiarios del sujeto de aseguramiento es un

tema relevante en el ámbito de los sistemas de seguros sociales por los efectos económicos y financieros que trae aparejados, pues de operar la cobertura de los seguros y servicios previstos en las leyes de seguros sociales provocará que los organismos aseguradores encargados de su administración tengan que erogar recursos para pagar las prestaciones en dinero y otorgar las prestaciones en especie cuando sea procedente su cobertura con la finalidad de paliar las contingencias que amparan.

La LISSSTE, en contravención a la racionalidad comunicativa lingüística que debe estar presente en todo ordenamiento jurídico para que puede ser comprendido y cumplimentado por sus destinatarios, no proporciona un concepto del término familiares derechohabientes, únicamente enuncia que pueden tener tal carácter la o el cónyuge del trabajador o el pensionado, o falta de éstos, la concubina o concubinario que haya vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores o con quien tuviese uno o más hijos (as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio o de unión civil, o la persona con quien haya suscrito una unión civil. Por lo tanto, si la o el trabajador o la o el pensionado tienen varias concubinas o concubinarios, no será procedente decretar la cobertura de los seguros prestaciones y servicios que establece la LISSSTE¹.

A pesar de la indefinición normativa del desafortunado término de familiares derechohabientes porque la denominación de derechohabiente al englobar a los trabajadores y pensionados, como titulares de los derechos del sistema de seguros sociales establecidos en la LISSSTE, además de sus correspondientes familiares, hace innecesaria la conjunción del género derechohabiente y la clase o especie de los familiares que al tener características esenciales forma parte del género. Sobre todo, la expresión familiares derechohabientes resulta inadecuada cuando la LISSSTE bajo ésta, incorpora a las parejas del sujeto de aseguramiento.

Se considera más adecuado el término beneficiarios legales que emplea la LISSSTE en el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez para referirse a los familiares derechohabientes, a los que conceptualizamos como las personas que han sido afiliadas al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y tienen derecho a recibir las prestaciones establecidas en uno o varios de los seguros y servicios previstos en la LISSSTE y sus reglamentos cuando reúnan los requisitos exigidos por estos últimos.

Dentro del sistema de seguros sociales previstos en la LISSSTE, es posible

¹ Art. 6, fracción XII, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Este decreto entrará en vigor 6 meses después de su publicación.

clasificar a los familiares derechohabientes de la siguiente manera:

- a. Familiares derechohabientes conforme al régimen establecido en el artículo décimo transitorio de la LISSSTE.
- b. Familiares derechohabientes conforme al régimen de cuentas individuales.

En ambos casos, el reconocimiento de los familiares derechohabientes se limita a determinados miembros del grupo familiar, pero para tener tal carácter deberán reunir los requisitos que la LISSSTE impone y observar diversos requisitos para su conservación. Para adquirir la calidad de familiar derechohabiente deberá existir un sujeto de aseguramiento (trabajador o pensionado) que tenga derecho a los seguros, prestaciones y servicios establecidos en la LISSSTE, así como la existencia de una relación de parentesco consanguíneo de primer grado o por afinidad y que los familiares no tengan por sí mismos derechos propios a los seguros, prestaciones y servicios previstos en la LISSSTE, o a otros similares en materia de servicios de salud, otorgados por cualquier otro instituto de seguridad social.

Los tres requisitos, al ser de orden acumulativo, deberán ineludiblemente estar presentes y reunirse, aunque en su reconocimiento no intervenga la voluntad de los titulares de los derechos porque se encuentra determinado por la LISSSTE en favor de sus familiares más próximos. Cabe mencionar que la LISSSTE no prevé el derecho de sucesión pensional en todos los seguros que reconoce. La procedencia del derecho de sucesión pensional opera en las denominadas pensiones indirectas que son otorgadas cuando fallece el trabajador (a) o el pensionado (a) en favor de los familiares derechohabientes que reúnan los requisitos para ser considerados como beneficiarios del titular del derecho, pero también deberán cumplir con las exigencias legales para la conservación de tal carácter, que conforme al origen y la naturaleza de la contingencia que provocó el fallecimiento del titular del derecho, provoca el otorgamiento y pago de las prestaciones contempladas en el seguro de riesgos de trabajo o las pensiones por causa de muerte al carecer del carácter de profesionalidad.

El Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado extiende el derecho de sustitución pensional y la cobertura de las prestaciones y servicios que adquieren los familiares derechohabientes en favor de las parejas del mismo sexo ante el reconocimiento de la unión civil que puede constituirse entre las personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad

jurídica plena para establecer un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua, por el que se deriven obligaciones alimentarias, de sucesión o semejantes y que esté reconocido en la legislación de las entidades federativas, como los pactos civiles de solidaridad y las sociedades de convivencia².

La orientación sexual, al ser es una categoría reconocida y protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha provocado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como su intérprete autorizado, se ocupe de ella en la Opinión Consultiva OC-24/17, en los términos siguientes.

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Como resultado del reconocimiento y la protección de los derechos que tienen las parejas del mismo sexo, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y hace necesaria la exposición de las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato, las cuáles deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación de carácter exhaustivo³, pues de utilizarse a la orientación sexual como argumento para desconocer o hacer nugatorios los derechos prestacionales y de sustitución pensional provocaría la transgresión de los derechos de igualdad, propiedad, salud, seguridad social y de protección a todas las formas de familia, cuyo reconocimiento tiene lugar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en los tratados internacionales ratificados por el Senado de la República que forman parte del texto constitucional por disposición de su art. 1º.

De igual manera, dentro del marco del Sistema Universal de Naciones

² Art. 6, fracción XXX, del Decreto.

³ Corte IDH 26 febrero 2016, caso [Duque vs Colombia](#).

Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que es deber de los Estados asegurar que la legislación no resulte discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión y ha indicado, por ejemplo, que las diferencias de trato en el otorgamiento de prestaciones por jubilación a una pareja del mismo sexo constituyen una violación del derecho a estar libre de discriminación⁴.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo y de sus derechos fundamentales a través de estrategias de justiciabilidad indirecta o mediatas que permiten la protección de un derecho social por la vía de la denuncia de violación de otro derecho conexo cuya justiciabilidad no es puesta en duda⁵.

El derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo se ha posibilitado su justiciabilidad a partir de su conexidad con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (litigio estratégico)⁶. A manera de ejemplo, se encuentra el caso contencioso *Duque vs Colombia* que provocó que la Corte IDH determinará la responsabilidad del Estado colombiano por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación en perjuicio del señor Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de viudez con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo.

⁴ *Cfr.* Dictamen del Comité de Derechos Humanos 18 septiembre 2003, Comunicación n. 941/2000, [CCPR/C/78/D/941/2000](#), y Dictamen del Comité de Derechos Humanos 14 mayo 2007, Comunicación n. 1361/2005, [CCPR/C/89/D/1361/2005](#).

⁵ C. COURTIS, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, 2009, p. 204.

⁶ El litigio estratégico también denominado litigio de interés público o de las causas justas ha sido propuesto como una navaja de doble filo, pues por un lado, sustenta la inexigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y, por otro lado, se ha erigido como una opción para superar las objeciones a la justiciabilidad de los DESCAs como resultado de las injustificadas tesis que imperaron en el siglo pasado que atribuían a este tipo de derechos el carácter de normas programáticas de contenido impreciso y abstracto dirigidas a motivar la acción de los poderes políticos que escapan de la competencia de los juzgadores y de su falta de idoneidad técnica que se sustenta en las objeciones siguientes: 1) la realización de los DESCAs depende de las políticas públicas y la asignación presupuestal, por lo que la acción judicial resulta ineficaz para generar por ella misma los cambios necesarios para garantizar los derechos; 2) los jueces no son expertos en materia económica y social, por lo tanto, no estarían técnicamente preparados para abordar las complejas cuestiones políticas y económicas que la garantía de los DESCAs; 3) el poder judicial no es un organismo “contramayoritario”, esto es, sus funcionarios al no ser elegidos ni controlados por el voto popular, carecen de legitimidad necesaria para incidir sobre decisiones presupuestarias.

La misma determinación fue adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el caso *X*, quien mantenía una relación de convivencia con el señor *Y*. A la muerte *Y*, el señor *X* solicitó la cobertura de la pensión por viudez que, de manera indebida, le fue denegada porque su otorgamiento únicamente era procedente en favor de las relaciones heterosexuales.

Otro caso es el suscitado en 1999, en donde Edward Young mantuvo durante 38 años una relación con el señor *C*, quien fue un veterano de guerra que murió el 20 de diciembre de 1998, a la edad de 73 años. El 1° de marzo de 1999, Edward Young solicitó una pensión con arreglo al art. 13 de la Ley de Veteranos. Por su parte, el 12 de marzo de 1999, la Comisión de Repatriación denegó la solicitud porque no era un dependiente según lo definido por la ley, además de negarle una prestación por duelo por no reunir la calidad de miembro de una pareja al haber mantenido una relación del mismo sexo con *C*. Después de analizar el caso el Comité de Derechos Humanos determinó que la distinción entre parejas del mismo sexo, que están excluidos de los beneficios de pensión por ley, y las parejas heterosexuales no casadas, a quienes se les otorgan dichos beneficios, es discriminatoria y contraviene el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷.

El punto de partida y la fundamentación de los mecanismos de justiciaabilidad indirecta son los principios hermenéuticos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que posibilitan el reconocimiento de los derechos de sustitución pensional en favor de las parejas del mismo sexo a partir del derecho de igualdad y del correlativo principio de no discriminación protegidos por la CPEUM, sus leyes reglamentarias y los tratados internacionales ratificados por el Senado de la República.

Finalmente, cabe mencionar que los sujetos de aseguramiento también podrán hacer la designación de beneficiarios sustitutos en los contratos de administración de fondos para que pueda hacerse la entrega de los recursos de la cuenta individual en caso de tener lugar su fallecimiento o desaparición, conforme a la resolución de la declaración especial de ausencia, y a falta de familiares derechohabientes (denominados beneficiarios legales en el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez). La entrega de los recursos de la cuenta individual dependerá del tipo de régimen aplicable, como se puede observar en el siguiente cuadro comparativo.

⁷ *Vid.* Dictamen [CCPR/C/78/D/941/2000](#), cit.

Cuadro 1 – Devolución de recursos

| Pensión Décimo Transitorio | Pensión Cuentas Individuales |
|--|--|
| SAR ISSSTE 92 | SAR ISSSTE 92 |
| SAR FOVISSSTE 92 | SAR FOVISSSTE 92 |
| FOVISSSTE 2008 | FOVISSSTE 2008 |
| | Excedente de recursos no empleados para financiar la pensión percibida |
| Recursos acumulados en la subcuenta de retiro 2008 | Totalidad de recursos de la cuenta individual en caso de negativa de pensión |

Los beneficiarios sustitutos podrán acudir al PENSIONISSSTE⁸ o con la Administradora de Fondos para el Retiro (AFORE) que opera la cuenta individual para que proceda, por partes iguales, la devolución de los recursos que correspondan.

3. Acceso a los derechos de sucesión pensional en el seguro de riesgos de trabajo

La seguridad social como derecho humano fundamental y bien social genera cohesión, paz social, seguridad y permite la realización digna del ser humano en su entorno individual y colectivo. Uno de los instrumentos básicos de la seguridad social es el seguro social que protege al sujeto de aseguramiento y a sus beneficiarios en casos de necesidad contra determinados riesgos que ponen en peligro su existencia o los dota de los medios para subsistir ante la enfermedad (profesional y general), el desempleo, el retiro laboral o la muerte.

De acuerdo con la LISSSTE, la muerte o la desaparición derivada de un acto delictual del trabajador o trabajadora que es resultado de un riesgo de trabajo hace procedente en favor de los familiares derechohabientes la cobertura de una pensión que es equivalente al 100% del sueldo básico que hubiese percibido el titular del derecho en el momento de ocurrir su fallecimiento o desaparición, pero con la finalidad de que no pierda poder adquisitivo será actualizada anualmente en el mes de febrero conforme al

⁸ PENSIONISSSTE es el Fondo Nacional de Pensiones de los Trabajadores al Servicio del Estado, constituido como un órgano público desconcentrado del ISSSTE dotado de facultades ejecutivas, con competencia funcional propia.

Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al año calendario anterior, además de la misma gratificación anual que le hubiere correspondido al pensionado o pensionada por riesgos del trabajo⁹.

La o el cónyuge, o quien haya suscrito una unión civil con el titular del derecho podrá acceder a los derechos de sucesión pensional. Empero, si dos o más personas se ostentan como cónyuges y demandan el pago de la pensión se suspenderá su cobertura hasta que se defina judicialmente a quién corresponde el derecho, sin perjuicio del otorgamiento de las pensiones de orfandad. De acuerdo con el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, para llegar al conocimiento de la calidad que guardan los posibles derechohabientes y determinar a quién corresponden los derechos de sucesión pensional, la autoridad laboral puede realizar las diligencias siguientes¹⁰:

- a) Solicitar al Registro Civil de una o varias entidades, según sea el caso, que informe si existe acta de matrimonio entre las posibles beneficiarias y el trabajador fallecido y, en su caso, la remisión correspondiente; b) Investigar si las actas de matrimonio presentadas por las partes son apócrifas o perdieron su vigencia; c) Enviar oficio al Registro Civil que corresponda, para que informe si el acta de matrimonio presentada por la actora es auténtica o tiene alguna nota marginal de divorcio; y, d) De resultar necesario, hacer una comparación en cuanto a la temporalidad de la celebración de los matrimonios asentados en las actas del Registro Civil correspondientes. Lo anterior con la finalidad de otorgar el valor adecuado a las actas de matrimonio que se tengan a la vista, y decidir qué cónyuge tiene mejor derecho para la obtención y pago de la pensión por viudez solicitada.

Cuando un solicitante, ostentándose como cónyuge supérstite del titular del derecho o quien haya suscrito una unión civil con este último, reclame la pensión de viudez concedida a otra persona, únicamente se revocará el derecho de sucesión pensional cuando exista sentencia ejecutoriada en la que se declare la nulidad del matrimonio o de la unión civil que haya servido de base para la concesión de la primigenia pensión. La pensión de viudez del segundo solicitante que cumpla con los requisitos para su otorgamiento se percibirá a partir de la fecha en que se reciba la solicitud en el ISSSTE, sin que tenga derecho a reclamar las cantidades cobradas por el primer derechohabiente.

El cónyuge supérstite sólo, si no hay hijos o en concurrencia con éstos, por

⁹ Art. 67 LISSSTE.

¹⁰ Tesis n. I.14o.T.3 L (11a).

partes iguales podrá acceder a los derechos de sucesión pensional. Para que se decrete la procedencia de la pensión de orfandad los descendientes deberán ser menores de dieciocho años o que no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, lo que se comprobará mediante certificado médico expedido por el ISSSTE y a través de los medios legales procedentes para que pueda decretarse el pago de la pensión mientras exista la incapacidad que presentan.

Hasta la edad de veinticinco años, los descendientes podrán acceder a los derechos de sucesión pensional, pero deberán acreditar que se encuentran realizando estudios del nivel medio superior o superior, de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que carezcan de un trabajo.

Los hijos adoptivos sólo tendrán derecho a la pensión por orfandad, cuando la adopción se haya realizado por el titular del derecho antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad. Conforme a una interpretación amplia del término familia y las disposiciones normativas de la legislación civil o familiar, la adopción como institución jurídica, por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo¹¹, causa parentesco entre el adoptante y su familia con el adoptado y sus descendientes, provocando que el hijo adoptivo adquiera los mismos derechos y obligaciones que los hijos biológicos.

La Corte IDH al examinar las implicaciones de trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios ha determinado lo siguiente:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹².

Lo anterior en comunión con los cuatro criterios que el Derecho

¹¹ I. BRENA SESMA, *La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?*, en I. BRENA SESMA (coord.), *Reproducción asistida*, UNAM, 2012, p. 153.

¹² Opinión Consultiva Corte IDH 17 septiembre 2003, OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

Internacional de los Derechos Humanos ha fijado para evitar que cualquier distinción sea discriminatoria, los cuáles son los siguientes: 1) que sea aplicada en forma objetiva; 2) que obedezca a una justificación razonable; 3) que mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida; 4) que persiga un propósito legítimo en virtud del tratado respectivo¹³, no se encuentran presentes cuando se excluye a los hijos adoptivos de los derechos de sucesión pensional, porque la adopción se haya realizado por el titular del derecho después de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados parte están obligados a tomar las medidas apropiadas para garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de sus derechos, salvaguardar su interés superior y soslayar toda discriminación por causa de la condición o las preferencias sexuales de sus padres. La Corte IDH no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables que les son inherentes y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del menor como un verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección¹⁴.

Bajo estos imperativos, a los Estados les corresponde adoptar medidas especiales (en donde se incluyen las legislativas y políticas diferenciales) para que los niños o niñas y adolescentes, considerados como un sector históricamente desprotegido, disfruten de todos los derechos inherentes a su edad y condición humana. Adicionalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en lo concerniente a las categorías sospechosas ha sostenido lo siguiente:

Cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad¹⁵.

¹³ P. PALACIOS ZULOAGA, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Universidad de Chile, 2006, p. 34.

¹⁴ Opinión Consultiva Corte IDH 28 agosto 2002, OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

¹⁵ Tesis SCJN 31 octubre 2015, n. 1a./J. 66/2015 (10a.).

De acuerdo con la SCJN, los tres elementos necesarios de dicho escrutinio son:

- a) La revisión de la objetividad y la razonabilidad de la medida que ha de aplicarse.
- b) Determinar si la categoría sospechosa no se utiliza en forma injustificada.
- c) Si el trato diferente afecta el ejercicio de un derecho humano¹⁶.

Conforme a lo expuesto, la categoría sospechosa de la edad es utilizada para brindar un trato discriminatorio a quienes fueron adoptados por una persona que rebase los cincuenta y cinco años de edad, sin que el legislador haya expresado en la exposición de motivos y en el texto de la LISSSTE alguna razón que justifique esa denegación que contraviene los derechos fundamentales de igualdad, impide el acceso a la seguridad social ante la falta de reconocimiento y cobertura de la pensión de orfandad, además de afectarse el interés superior del menor al no garantizarse su bienestar, en un sentido amplio, que involucra no sólo la cobertura de sus necesidades físicas, educativas y emocionales, la necesidad de afecto y seguridad, sino la satisfacción de sus necesidades materiales¹⁷ a través del acceso a los derechos de sucesión pensional.

De acuerdo con lo expuesto, con excepción de los límites en las edades que se imponen a los descendientes para acceder a los derechos de sucesión pensional, debe derogarse de la LISSSTE la disposición que hace procedente la cobertura de la pensión de orfandad cuando la adopción se haya realizado por el adoptante antes de cumplir los cincuenta y cinco años de edad porque adicionalmente contraviene el deber del Estado mexicano de instaurar las medidas apropiadas para garantizar a todos los niños, niñas o adolescentes la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de sus derechos e inobserva la obligación que tiene de paliar las situaciones de desprotección en que los menores se hallen privados de los elementos necesarios que contribuyen a su desarrollo y al goce de sus relaciones familiares, tal y como acontece con la denegación de los derechos de sucesión pensional en los casos de orfandad de los hijos adoptivos.

Desde otro escenario, esto es, cuando se han cumplimentado los requisitos por parte de la viuda (o) o sus descendientes deberá decretarse la cobertura de las pensiones por viudez y orfandad, cuyo monto equivaldrá al 100% de la pensión que hubiese correspondido al titular del derecho, pero se dividirá

¹⁶ Tesis SCJN 23 septiembre 2016, n. P./J. 9/2016 (10a.).

¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 mayo 2013.

en partes iguales entre los familiares derechohabientes mientras reúnan los requisitos exigidos por la LISSSTE y, por lo tanto, cuando dejen de cumplirlos se procederá a realizar una nueva distribución entre los deudos con derecho a la sucesión pensional.

De no existir cónyuge, la sucesión pensional se decretará en favor de concubina o concubinario o con quien haya suscrito una unión civil el titular del derecho fallecido. Al ser completamente diferentes en el concubinato las situaciones en las que se encuentran, por una parte, las parejas que tienen hijos en común y, por la otra, las que no los tienen, los requisitos que deben cumplimentar también son diferentes.

A falta de descendencia, será necesario demostrar que los concubinos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato. Además de este requisito, las parejas sin hijos deberán acreditar haber vivido en común con el titular del derecho en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. De acuerdo con la Segunda Sala de la SCJN, las sentencias de jurisdicción voluntaria al no ser pruebas suficientes para acreditar el concubinato¹⁸ no generan derechos de sucesión pensional. Si al morir el trabajador o trabajadora tenían varias concubinas o varios concubinarios, ninguno tendrá derecho a la sucesión pensional.

A falta de cónyuge, descendientes, o en su caso de concubina o concubinario, o de quien haya suscrito una unión civil con el titular del derecho, la pensión se entregará a la madre o padre conjunta o separadamente y a falta de estos, los derechos de sucesión pensional podrán decretarse en favor de los demás ascendientes cuando comprueben que dependieron económicamente del trabajador o trabajadora fallecido.

Los mismos familiares derechohabientes en el orden establecido por la LISSSTE tendrá derecho al pago de una pensión equivalente al 100% de la que venía disfrutando el pensionado por incapacidad permanente, total o parcial, de producirse su deceso como una consecuencia directa de la causa que originó la incapacidad¹⁹. La pensión será actualizada anualmente en el mes de febrero conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al año calendario anterior.

Además, al no ser el ISSSTE parte de la beneficencia pública y los derechos de sucesión pensional al no tener el carácter de dádivas, de producirse el deceso del titular del derecho corresponderá al ISSSTE cubrir el monto constitutivo²⁰ a la aseguradora que elijan los familiares derechohabientes,

¹⁸ Tesis SCJN 4 octubre 2019, n. 2a./J. 130/2019 (10a.).

¹⁹ Art. 68 LISSSTE.

²⁰ De acuerdo con el art. 6, fracción XVI, LISSSTE, el monto constitutivo es la cantidad de dinero que se requiere para contratar una renta o un seguro de sobrevivencia con una aseguradora.

pues con cargo a éste, se les pagará la pensión que corresponda como resultado del cumplimiento de los requisitos impuestos por la LISSSTE. El saldo acumulado en la cuenta individual podrá ser retirado por sus familiares derechohabientes en una sola exhibición o utilizado para contratar un seguro de pensión que le otorgue una renta²¹ por una suma mayor.

Los mismos derechos prestacionales corresponderán a los familiares derechohabientes del titular del derecho fallecido a consecuencia de un riesgo de trabajo sujeto al régimen establecido en el art. 10º transitorio LISSSTE, pero el ISSSTE deberá contratar un seguro de sobrevivencia con cargo a los recursos que le sean transferidos por el gobierno federal.

4. Acceso a los derechos de sucesión pensional en el seguro de vida

Aunque parezca contradictorio con su denominación, el seguro de vida cubre la contingencia del fallecimiento del trabajador (a) o pensionado (a) por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad. De producirse la muerte del pensionado por incapacidad permanente, total o parcial, por causas ajenas a las que dieron origen a la incapacidad y haber cotizado al ISSSTE por tres años o más, se cubrirá en favor de los familiares derechohabientes el importe de seis meses de la pensión asignada al titular del derecho con cargo a la renta que hubiere sido contratada por el ISSSTE²².

Por su parte, la aseguradora que venía cubriendo la pensión entregará por concepto de gastos de funeral el importe de ciento veinte días de pensión a las personas que se hubiesen hecho cargo de la inhumación del pensionado cuando presenten el certificado de defunción y la constancia de los gastos de sepelio²³.

Los familiares derechohabientes también podrán acceder a las pensiones de viudez, concubinato, orfandad o ascendencia cuando reúnan los requisitos que establece la LISSSTE dependiendo del tipo de derecho prestacional que sea solicitado o reclamado. Tratándose de la viuda o viudo tendrá derecho a la cobertura de una pensión que es equivalente al cien por ciento de la que hubiese correspondido al asegurado por invalidez o de la pensión que venía percibiendo el titular del derecho, además de la misma gratificación anual a

²¹ De acuerdo con el art. 6, fracción XXI, LISSSTE, la renta es el beneficio periódico que reciba el Trabajador durante su retiro o sus Familiares Derechohabientes, por virtud del contrato de Seguro de Pensión que se celebre con la Aseguradora de su preferencia.

²² Art. 68 LISSSTE.

²³ Art. 138 LISSSTE.

que tuviera derecho este último.

La cuantía de la pensión de viudez será hasta por un monto máximo de diez veces el salario mínimo, pero se actualizará anualmente en el mes de febrero, conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al año calendario anterior.

A falta de esposa o esposo, el ISSSTE puede decretar la procedencia de la pensión de concubinato y la misma gratificación anual a que tuviera derecho el titular del derecho. Los concubinos deberán acreditar que permanecieron libres de matrimonio o de unión civil durante el concubinato, por lo tanto, si al fallecer el titular del derecho existieran varias concubinas o varios concubenarios nadie podrá acceder a la pensión de concubinato. Adicionalmente, las parejas sin hijos deberán acreditar que vivieron con el titular del derecho de manera común, constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años, sin la observancia de lo establecido en la materia civil, cuya naturaleza jurídica y requisitos son dísimiles a los que guían el derecho de la seguridad social.

Tratándose de los huérfanos de dieciocho años para acceder a pensión de orfandad deberán acreditar el parentesco con el trabajador (a) o pensionado (a). Adicionalmente para acceder a los derechos de sucesión pensional, los huérfanos mayores de dieciocho y hasta la edad de veinticinco años deberán exhibir en original la constancia de estudios que acredite que están realizando estudios de nivel medio o superior en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan un trabajo.

El pensionado por orfandad que llegare a los dieciocho años y no pudiese mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad duradera o discapacidad por deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, tendrá derecho al pago de la pensión por orfandad por todo el tiempo que subsista su inhabilitación, pero anualmente deberá someterse a los exámenes médicos que determine el ISSSTE.

El monto de las pensiones por viudez y orfandad será equivalente al 100% de la pensión que hubiese correspondido al trabajador (a) o de la cubierta al pensionado (a) fallecido, pero se dividirá en partes iguales entre los familiares derechohabientes mientras cumplan con los requisitos exigidos por la LISSSTE, y cuando dejen de cumplirlos se procederá a realizar una nueva distribución entre los deudos con derecho a la sucesión pensional.

Finalmente, a cada uno de los ascendientes del titular del derecho fallecido se les cubrirá una pensión de ascendencia y la misma gratificación anual a la que este último tendría derecho. La pensión será actualizada anualmente en el mes de febrero, conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor correspondiente al año calendario anterior, pero para que opere el reconocimiento de los padres como familiares derechohabientes es

necesario reunir los siguientes requisitos:

- a. La inexistencia de viuda o viudo, huérfanos, concubina, concubinario o de una unión civil.
- b. Comprobar la dependencia económica con el trabajador (a) o pensionado (a) fallecido por causas ajenas al servicio.

La pensión de ascendencia se otorgará con base en el 100% de la que hubiera tenido derecho a disfrutar el titular del derecho fallecido, pero se dividirá en partes iguales entre los padres, y en ausencia de éstos, el derecho de sucesión pensional puede operar en favor de los demás ascendientes cuando acrediten que dependieron económicamente del trabajador o pensionado.

Para que proceda la cobertura de las pensiones en favor de los familiares derechohabientes, el ISSSTE deberá cubrir el monto constitutivo a la aseguradora que elijan los familiares derechohabientes, con cargo al cual se les pagará la pensión que corresponda. En el orden establecido y de cumplirse con los requisitos analizados con anterioridad, los familiares derechohabientes del trabajador fallecido que cotizó durante quince años al ISSSTE y haya optado por el régimen establecido en el art. 10º transitorio LISSSTE también tendrán derecho al pago de la correspondiente pensión equivalente al cien por ciento.

Los derechos de sustitución pensional del seguro de riesgos de trabajo y de las pensiones por causa de muerte resultan incompatibles porque la causa del fallecimiento del titular del derecho tiene un origen diverso, pues cuando es resultado de un accidente o enfermedad de trabajo, su naturaleza es de orden profesional y su cobertura corresponde a las dependencias y entidades, en su calidad de patrones. En cambio, en las pensiones por causa de muerte al haberse producido el fallecimiento del trabajador (a) o pensionado (a) por causas ajenas a la prestación del servicio, su cobertura corre a cargo de los trabajadores y de las dependencias y entidades (empleadores).

5. Mantenimiento de los derechos de sucesión pensional

De acuerdo con la LISSSTE, los derechos de sucesión pensional únicamente pueden ser conferidos en favor de los familiares derechohabientes que mantengan los requisitos que la LISSSTE exige. El fallecimiento del familiar derechohabiente genera la extinción de las prestaciones conferidas en su favor al tener el carácter de derechos

destinados a garantizar la subsistencia del beneficiario que reunió los requisitos para que se decretará su cobertura.

En el caso de los pensionados por orfandad, los derechos de sucesión pensional no son vitalicios porque se extinguen cuando el beneficiario cumple dieciocho o veinticinco años, por lo que con la última mensualidad se otorgará al huérfano un pago finiquito equivalente a tres mensualidades de su pensión. La LISSSTE no impone a los huérfanos hasta la edad de dieciocho años el cumplimiento de requisitos para conservar el derecho de sucesión pensional adquirido con el acreditamiento del parentesco con el titular del derecho.

Los pensionados por orfandad mayores de dieciocho años conservarán hasta los veinticinco años los derechos de sucesión pensional cuando sean solteros, comprueben que están realizando estudios de nivel medio o superior en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan un trabajo. La falta de presentación de la constancia de estudios provoca la suspensión de los derechos de sucesión pensional.

Después de los dieciocho o veinticinco años es posible que los derechos de sucesión pensional se concedan en favor de los pensionados por orfandad cuando presenten una enfermedad duradera o discapacidad por deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Bajo este supuesto, la pensión por orfandad se prorrogará por todo el tiempo que subsista su inhabilitación, pero el ISSSTE deberá certificar anualmente su existencia mediante dictamen médico.

Por su parte, a los pensionados por ascendencia, la LISSSTE no les impone ningún requisito para mantener el derecho de sucesión pensional adquirido ante la inexistencia de viuda o viudo, huérfanos, concubina o concubinario y la comprobación de su dependencia económica con el titular del derecho fallecido a consecuencia de un riesgo de trabajo o por causas ajenas a éste.

En cambio, tratándose de los pensionados por viudez para conservar los derechos de sucesión pensional derivados de los seguros de riesgos de trabajo y vida, la LISSSTE les impone como requisito no contraer un nuevo matrimonio, entrar en concubinato o suscribir una unión civil.

Como resultado de la muerte del titular del derecho provocada por un riesgo de trabajo o por causas ajenas al servicio y ante el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LISSSTE por parte de las viudas o viudos, éstos últimos adquieren la calidad de pensionados y la incorporación de los derechos de sucesión pensional en su patrimonio poseen el carácter de derechos adquiridos que son resultado de las aportaciones realizadas por el titular del derecho y cuya titularidad corresponden a éste último de reunir los requisitos establecidos en la LISSSTE, pero que ante su ausencia o deceso corresponderán a sus familiares más próximos en el orden de

prelación que determina ese ordenamiento.

La Corte IDH define a los derechos adquiridos como aquellos que se incorporan al patrimonio de las personas y esta situación, no debe ser objeto de afectación, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario²⁴. La revocación de los derechos de sucesión pensional decretada en detrimento de los pensionados por viudez por contraer un nuevo vínculo matrimonial, entrar en concubinato o suscribir una unión civil contraviene los arts. 14 CPEUM y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque les arrebató de su patrimonio el derecho adquirido consistente en el pago de las prestaciones decretadas en su favor como resultado del fallecimiento del trabajador (a) o pensionado (a) a consecuencia de un riesgo de trabajo o por causas ajenas a éste.

A lo anterior se adiciona que al dejar de otorgarse la pensión de viudez se coarta el acceso a la seguridad social y puede ponerse en peligro la subsistencia de su beneficiario al dejar de percibir un ingreso de carácter económico, que en los casos de privación de un trabajo remunerado o de los medios para percibir una remuneración, constituye el medio que le permite subsistir y satisfacer sus necesidades básicas.

Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad que encuentra su fundamento en los principios de la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como en la facultad de autodeterminación, posee un carácter bidimensional al tener un ámbito externo y otro interno.

Desde el punto de vista externo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una genérica libertad de acción que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad²⁵. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege una esfera de privacidad del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce su autonomía personal²⁶.

De acuerdo con lo anterior, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad al implicar la toma de decisiones que solo importan y corresponden al individuo por estar relacionadas con su libertad para estructurar sus relaciones jurídicas conforme a sus deseos, preferencias e intereses es transgredido cuando el legislador, conforme a estereotipos del pasado, impone a los pensionados por viudez como requisito para mantener los derechos de sucesión pensional que no vuelvan a contraer

²⁴ Corte IDH 28 febrero 2003, caso *“Cinco Pensionistas” vs Perú*.

²⁵ Tesis SCJN 22 febrero 2019, n. 1a./J. 4/2019 (10a.).

²⁶ *Idem*.

matrimonio, entrar en concubinato o suscribir una unión civil, por lo que es necesario su derogación de la LISSSTE porque nulifica la libre elección de los planes de vida que tiene el pensionado por viudez y que el Estado tiene prohibido interferir, al estar únicamente constreñido a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada individuo elija.

Finalmente, la LISSSTE dispone que la divorciada o divorciado, o las o los legalmente separados de alguna unión civil podrán acceder a los derechos de sucesión pensional cuando a la muerte del titular del derecho, éste estuviera cubriendo los alimentos en razón de una condena judicial, pero condiciona la procedencia de la pensión en favor de la persona divorciada a la inexistencia de viudo, viuda, concubinario, concubina, descendientes y ascendientes con derecho a que les sea asignada una pensión.

De acuerdo con el Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, se trastoca el derecho fundamental a la igualdad y, concomitantemente, el principio de no discriminación, al excluir a la divorciada o divorciado por su estado civil en que se encuentra del derecho de sucesión pensional, en comparación con la viuda, viudo, concubinario, concubina, hijos y ascendientes que se enlistan en el art. 135, fracción II, LISSSTE y en cuyo favor se dispone la asignación de una pensión²⁷ cuando cumplan con los requisitos establecidos para su acceso y mantenimiento.

La LISSSTE al imponer como requisito a la divorciada o divorciado para acceder a los derechos de sucesión pensional que no exista un titular que reúna los requisitos para acceder a una pensión de viudez, concubinato o ascendencia, por una parte, introduce un elemento de diferenciación que impacta negativamente en el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación de las personas que obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial o la separación de alguna unión civil con el o la titular del derecho fallecido.

Y, por otra parte, al ser condenado el titular del derecho a ministrar alimentos por condena judicial en favor de la persona que obtuvo la disolución del vínculo matrimonial provocó que la asignación de la pensión de seguridad social se incorporara a su patrimonio y adquiriera el carácter de derecho adquirido, por lo que su revocación cuando la divorciada o divorciado contrae un nuevo matrimonio, suscribe otra unión civil o se une en concubinato provoca la inobservancia de un mandato judicial, además de transgredirse el derecho de propiedad y la calidad o proyecto de vida del pensionado o pensionada.

²⁷ Tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito 21 octubre 2022, n. XXX.3o.1 A (11a).

La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) ha considerado que cuando un Estado contratante aplica una legislación que prevea el pago de una prestación social, dependa o no del pago previo de cotizaciones, debe considerarse que esa legislación crea para las personas que cumplen esas condiciones un interés patrimonial²⁸ que se incluye dentro del campo de aplicación del art. 1 del Protocolo n. 1. De igual manera, la Corte IDH ha considerado al derecho a la propiedad como todo derecho que forma parte del patrimonio de una persona, lo que ha posibilitado que a través de ese derecho se reclamen las prestaciones de seguridad social²⁹ (litigio estratégico).

6. Conclusión

Los seguros sociales, como instrumento básico de la seguridad social, son indispensables para subsistir, contribuyen a elevar la calidad de vida y su disfrute con dignidad, aseguran la paz, la tranquilidad y el desarrollo de las naciones, además de formar parte del mínimo vital y ser componentes básicos del trabajo decente, por ello deben proporcionarse a sus derechohabientes (asegurados, pensionarios y beneficiarios) de manera adecuada y eficaz.

Ante la actual situación financiera que tienen los institutos de seguros sociales, por supuesto, que el reconocimiento de los beneficiarios es un tema relevante porque implica la erogación de recursos para cumplir con los esquemas prestacionales que demanda la creciente población derechohabiente y que pueden poner en peligro la estabilidad económica/financiera y la existencia de esos organismos.

Asimismo, bajo un concepto actual, social y dinámico de familia en concordancia con el principio de la realidad, la expedición de la LISSSTE, que data del siglo pasado y ante una cambiante realidad en la conformación de las familias mexicanas, amerita su revisión y adecuación a los tiempos que vivimos en donde la noción de familia no queda reducida a las relaciones derivadas del matrimonio, al englobar otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabitan fuera de cualquier vínculo

²⁸ Corte EDH 5 enero 2017, caso *Müller vs Austria*, Comunicación n. 12555/03; Corte EDH 16 septiembre 1996, caso *Gaygusuz vs Austria*, Comunicación n. 17371/90; Corte EDH 20 junio 2002, caso *Azinas vs Chipre*, Comunicación n. 56679/00.

²⁹ Caso *“Cinco Pensionistas” vs Perú*, cit.; Corte IDH 1º julio 2009, caso *Aceredo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs Perú*; Corte IDH 6 marzo 2019, caso *Muelle Flores vs Perú*; Corte IDH 21 noviembre 2019, caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs Perú*.

marital o la inexistencia del vínculo biológico que puede tener lugar en las familias conformadas a través de las técnicas de reproducción asistida que requieren de la protección de los seguros sociales en los que el sujeto de aseguramiento se encuentra inscrito y contribuye para su financiamiento y, por tal motivo, también demanda su protección y amparo.

A manera de ejemplo de lo expuesto, a nivel internacional, las sentencias de las Salas Sociales de diversos órganos jurisdiccionales han determinado no limitar la regulación de las prestaciones de maternidad, a la madre biológica, sino hacerlas extensivas por analogía a las personas que asumen la progenitura biológica (madre o padre) o una función similar como ocurre en la adopción, el acogimiento familiar y la maternidad subrogada³⁰.

En la revisión y modificación de la LISSSTE es necesario el estudio de los criterios emitidos por la SCJN en materia de reconocimiento de los beneficiarios y del examen realizado a los requisitos para que éste tenga lugar conforme a los actuales tiempos, soslayando injustificadas exigencias que respondieron a estereotipos del pasado que lesionan la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales, aunado al estudio de la normatividad aplicable dependiendo del tipo de beneficiario, del sujeto obligado a su otorgamiento, así como de la naturaleza y cobertura de las prestaciones y derechos de sucesión pensional como auténticos derechos fundamentales.

7. Bibliografía

BRENA SESMA I. (2012), *La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?*, en I. BRENA SESMA (coord.), *Reproducción asistida*, UNAM

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), [*Observación general N° 14 \(2013\) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial \(artículo 3, párrafo 1\)*](#), 29 mayo

COURTIS C. (2009), *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara

³⁰ *Vid.* STS 25 octubre 2016 (rec. 3818/2015); STS 16 noviembre 2016 (rec. 3146/2014); STSJ Cataluña 23 noviembre 2012 (rec. 6240/2011); STSJ Cataluña 9 marzo 2015 (rec. 126/2015); STSJ Cataluña 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015); STSJ Cataluña 19 julio 2016 (rec. 2965/2016); STSJ Madrid 18 octubre 2012 (rec. 1875/2012); STSJ Madrid 13 marzo 2013 (rec. 3783/2012); STSJ Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 1465/2014); STSJ Murcia 30 marzo 2015 (rec. 931/2014); STSJ Comunidad Autónoma de Canarias (Las Palmas) 4 noviembre 2016 (rec. 741/2016).

PALACIOS ZULOAGA P. (2006), *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Universidad de Chile

Jurisprudencia

Corte EDH 5 enero 2017, caso *Müller vs Austria*, Comunicación n. 12555/03

Corte EDH 20 junio 2002, caso *Azinas vs Chipre*, Comunicación n. 56679/00

Corte EDH 16 septiembre 1996, caso *Gaygusuz vs Austria*, Comunicación n. 17371/90

Corte IDH 21 noviembre 2019, caso [*Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria \(ANCEJUB-SUNAT\) vs Perú*](#)

Corte IDH 6 marzo 2019, caso [*Muelle Flores vs Perú*](#)

Corte IDH 26 febrero 2016, caso [*Duque vs Colombia*](#)

Corte IDH 1° julio 2009, caso [*Acevedo Buendía y otros \("Cesantes y jubilados de la Contraloría"\) vs Perú*](#)

Corte IDH 28 febrero 2003, caso [*"Cinco Pensionistas" vs Perú*](#)

Dictamen del Comité de Derechos Humanos 14 mayo 2007, Comunicación n. 1361/2005, [CCPR/C/89/D/1361/2005](#)

Dictamen del Comité de Derechos Humanos 18 septiembre 2003, Comunicación n. 941/2000, [CCPR/C/78/D/941/2000](#)

Opinión Consultiva Corte IDH 24 noviembre 2017, OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, [*Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*](#)

Opinión Consultiva Corte IDH 17 septiembre 2003, OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, [*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*](#)

Opinión Consultiva Corte IDH 28 agosto 2002, OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*](#)

Tesis del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito 13 agosto 2021, n. I.14o.T.3 L (11a.)

Tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito 21 octubre 2022, n. XXX.3o.1 A (11a.)

Tesis SCJN 4 octubre 2019, n. 2a./J. 130/2019 (10a.)

Tesis SCJN 22 febrero 2019, n. 1a./J. 4/2019 (10a.)

Tesis SCJN 23 septiembre 2016, n. P./J. 9/2016 (10a.)

Tesis SCJN 31 octubre 2015, n. 1a./J. 66/2015 (10a.)

Normativa

[Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado](#), en *Diario Oficial de la Federación*, 20 enero 2023

[Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado](#), en *Diario Oficial de la Federación*, 31 marzo 2007

La necesidad de nuevos enfoques con respecto a la salud, la seguridad y la protección social de las mujeres que trabajan en las condiciones actuales en Rumania

Dan ȚOP*

RESUMEN: La mujer embarazada tuvo y tiene un importante aliado en las normas jurídicas, que reconocen su situación de vulnerabilidad durante todo el embarazo e incluso después del mismo. En la medida en que la digitalización implica una automatización de tareas que permite evitar o reducir tanto los entornos como las actividades peligrosas en el lugar de trabajo, conduce al mismo tiempo a un aumento de los riesgos psicosociales. A nivel de la UE, no existe una unidad legislativa respecto a la situación de la maternidad subrogada así, el Consejo de Europa, envía una fuerte señal a los estados miembros que no han regulado un mecanismo para el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero de conformidad con la legislación interna, como es Rumanía. Para que la adaptación y modernización del marco legal de la UE, que permite a los padres y personas con responsabilidades de cuidado conciliar la vida profesional con la vida familiar, sea una realidad, se necesitan nuevos enfoques.

Palabras clave: Trabajadora embarazada, protección de la maternidad, riesgo de maternidad, madre sustituta, permiso de paternidad.

SUMARIO: 1. El modelo actual de prevención de riesgos laborales. 2. El papel y la importancia de un nuevo modelo de prevención de riesgos laborales. 3. Nuevas formas de protección de la maternidad en el trabajo. 4. Protección de la madre sustituta trabajadora o madre de intención trabajadora. 5. Perspectiva de género en la licencia parental. 5.1. El permiso de paternidad. 5.2. El período dentro del permiso parental en el que el padre puede quedarse en casa con el hijo. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Escuela de Doctorado en Sociología y Ciencias Jurídicas de la Academia Rumana (Rumania).

The Need for New Approaches Regarding Health, Safety and Social Protection of Working Women under the Current Conditions in Romania

ABSTRACT: The pregnant woman had and has an important ally in legal regulations, which recognize her vulnerable situation throughout the pregnancy and even after it. To the extent that digitization implies an automation of tasks that makes it possible to avoid or reduce both dangerous environments and activities in the workplace, it leads at the same time to an increase in psychosocial risks. At the EU level, there is no legislative unit regarding the situation of surrogate motherhood, so the Council of Europe sends a strong signal to the member states that have not regulated a mechanism for the recognition of filiation established abroad. in accordance with internal legislation, as is Romania. For the adaptation and modernization of the EU legal framework, which allows parents and people with care responsibilities to reconcile professional life with family life, to become a reality, new approaches are needed.

Key Words: Pregnant worker, maternity protection, maternity risk, surrogate mother, paternity leave.

1. El modelo actual de prevención de riesgos laborales

Tanto la legislación europea como la nacional contienen disposiciones que protegen a las mujeres embarazadas o lactantes en una relación laboral o de servicios con un empleador. El estado de embarazo y maternidad puede justificar¹ ciertas medidas de protección en beneficio de la mujer, creando un cierto estado de desigualdad de trato; así, según la directiva, la mujer debe regresar de la licencia de maternidad, a su antiguo cargo o cargo similar, y beneficiarse de un trato similar al que hubiera recibido si no hubiera dejado el cargo; asimismo, la trabajadora se beneficiará de las correspondientes vacaciones anuales, tras el regreso del permiso de maternidad y la trabajadora podrá solicitar que, a la hora de calcular el subsidio de maternidad, se tenga en cuenta el incremento salarial del que se habría beneficiado si no se hubiera ausentado del causa de la maternidad.

La mujer, especialmente la mujer embarazada, ha sido siempre, de forma natural y fácil de entender, beneficiaria de unas normas escritas y no escritas de protección, a nivel de toda la sociedad. La rama del derecho laboral también se sumó² a este complejo sistema de normas jurídicas que protegen a las mujeres embarazadas.

La mujer embarazada tuvo y tiene un importante aliado en las normas jurídicas, que reconocen su situación de vulnerabilidad durante todo el embarazo e incluso después del mismo y, en consecuencia, le otorgan una protección especial.

En Rumanía³ se concede el derecho a la baja por riesgo de maternidad, según el art. 31 del GEO 158/2005 sobre vacaciones y prestaciones del seguro social de salud, en las condiciones previstas por el GEO 96/2003 sobre protección de la maternidad en los lugares de trabajo, aprobado con modificaciones y adiciones por la Ley 25/2004, con sucesivas modificaciones y adiciones⁴.

Si la trabajadora embarazada realiza una actividad en el trabajo que presenta riesgos para su salud o seguridad o con repercusiones en el embarazo y la lactancia, el empleador está obligado a modificar sus condiciones de trabajo y/o su horario de trabajo en consecuencia o, si esto no es posible, a asignarla

¹ R.R. POPESCU, *Dreptul european al muncii. Legislație, doctrină și jurisprudență*, Universul Juridic, 2020, p. 98.

² I. DUMITRU, *Considerații asupra legalității concedierii lucrătoarelor gravide, lăunze sau care alăptează*, en *Revista Română de Dreptul Muncii*, 2016, n. 11, p. 24.

³ B.M. LÓPEZ INSUA ET AL., *Régimen de las incapacidades por maternidad. Permisos parentales. Derecho comparado España – Rumanía – Colombia*, Zven, 2020, pp. 61-88.

⁴ D. ȚOP, *Noi reglementări privind protecția maternității la locul de muncă*, en *Revista Română de Dreptul Muncii*, 2015, n. 10, pp. 13-18.

a otro trabajo sin riesgos para su salud o seguridad, según recomendación del médico del trabajo o del médico de familia, con el mantenimiento de los ingresos salariales.

También se tendrá en cuenta el art. 48 del Código del Trabajo, según el cual el patrón puede cambiar temporalmente el lugar y tipo de trabajo, sin el consentimiento del trabajador, como medida de protección del trabajador⁵. Si el empleador no tiene la posibilidad de hacerlo, la empleada embarazada tiene derecho a la licencia de maternidad.

La licencia por riesgo de maternidad también se concede si, por razones objetivas, el empleador no puede trasladar a una trabajadora embarazada, cuya salud se ve afectada por el trabajo nocturno, a un trabajo diurno.

Los certificados de licencia por riesgo de maternidad son emitidos por el médico de familia o especialista en obstetra-ginecología, con la opinión del médico del trabajo, por períodos de un máximo de 30 días naturales, por una duración total de un máximo de 120 días naturales, en su totalidad o fraccionada, a aseguradas embarazadas, a aseguradas que hayan dado a luz recientemente o que estén en período de lactancia.

El subsidio de riesgo de maternidad se paga a la trabajadora, previa solicitud, con base en el certificado médico emitido por el médico de familia o el médico especialista, con la opinión del médico del trabajo. Por lo tanto, la visa de médico del trabajo en el certificado de licencia médica implica la confirmación del riesgo materno.

Para pagar el subsidio de riesgo de maternidad no se requiere la aprobación del empleador, pero es necesario que el médico de familia o el médico especialista en ginecología y obstetricia con la visa de médico del trabajo expidan el certificado de licencia de riesgo de maternidad, para que con esta visa de la obligación de pago surge el subsidio de licencia por riesgo de maternidad.

La base para el cómputo de la licencia de maternidad, según el art. 10 del GEO 158/2005, se determina como el promedio de los ingresos brutos mensuales de los últimos 6 meses de los 12 meses que componen el período de cotización, hasta el límite de 12 salarios mínimos brutos por país por mes, a partir de la cual se calcula la cotización del seguro por trabajo. El ingreso medio incluirá el incremento por horas extraordinarias así como las primas, montos sobre los cuales se calculó la cotización del seguro por trabajo. Así, la base de cálculo es el promedio de los ingresos mensuales obtenidos en los últimos 6 meses, en los meses previos a la concesión de la licencia por maternidad. Se suman los ingresos logrados en los 6 meses, y se divide el monto obtenido por el número de días de pasantía logrados en

⁵ D. ȚOP, *Tratat de dreptul muncii*, Universul Juridic, 2022, p. 324.

los 6 meses. En la práctica, el subsidio de riesgo materno representa el 75% del promedio diario de la base de cálculo, que se multiplica por el número de días de baja laboral.

En relación con el impuesto sobre la renta, el subsidio de riesgo de maternidad representa renta no imponible, según el art. 62, encendido. c, del Código Fiscal⁶.

2. El papel y la importancia de un nuevo modelo de prevención de riesgos laborales

En la medida en que la digitalización implica una automatización de tareas que permite evitar o reducir tanto los entornos como las actividades peligrosas en el lugar de trabajo, conduce al mismo tiempo a un aumento de los riesgos psicosociales ante situaciones en expansión como la intensificación del trabajo, exigencias psicológicas superiores o de un control tecnológico del rendimiento de los trabajadores.

Una visión panorámica de los retos futuros en prevención identifica una serie de factores como:

- el rápido desarrollo tecnológico, que está relacionado con la exposición a agentes biológicos, químicos y nanomateriales, cambios en los métodos, procesos y organización del trabajo o reducción de la actividad física, todo lo cual puede desencadenar desequilibrios hormonales, aumento de la carga de trabajo cognitivo y psicológico, accidentes laborales inesperados, un deterioro de la salud física y el desarrollo de trastornos musculoesqueléticos (TME);
- cambios organizativos derivados de la intensificación del trabajo, nuevos roles laborales, la necesidad de aprendizaje continuo o el uso extensivo de herramientas digitales, lo que supondría un aumento de la carga cognitiva y psicológica, además de un aumento del estrés laboral. y el deterioro de la salud mental⁷.

La idea general sobre el futuro de la digitalización y su impacto en SST se podría resumir en que existe una tendencia relacionada con el hecho de que, junto con la posibilidad de generar entornos inteligentes, que eviten o reduzcan la presencia de riesgos en el lugar de trabajo, porque, «si bien los peligros físicos pueden disminuir, es probable que aumente la exposición a los riesgos psicosociales»⁸.

⁶ Ley 227/2015.

⁷ INSSST, *Desafíos de la digitalización para la seguridad y salud en el trabajo. La emergencia de riesgos psicosociales y el trabajo de plataformas digitales*, 2023, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 17.

Entre las medidas implementadas en Rumanía, podemos mencionar, en primer lugar, la introducción de un período de preaviso de al menos 10 días que el trabajador da al empleador cuando ejerce su derecho a permiso y subsidio para el cuidado de los hijos, antes de la finalización del permiso de maternidad, o antes de la fecha estimada de inicio del permiso parental, a través de una solicitud, en papel o electrónicamente, especificando la duración prevista del permiso parental.

Como novedad, cabe mencionar el establecimiento de cuestiones como el plazo de “preaviso” para anunciar el permiso y el tiempo estimado, al tiempo que se introduce un nuevo artículo, el art. 19, según el cual, «para solicitar la excedencia para la crianza del hijo, las personas previstas en el art. 8 párr. 1 y 2 tienen la obligación de comunicar al empleador, al menos 10 días antes de la finalización del permiso de maternidad o, en su caso, antes de la fecha estimada de inicio del permiso parental, la intención de ejercer su derecho al permiso parental presentando una solicitud en formato escrito o electrónico, especificando el período esperado de licencia para criar al niño. Si el derechohabiente no especifica el período previsto en la solicitud de licencia, el empleador aprueba la solicitud por el período máximo de licencia para criar al hijo», es decir, por regla general, por un año y 10 meses.

En segundo lugar, el empleador debe asegurar el mantenimiento, hasta el final del permiso por crianza de los hijos, de las condiciones de trabajo y los derechos salariales que tenía al inicio del permiso o adquiridos a lo largo del mismo.

En tercer lugar, cabe mencionar la introducción del permiso y el subsidio de alojamiento, concedidos a los padres adoptivos, como un período asimilado para la adquisición del derecho al permiso por crianza del hijo y al subsidio por retención del hijo.

En cuarto lugar, es necesario precisar que en el caso de personas que, en un mismo mes, obtengan ingresos tanto en el país como en los estados de la UE⁹ que aplican el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, pero sin superposición de períodos de actividad, para tener en cuenta, a la hora de conceder el derecho a la licencia parental y la pensión alimenticia, las cantidades obtenidas en ambos países.

3. Nuevas formas de protección de la maternidad en el trabajo

Fue introducido en el Código del Trabajo, por la Ley 283/2022 para la

⁹ D. ȚOP, *Derecho social europeo*, Zven, 2018, pp. 194-217.

modificación y finalización de la Ley 53/2003-Código del Trabajo, así como la Ordenanza de Emergencia del Gobierno 57/2019 sobre el Código Administrativo, la obligación del empleador de dar razones por escrito para negarse a aceptar una solicitud de un horario de trabajo individualizado de un empleado («dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud»). ¿Por qué se introdujo esta obligación? Por desiderátum de mayor transparencia. Prácticamente¹⁰, sin estar condicionado a elegir la forma de organizar su actividad, el empresario no puede limitarse a decir «no estoy de acuerdo con el programa individualizado», pero ahora también debe explicar por qué no está de acuerdo.

La solicitud podría provenir de cualquiera de las partes, si nos fijamos en el art. 118, pero estamos hablando de una posibilidad de establecer tales fórmulas de trabajo flexible, y no de una obligación. Si bien el trabajador no está obligado a reincorporarse al trabajo antes de la expiración de la licencia parental, aun cuando el empleador tenga derecho a concertar programas individualizados, si bien el empleador está obligado a responder de una forma u otra a la solicitud de este último, si ella quiere volver a trabajar, pero en un horario diferente al anterior.

Dado que la legislación relativa a la protección de la maternidad de las trabajadoras en Rumania no contiene ninguna disposición relativa a una licencia adicional para las mujeres solteras, tal disposición en la legislación laboral sería útil.

4. Protección de la madre sustituta trabajadora o madre de intención trabajadora

A nivel de la Unión Europea, no existe una unidad legislativa respecto a la situación de la maternidad subrogada. La gestante es la mujer en cuyo útero se transfiere el embrión formado tras la fecundación de un óvulo propio (sustituta genética) o de otra mujer (sustituta gestacional), que da a luz al niño, de forma que, a partir de este momento, para ser entregado a la pareja¹¹.

La posición de los países con respecto al procedimiento de gestación subrogada a nivel europeo se caracteriza de la siguiente manera¹²: países que han legalizado el procedimiento de gestación subrogada (Croacia, Holanda,

¹⁰ S. VOICULESCU, *Programele individualizate de muncă, o soluție de compromis pentru angajatele care vor să se întorcă mai repede din concediul de creștere*, en www.avocatnet.ro, 11 noviembre 2022.

¹¹ A. HUIDU, *Reproducerea umană medical asistată*, Lumen, 2010, p. 395.

¹² A.B. RUSU, *Maternitatea de substituție din perspectiva drepturilor successorale ale copilului astfel conceput*, en *Dreptul*, 2022, n. 8, p. 26.

Grecia; países que prohibieron el procedimiento de sustitución (Austria, Estonia, Eslovenia, Suecia); países que toleran parcialmente el procedimiento de sustitución (Bélgica, Luxemburgo, Polonia, República Checa); países que no toleran o donde no hay regulaciones con respecto al procedimiento de gestación subrogada (Francia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Rumania).

En la sentencia *C.D.*¹³, el TJUE fue remitido por un juzgado laboral británico sobre la solicitud de la futura madre sobre el pago del permiso de maternidad, aunque no había dado a luz. El TJUE señaló en el apartado 40 de la sentencia que, una trabajadora que como madre concibe un hijo a través de una madre subrogada no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso en las condiciones en que puede amamantar al bebé después del nacimiento o si está amamantando.

En el caso de *D.B. y otros c. Suiza*¹⁴, el Tribunal de Estrasburgo dictaminó por mayoría que Suiza violó el art. 8 (el derecho al respeto a la vida privada de un niño nacido por maternidad subrogada) de la Convención en caso de gestación para otro y por unanimidad que no hubo violación del art. 8 (el derecho al respeto a la vida familiar de la futura madre y el padre genético).

Con esta decisión, el capítulo sobre la aplicación del art. 8 de la Convención en el caso del hijo resultante de la gestación para otro. Toda discusión sobre la violación del orden público por la gestación por cuenta ajena realizada en el extranjero en los casos de establecimiento o reconocimiento de la filiación del hijo así concebido y nacido debe ser concluida. Además, cualquier discusión sobre el sexo/género de los futuros padres se vuelve irrelevante. La sentencia envía una fuerte señal a los estados miembros del Consejo de Europa que no han regulado un mecanismo para el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero de conformidad con la legislación interna. Rumanía es uno de ellos.

Los casos en esta materia deben ser resueltos mediante la aplicación por parte del juez nacional del principio del interés superior del niño¹⁵, que prevalece absolutamente sobre cualquier otra norma de derecho interno en materia de filiación y reproducción humana médicamente asistida con un tercero, donante y subrogación o gestación por otra, sino y la opinión consultiva de la Corte. Es muy probable que muchos posibles conflictos futuros sobre la filiación derivados del éxodo de madres sustitutas de Ucrania sean resueltos por los tribunales nacionales sobre la base de las

¹³ STJUE 18 marzo 2014, asunto C-167/12, *C.D. c. S.T.*

¹⁴ STEDH 22 noviembre 2022.

¹⁵ L. TEC, *Principiul interesului superior al copilului în cazul gestației pentru altul – mai presus de ordinea publică*, en www.juridice.ro, 24 noviembre 2022.

soluciones establecidas por la Corte.

A través de su jurisprudencia y opinión consultiva, la Corte ha logrado lo que podríamos llamar justicia procreativa. Los problemas relacionados con la filiación, la nacionalidad, la identidad del hijo concebido y nacido de la gestación por otro o de la maternidad subrogada deben resolverse con prioridad y celeridad siguiendo el interés superior del niño, teniendo en cuenta la realidad que salta a la vista: la existencia de un niño en carne y hueso. Cada niño es una bendición para los padres que lo esperan con mucho amor en su hogar. Pero si un hijo tan deseado que fue ordenado, concebido por RUAM y nacido como resultado de la gestación para otro, será el curso de puericultura consiste, de hecho, en presentar algunas nociones teóricas y prácticas básicas necesarias para el cuidado del niño pequeño, para que el padre pueda participar efectivamente en el cuidado de su propio hijo recién nacido.

5. Perspectiva de género en la licencia parental

5.1. El permiso de paternidad

Las reglas de la licencia de paternidad sufrieron una serie de cambios a fines de 2022, con una de las nuevas disposiciones en la materia que establece que los padres ahora tienen más opciones¹⁶ a la hora de asistir a cursos de cuidado de niños, lo que permite extender la licencia de paternidad a 15 días. En concreto, ahora los padres pueden realizar los cursos para el cuidado adecuado del niño pequeño no solo en el médico de familia, como se hacía antes, sino también en los hospitales, por ejemplo.

Tal como lo establece la Decisión Gubernamental 1.577/2022, los cursos de puericultura ahora pueden realizarse en el consultorio del médico de familia del padre o en las unidades de salud u otras unidades especializadas que organizan dichos cursos.

El curso de puericultura consiste, de hecho, en presentar algunas nociones teóricas y prácticas básicas necesarias para el cuidado del niño pequeño, para que el padre pueda participar efectivamente en el cuidado de su propio hijo recién nacido.

Los padres pueden asistir a los cursos mencionados durante el embarazo de la madre o después del nacimiento del niño. Una vez comprobadas las nociones adquiridas por los padres, el médico de familia o, en su caso, el

¹⁶ D. NICULESCU, *Lista centrelor unde se pot face cursurile de puericultură, care permit taților mai multe zile de concediu paternal, a fost extinsă*, en www.avocatnet.ro, 19 febrero 2023.

personal especializado de los hospitales u otras unidades especializadas les expide un certificado de finalización del curso de puericultura. Si el padre del recién nacido es médico o enfermero, ya no es necesario realizar el curso de puericultura, sino únicamente obtener el certificado.

El certificado es el documento que acredita la adquisición de las nociones sobre la atención del recién nacido e incluye, además, los datos personales del documento de identidad del padre, la fecha de expedición, la firma e iniciales del médico de familia o, en su caso, en su caso, del personal especializado de los hospitales o de las unidades especializadas que organizan dichos cursos.

Con base en el certificado, el padre del recién nacido, que efectivamente participa en su cuidado, tiene derecho a una licencia de paternidad retribuida de 15 días hábiles, aumentando la duración estándar de la licencia de paternidad, que es de diez días hábiles, con una de cinco días hábiles adicionales. El incremento de la duración del permiso de paternidad para los padres que siguen cursos de puericultura se aplica por cada hijo recién nacido, respectivamente por cada nacimiento en caso de embarazos múltiples en función del certificado de finalización del curso de puericultura, independientemente de cuándo se obtenga. Ante los cambios en cuanto a la licencia de paternidad, ésta podía prorrogarse, con base en el certificado de finalización del curso de puericultura, por una sola vez, independientemente del número de hijos.

5.2. El período dentro del permiso parental en el que el padre puede quedarse en casa con el hijo

El GEO 164/2022 modifica el GEO 111/2010 sobre licencia y asignación mensual por crianza dispone que el período total de licencia por crianza que se asigna a la persona que no solicitó este derecho aumenta a por lo menos dos meses, frente a por lo menos uno mes.

El “mes del padre”¹⁷, como se conoce el periodo dentro del permiso parental en el que el padre puede quedarse en casa con el hijo, mientras la madre vuelve al trabajo, abarcará dos meses, no solo uno como en la actualidad, “mes” se convierte en “meses” del padre. El cambio se encuentra en el GEO 164/2022, que modificó el marco legislativo en relación con la licencia parental y la asignación relacionada, en el sentido de que si el otro padre que el que está en licencia no quiere quedarse en casa

¹⁷ L. TOZARU, “*Luna tatălui*” se dublează. Dacă nu optează pentru intrarea în CCC, indemnizația se va plăti cu două luni mai puțin, nu cu una, en www.avocatnet.ro, 9 diciembre 2022.

con el hijo, el pago de la prestación no se efectuará en los dos últimos meses hasta el máximo disponible de dos años, respectivamente tres años, en el caso del hijo discapacitado.

Al mismo tiempo, si la persona que no solicita el derecho a la licencia que le corresponde, es decir, al menos dos meses, el otro progenitor no puede beneficiarse del derecho a la licencia en su lugar. En concreto, si el otro progenitor no disfruta del permiso parental, independientemente de que se trate del padre o de la madre del hijo, el correspondiente subsidio sólo se concederá hasta que el hijo cumpla 1 año y 10 meses, o 2 años y 10 meses, en el caso del hijo discapacitado.

Si el padre no reclama sus dos meses de permiso parental, niño, la asignación se reduce en dos meses. La madre continúa en situación de excedencia y con contrato de trabajo suspendido/interrumpido, pero no percibe la asignación de los dos últimos meses de excedencia por crianza. En el caso de que el padre no reúna las condiciones para acceder a la licencia parental o la familia sea monoparental, la madre presenta los documentos correspondientes y también recibe el subsidio del mes del padre, en la misma cuantía que antes.

6. A modo de conclusión

El recién creado marco para la protección de la maternidad en el trabajo es deficiente porque la mayoría de sus disposiciones se aplicarán una vez que las reglas de aplicación también se publiquen en el *Boletín Oficial*. Para que la adaptación y modernización del marco legal de la Unión Europea, que permite a los padres y personas con responsabilidades de cuidado conciliar la vida profesional con la vida familiar, sea una realidad, se necesitan nuevos enfoques para algunos desafíos ignorados o no tenidos en cuenta, como los riesgos psicosociales que tendrán un mayor impacto en el contexto de la digitalización y automatización de los procesos tecnológicos, la protección de las madres de alquiler o gestantes que realizan actividades remuneradas, una adecuada estimulación de los padres para involucrarse en la crianza de los hijos, etc.

7. Bibliografía

DUMITRU I. (2016), *Considerații asupra legalității concedierii lucrătoarelor gravide, lănză sau care alăptează*, en *Revista Română de Dreptul Muncii*, n. 11

HUIDU A. (2010), *Reproducerea umană medical asistată*, Lumen

- INSST (2023), *Desafíos de la digitalización para la seguridad y salud en el trabajo. La emergencia de riesgos psicosociales y el trabajo de plataformas digitales*
- LÓPEZ INSUA B.M., ȚOP D., MONSALVE CUÉLLAR M.E., CALDERÓN BERNAL D.A., DÁVILA ARIZA M.P. (2020), *Régimen de las incapacidades por maternidad. Permisos parentales. Derecho comparado España – Rumanía – Colombia*, Zven
- NICULESCU D. (2023), *Lista centrelor unde se pot face cursurile de puericultură, care permit taților mai multe zile de concediu paternal, a fost extinsă*, en www.avocatnet.ro, 19 febrero
- POPESCU R.R. (2020), *Dreptul european al muncii. Legislație, doctrină și jurisprudență*, Universul Juridic
- RUSU A.B. (2022), *Maternitatea de substituție din perspectiva drepturilor succesoriale ale copilului astfel conceput*, en *Dreptul*, n. 8
- TEC L. (2022), *Principiul interesului superior al copilului în cazul gestației pentru altul – mai presus de ordinea publică*, en www.juridice.ro, 24 noviembre
- ȚOP D. (2022), *Tratat de dreptul muncii*, Universul Juridic
- ȚOP D. (2018), *Derecho social europeo*, Zven
- ȚOP D. (2015), *Noi reglementări privind protecția maternității la locul de muncă*, en *Revista Română de Dreptul Muncii*, n. 10
- TOZARU L. (2022), *„Luna tatălui” se dublează. Dacă nu optează pentru intrarea în CCC, indemnizația se va plăti cu două luni mai puțin, nu cu una*, en www.avocatnet.ro, 9 diciembre
- VOICULESCU S. (2022), *Programele individualizate de muncă, o soluție de compromis pentru angajatele care vor să se întoarcă mai repede din concediul de creștere*, en www.avocatnet.ro, 11 noviembre

Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora

Gloria María MONTES ADALID*

RESUMEN: En el momento actual nos encontramos en un entorno de profundos y constantes cambios tecnológicos, acusados por la pandemia, donde los conceptos digitalización, salud psicosocial y teletrabajo se evidencian claves para comprender los nuevos retos del presente. Esto ha hecho posible que se extiendan las nuevas formas de empleo digital frente a los modelos clásicos. En este escenario de transformación tecnológica unida al confinamiento, las restricciones de movilidad y la inestabilidad económica y laboral, han causado una acusada huella en la salud psicosocial de las personas trabajadoras. A este respecto, se analiza la incorporación de las TIC al mundo laboral y su incidencia en el plano de los riesgos psicosociales, atendiendo especialmente a los riesgos psicosociales de la mujer teletrabajadora y su vínculo con la distribución de las responsabilidades en el hogar. Asimismo, se realizan diversas propuestas de intervención y de *lege ferenda*.

Palabras clave: Empleo digital, teletrabajo, riesgo psicosocial, mujer teletrabajadora, género.

SUMARIO: 1. Una mirada al empleo digital y el teletrabajo tras la Covid-19: impacto en la salud psicosocial de las personas trabajadoras. 2. Riesgos derivados del teletrabajo para la salud psicosocial: especial referencia a las mujeres. 2.1. Factores de riesgo psicosocial a considerar en el teletrabajo. 2.1.1. La incorporación de las TIC al mundo laboral y su incidencia en el plano de los riesgos psicosociales. 2.2. Riesgos psicosociales de ser una mujer teletrabajadora y su vínculo con la distribución de las responsabilidades en el hogar. 2.3. Efectos y consecuencias del teletrabajo sobre la salud psicosocial. 3. Propuestas de intervención. 4. Medidas preventivas. 5. Propuestas de *lege ferenda*. 6. Bibliografía.

* Contratada FPU, Universidad de Málaga (España).

Digital Employment, Conciliation and Working Women's Psychosocial Health

ABSTRACT: Nowadays we find ourselves in an environment of deep and steadfast technological changes, accused by the pandemic, where the concepts of digitization, psychosocial health and teleworking are key to understanding the new challenges of the present. This has made it possible for the new forms of digital employment to spread compared to the classic models. In this scenario of technological transformation linked to confinement, mobility restrictions and economic and labour instability have caused a marked impact on the psychosocial health of working people. In this regard, the incorporation of ICTs into the world of work and its incidence in terms of psychosocial risks are analysed, paying special attention to the psychosocial risks of teleworking women and their bond with the distribution of responsibilities in the home. Likewise, various proposals for intervention and *lege ferenda* are made.

Key Words: Digital employment, teleworking, psychosocial risk, teleworking woman, gender.

1. Una mirada al empleo digital y el teletrabajo tras la Covid-19: impacto en la salud psicosocial de las personas trabajadoras

Digitalización, salud psicosocial y teletrabajo son conceptos clave para comprender los nuevos retos del presente. En el momento actual nos encontramos en un entorno de profundos y constantes cambios tecnológicos, resultado de las distintas revoluciones industriales que han tenido lugar a lo largo de la historia. Hoy, como resultado de los procesos de revolución, unidos a revolución digital y robótica, nos encontramos inmersos en una revolución industrial industria 4.0 o revolución tecnológica 4.0: la Cuarta Revolución Industrial. Esta es el producto de combinar la digitalización y la robotización, concretándose en tecnologías como la robótica, la nanotecnología, la realidad virtual, la impresión 3D y 4D, el Internet de las Cosas¹, la inteligencia artificial, entre otras.

Esta era, marcada por la digitalización, las tecnologías de la información y la comunicación y la robotización de la economía², ha posibilitado que las personas trabajadoras puedan desarrollar la prestación de servicios desde cualquier parte del mundo (deslocalización del trabajo) y en cualquier momento, especialmente en tiempos de pandemia, brindándoles una mayor autonomía y flexibilidad³.

Esto ha permitido que se extiendan los conceptos de trabajo a domicilio, trabajo a distancia, teletrabajo, freelance o *crowdfunding* (nuevas formas de empleo) frente a los modelos clásicos basados en el desarrollo de la actividad laboral en un lugar de trabajo típico y localizado, el centro de trabajo de la empresa⁴.

Vemos, a su vez, que la irrupción de la Covid-19 ha supuesto que se produzca un aumento exponencial de la utilización de la modalidad de

¹ En inglés, *Internet of Things*. Cfr. M.A. GÓMEZ SALADO, *La Cuarta revolución industrial: impacto de los avances tecnológicos sobre el empleo y aspectos jurídico laborales*, Aranzadi, 2021, p. 44; E. FERNÁNDEZ-MACÍAS, *Automation, digitisation and platforms: implications for work and employment. Concept Paper*, Eurofound, 2017.

² M.A. GÓMEZ SALADO, *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, 2021.

³ G.M. MONTES ADALID, *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Aranzadi, 2022, p. 16; OBSERVATORIO DEL TRABAJO A DISTANCIA, *Libro Blanco del Trabajo a Distancia. Un enfoque orientado a la flexibilidad y el respeto de los derechos laborales*, 2020.

⁴ Estos conceptos, no obstante, ligados a la deslocalización y la desregulación horaria, han desembocado en un problemático escenario de rebajas de derechos, sobredimensionado por la pandemia. Vid. F. VILA TIERNO, G.M. MONTES ADALID, *Breves notas introductorias en torno a la definición del teletrabajo. La evolución hacia un nuevo modo de prestación laboral*, en AA.VV., *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum, 2020.

trabajo a distancia y el teletrabajo en el plano internacional, especialmente en España. Como respuesta a los infortunios de la crisis de la Covid-19, esta nueva manera de desarrollar el trabajo se puso en marcha repentinamente, con el objetivo de reducir el contacto social y los contagios; de la misma manera, estas nuevas formas de trabajo se empezaron a utilizar como compatibilización de las actividades económicas, asegurando la realización de determinadas tareas de cuidado que se intensifican a consecuencia de la pandemia⁵.

A causa del incremento de personas trabajadoras a distancia, el marco regulador⁶ se manifestó como insuficiente ante esta coyuntura. Así, surgió el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, posteriormente convalidado por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Conforme a lo expuesto por algunos autores, el legislador ha decretado «que la expansión del trabajo a distancia a raíz de la crisis sanitaria y su vocación de permanencia requerían de un marco regulador más amplio y de carácter estructural, es decir, al margen de la coyuntura de la COVID-19 porque, de hecho, el RDL 28/2020 no se aplica al trabajo a distancia vinculado a la pandemia y sus requerimientos»⁷. Por ende, podríamos afirmar que estamos ante una norma que surge con el propósito de permanencia en el tiempo (no únicamente a razón de la pandemia) y, asimismo, con una finalidad muy clara que se sintetiza en la Exposición de Motivos:

proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento⁸.

⁵ Véanse los arts. 5 y 6 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

⁶ Conformado fundamentalmente por el art. 13 ET.

⁷ M. LÓPEZ BALAGUER, *Introducción a AA.VV., El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 23.

⁸ Al respecto, véase T. SALA FRANCO, *Los precedentes normativos legales del teletrabajo*, en

En esta óptica, es digno de mención el evidente impacto (a efectos estadísticos) de la pandemia de Covid-19 en la salud de la población global y trabajadora. Sin embargo, aún no se ha reconocido plenamente el impacto emocional que ha afectado a una parte importante de la población en general y a ciertos grupos profesionales en particular⁹. En este escenario de transformación tecnológica unida al confinamiento, las restricciones de movilidad y la inestabilidad económica y laboral, han causado una acusada huella en la salud psicosocial de las personas trabajadoras¹⁰. Por este motivo, creemos que es de una imperiosa necesidad realizar reflexiones capaces de aportar algo de luz a los principales puntos críticos que suben a la palestra en torno a estas cuestiones.

2. Riesgos derivados del teletrabajo para la salud psicosocial: especial referencia a las mujeres

Las implicaciones que tiene el trabajo en la esfera de la salud de las personas trabajadoras se torna un asunto complejo, particularmente la salud psicosocial. Tradicionalmente, la preocupación por los riesgos laborales ha puesto el foco en los riesgos físicos y ambientales. No obstante, en los últimos tiempos existe una tendencia creciente a brindar importancia a los riesgos psicosociales en el trabajo, como consecuencia de la expansión del mercado y la globalización. Estos hacen referencia a las condiciones organizacionales que tienen una probabilidad de tener efectos perjudiciales sobre la salud y el bienestar de las personas trabajadoras.

Por una parte, el trabajo puede ser fuente de satisfacción y realización personal. Por otro lado, la falta de trabajo¹¹, el exceso del mismo, mala organización, entre otras cuestiones, pueden tener repercusiones negativas

AA.VV., *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 167-168.

⁹ E. GONZÁLEZ COBALEDA, *La huella psicosocial de la Covid-19 en la población trabajadora: lecciones de gestión para el futuro, según la OIT*, en *Boletín LARPSICO*, 2021, n. 1, pp. 10-11.

¹⁰ De conformidad al estudio AFFOR, *El estudio global sobre el impacto psicológico del COVID-19 en la salud psicosocial de las personas trabajadoras*, 2022, en torno a un 42% de la población trabajadora encuestada presentó síntomas de ansiedad; *vid.*, en adición, M. MIÑARRO YANINI, *Análisis de actualidad. La «huella psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 461-462, y J.M. GARCÍA BUSTOS ET AL., *Riesgos psicosociales y COVID-19. Informe de investigación. El impacto de la pandemia por virus SARS-CoV-2 (enfermedad por coronavirus 2019; COVID-19) en los riesgos laborales psicosociales*, UGT, 2020.

¹¹ G. HARNOIS, P. GABRIEL, *Mental Health and Work: Impact, Issues and Good Practices*, WHO, 2000.

sobre la salud mental y bienestar de las personas que trabajan¹².

El teletrabajo, por su parte, como nueva modalidad de trabajo que se ha instaurado ya como una realidad, comporta una serie de riesgos para la salud mental (y física) de naturaleza distinta, a la vez que intensifica los riesgos ya conocidos¹³. A su vez, la experiencia del teletrabajo puede ser muy diferente entre los hombres y las mujeres y, por ende, también los riesgos psicosociales que se deriven. Vamos a verlo.

2.1. Factores de riesgo psicosocial a considerar en el teletrabajo

Como preámbulo, es conveniente acercarnos a los conceptos de riesgo psicosocial y factor de riesgo psicosocial en el trabajo, como ingredientes principales que conforman la materia objeto de estudio.

A tenor de los riesgos psicosociales, podemos decir que se trata de situaciones laborales que presentan una probabilidad elevada de dañar física, social o mentalmente a la persona trabajadora¹⁴. Estos dependen de varios factores propios de la persona, que no reacciona de la misma manera frente al mismo estresor, sino que su reacción depende de sus características individuales (personalidad, ideología, edad, formación, educación, etc.). Es decir, ante una determinada condición psicosocial laboral adversa no se produce la misma reacción por parte de las personas trabajadoras, y las características como personalidad o edad influirán en la magnitud y la naturaleza de las reacciones y consecuencias que sufrirán¹⁵.

Por otra parte, los factores de riesgo psicosocial son situaciones que de manera frecuente afectan profunda y gravemente la salud psicosocial de la persona trabajadora, que tienen diferentes probabilidades en términos de causar daños de todo tipo¹⁶, y pueden llegar a materializarse en dolencias o lesiones somáticas y psicosomáticas¹⁷. Están directamente vinculadas a las condiciones ambientales (agentes físicos, químicos y biológicos), con la forma de organizar y proceder en el trabajo, con los métodos empleados para el trabajo, con las relaciones entre las personas trabajadoras, el

¹² OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL, *La Salud Mental de las y los Trabajadores*, Wolters Kluwer, 2012, p. 27 ss.

¹³ B. MORENO JIMÉNEZ, *Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, vol. 57, p. 2 ss.

¹⁴ B. MORENO JIMÉNEZ, C. BÁEZ LEÓN, *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSST, 2010, p. 17.

¹⁵ OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL, *op. cit.*, p. 171.

¹⁶ B. MORENO JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL, *op. cit.*, p. 171.

contenido de las tareas y su realización, que pueden implicar la generación de mecanismos psicológicos y fisiológicos, tanto a la salud de la persona trabajadora como al desempeño de su labor¹⁸. Podríamos entender los riesgos psicosociales como la consecuencia de unos factores psicosociales de riesgo, es decir, consecuencia de la percepción y valoración por parte de las personas trabajadoras sobre las condiciones de trabajo.

A este tenor, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo¹⁹ (INSHT) realiza una clasificación no exhaustiva de factores de riesgo psicosocial en varios grupos, que podemos tomar como referencia, unida a la aportación de muchos expertos en la materia.

Comenzando con los vinculados al ambiente físico, encontramos el ruido, las vibraciones, la iluminación, la temperatura, la higiene del lugar del trabajo, la toxicidad, las condiciones climatológicas y la disponibilidad y disposición del espacio físico para el trabajo.

Por su parte, siguiendo con los relativos a la organización, contenido del trabajo y la realización de la tarea:

- sobrecarga o infracarga, tanto cuantitativa como cualitativa de la tarea, que puede ocasionar insatisfacción, pérdida de autoestima, malestar²⁰;
- pausas y descansos, ya que, paradójicamente, la utilización incorrecta de los mismos puede incidir negativamente en el desempeño de la persona trabajadora, lo que puede repercutir en ella, en la organización y en el entorno;
- horario de trabajo (flexibilidad, posibilidad o no de conciliar, etc.)²¹;
- trabajo nocturno y a turnos, porque puede ubicar al trabajador fuera de la vida familiar y social por el desajuste horario con los ritmos biológicos del cuerpo, con el tiempo familiar, personal, etc.²²;
- funciones y tareas, ya que, si estas no se adaptan a las expectativas del trabajador y su capacidad, pueden generar insatisfacción laboral, estrés y fatiga;
- ritmo de trabajo. Si no hay un ritmo adecuado del trabajador conforme

¹⁸ *Idem*, vid. el Portal de psicología INSHT; NTP INSHT 443 de 1997, *Factores psicosociales: metodología de evaluación*.

¹⁹ NTP INSHT 702 de 2012, *El proceso de evaluación de los factores psicosociales*. Otras clasificaciones análogas se realizan en la NTP INSHT 443 de 1997, cit., actualizada por la NTP INSHT 92 de 2012, *Factores psicosociales: metodología de evaluación*.

²⁰ INSST, *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, 2018, p. 47-48; S.P. GLOWINKOWSKI, C.L. COOPER, *Managers and professionals in business/industrial settings: The research evidence*, en *Journal of Organizational Behavior Management*, 1986, vol. 8.

²¹ E. DEMEROUTI, A.B. BAKKER, A. BULTERS, *The loss spiral of work pressure, work-home interference and exhaustion: Reciprocal relations in a three-wave study*, en *Journal of Vocational Behaviour*, 2004, vol. 64.

²² INSST, *op. cit.*, p. 49.

la exigencia de velocidad en las tareas, por la velocidad automática de una máquina, por la competitividad entre compañeros, por las normas de producción, por la cantidad de trabajo o el control jerárquico, no se produce su recuperación física y psíquica²³;

- monotonía. El trabajo monótono y repetitivo, junto con un ambiente poco estimulante, puede generar problemas de salud e insatisfacción laboral²⁴;
- autonomía, es decir el grado de libertad y control que tiene un trabajador para planificar y desarrollar sus tareas²⁵;
- carga mental, que se refiere al nivel de actividad mental requerido para realizar una tarea y puede surgir cuando el trabajo implica tareas simultáneas, alta concentración o memoria²⁶;
- nivel de formación y responsabilidad²⁷. Si un trabajador no está adecuadamente entrenado o formado para una tarea, puede experimentar sentimientos de culpa debido a la brecha entre su nivel de responsabilidad por errores y su control sobre el trabajo. Si las funciones o el nivel jerárquico de un trabajador son inferiores a su capacitación y habilidades, pueden sentir insatisfacción y desmotivación. Por otro lado, si las funciones son superiores a sus habilidades, puede surgir estrés;
- desempleo de rol. El rol se refiere al conjunto de expectativas y demandas relacionadas con el comportamiento que se espera de la persona que ocupa una posición determinada²⁸;
- estilo de mando. El estilo de liderazgo²⁹ tiene un impacto en el ambiente de trabajo y en las relaciones entre las personas trabajadoras y sus superiores, ya que las actitudes del líder o jefe tienen efectos directos o

²³ *Vid.*, en este sentido, S.L. SAUTER, J.J. HURRELL, C.L. COOPER, *Job Control & Worker Health*, Wiley & Sons, 1989; G. BRADLEY, *Computers and the Psychological Work Environment*, Taylor and Francis, 1989; M.J. SMITH, *Machine-paced work and stress*, en AA.VV., *Job Stress and Blue Collar Work*, Wiley & Sons, 1985.

²⁴ Para más información, *vid.* T. COX, *The nature and measurement of stress*, en *Ergonomics*, 1985, n. 28, que analizó los efectos en la salud física y psicológica de exponerse a un trabajo repetitivo y monótono, como ansiedad y depresión, resentimiento y mala salud psicológica.

²⁵ INSST, *op. cit.*, p. 56.

²⁶ O. SEBASTIÁN GARCÍA, M.A. DEL HOYO DELGADO, *La carga mental de trabajo*, INSHT, 2002, p. 6.

²⁷ J.C. ALASTRUEY ANZA, M. GÓMEZ ETXEBARRÍA, *Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral*, en OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL, *op. cit.*, pp. 174-175.

²⁸ G.L. INGERSOLL ET AL., *The effect of patient-focused redesign on midlevel nurse managers role responsibilities and work environment*, en *Journal of Nursing Administration*, 1999, vol. 29, n. 5.

²⁹ J. KUOPPALA, A. LAMMINPÄÄ, J. LIIRA, H. VAINIO, *Leadership, job well-being, and health effects – A systematic review and a meta-analysis*, en *Journal of Occupational & Environmental Medicine*, 2008, vol. 50, n. 8.

indirectos en las personas trabajadoras a su cargo y en el clima laboral en general;

- participación y comunicación en la toma de decisiones y en el entorno de trabajo. La falta de participación de las personas trabajadoras en la toma de decisiones y en la organización del trabajo puede generar insatisfacción laboral³⁰;
- condiciones de empleo³¹. La inseguridad e incertidumbre en cuanto al empleo o futuro profesional pueden generar ansiedad en las personas trabajadoras, lo que subraya la importancia de brindar un cierto grado de seguridad y estabilidad en el trabajo. Además, las condiciones de empleo como el tipo de contrato (fijo, temporal, etc.), la posibilidad de movilidad geográfica, el salario (bajo³², precario, etc.), la posibilidad de elección de vacaciones y la exposición a riesgos laborales tienen un impacto significativo en la motivación y la satisfacción laboral;
- desarrollo de la carrera profesional. La carrera profesional se refiere al derecho de los profesionales a avanzar en su trayectoria laboral de forma individualizada, reconociendo su experiencia, conocimientos y cumplimiento de objetivos a través de una evaluación³³.

Por último, se clasifican los factores de riesgo psicosocial relacionados con las interacciones humanas, es decir, las relaciones interpersonales en el trabajo, a todos los niveles³⁴.

Así, según la probabilidad de dañar física, social o mentalmente a la persona trabajadora y el desajuste entre estos factores y la persona, podremos hablar de ellos como riesgos psicosociales que supongan una amenaza para la salud psicosocial de la persona trabajadora.

2.1.1. La incorporación de las TIC al mundo laboral y su incidencia en el plano de los riesgos psicosociales

Tras esta conceptualización general, podemos concretar cómo son estos

³⁰ P.A. LANDSBERGIS, J. CAHILL, P. SCHNALL, *The impact of lean production and related new systems of work organization on worker health*, en *Journal of Occupational Health Psychology*, 1999, vol. 4, n. 2.

³¹ P.B. WARR, *Job features and excessive stress*, en AA.VV., *Prevention of Mental Ill Health at Work*, HMSO, 1992.

³² J. LYNCH ET AL., *Workplace conditions, socioeconomic status, and the risk of mortality and acute myocardial infarction: The Kuopio Ischemic Heart Disease Risk Factor Study*, en *American Journal of Public Health*, 1997, vol. 87.

³³ T. COX, A. GRIFFITHS, E. RIAL-GONZALEZ, *Research on work related stress*, EU-OSHA, 2000.

³⁴ INSST, *op. cit.*, p. 64.

riesgos desde que las TIC se incorporasen al mundo laboral y surgieran las nuevas formas de empleo, como el teletrabajo.

Podemos afirmar que la creciente adopción de TIC ha tenido un impacto significativo en la forma en que se lleva a cabo el trabajo. Esto ha llevado a cambios notables en el contenido y la organización del trabajo, que han generado mejoras, pero también efectos contraproducentes que aumentan las diferencias entre los diversos grupos sociales, lo que podría tener un impacto significativo en el futuro del trabajo³⁵. Además, las TIC tienen un papel importante en la configuración y transformación de los factores de riesgo psicosocial, especialmente en lo que se refiere a aspectos como el apoyo social, la supervisión, la comunicación y la retroalimentación de las tareas realizadas³⁶.

Por lo que respecta a esta materia, es destacable la NTP 1123 de 2018³⁷, se proporciona un listado no exhaustivo de los factores de riesgo psicosocial que pueden surgir en la empresa debido a un diseño inadecuado de las condiciones laborales. A continuación, se presentan algunas de las principales alteraciones que el uso extensivo de las TIC puede generar en los factores de riesgo psicosocial, que detalla dicha NTP y recogen algunos autores³⁸:

- el uso de las TIC en el trabajo puede tener diversas implicaciones en el tiempo de trabajo, desde la prolongación de la jornada laboral hasta la realización de tareas no previstas o la dificultad para conciliar la vida laboral y familiar. La flexibilidad del teletrabajo puede llevar a una mayor carga de trabajo y a la realización de tareas fuera del horario laboral establecido, lo que puede aumentar el estrés y la ansiedad;
- la falta de una política clara sobre el trabajo a distancia puede aumentar la competitividad en una empresa, lo que a su vez puede llevar a un aumento de las horas de trabajo utilizando las TIC fuera del horario laboral y a prácticas laborales inadecuadas como el trabajo desde casa

³⁵ E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Los desafíos normativos ante la transformación digital con perspectiva de género. Una mirada crítica al futuro de las relaciones laborales*, en AA.VV., *Identidades, segregación, vulnerabilidad: ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar*, Dykinson, 2021.

³⁶ INSST, *Tema 10: Factores de Riesgo Psicosocial. Concepto y caracterización. Clasificaciones de Factores de Riesgo Psicosocial. Factores de Riesgo relativos a las Nuevas Formas de Organización del Trabajo y el uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)*, en INSST, *Temas específicos del Proceso Selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, O.A., M.P. (INSST), 2022, p. 8.

³⁷ *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*.

³⁸ Entre otros, M.T. IGARTUA MIRÓ, *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2021, vol. 3.

fuera de la jornada laboral sin informar a compañeros o superiores. La inestabilidad laboral y la falta de una cultura empresarial clara también pueden fomentar estas prácticas³⁹;

- a su vez, las TIC pueden dificultar la planificación del trabajo y el control del ritmo y pausas, lo que afecta a la autonomía del trabajador. La velocidad y la inmediatez que imprimen las TIC en el desarrollo del trabajo pueden generar dificultades para establecer un ritmo adecuado y tomar descansos necesarios, afectando así la salud laboral y el bienestar del trabajador;
- por un lado, carga de trabajo puede aumentar cuantitativamente debido a la sobrecarga cognitiva generada por la sensación de urgencia e inmediatez. Por otro lado, el aumento de esta carga también puede ser cualitativo: gestión inadecuada de la comunicación, entre y con las personas trabajadoras a distancia; aumento de interrupciones externas a las TIC; exigencia de inmediatez y multitareas; el aprendizaje continuo; sobrecarga de información; disminución del tiempo de descanso mental y físico...;
- el teletrabajo puede generar un mayor aislamiento social⁴⁰ en las personas trabajadoras, especialmente en aquellas que no tienen contacto directo con sus compañeros de trabajo ni con las superiores, generando una mayor falta de control sobre el trabajo y la toma de decisiones, falta de apoyo y supervisión. Esto puede llevar al sentimiento de soledad, estrés y ansiedad, por la nula o escasa posibilidad de interactuar cara a cara⁴¹;
- con el teletrabajo surgen dificultades para desconectar del trabajo y conciliar la vida laboral y familiar⁴². Al trabajar desde casa, los límites entre el trabajo y la vida personal pueden difuminarse, lo que puede dificultar la desconexión del trabajo y afectar a la salud mental del trabajador.

En atención a estas alteraciones, comprobamos como ese binomio (trabajo y tecnología) modifica y agudiza los riesgos psicosociales que pueden incidir en la salud psicosocial de la persona trabajadora que haga un uso extensivo de las tecnologías en el desarrollo de la prestación laboral. Así pues, esta

³⁹ A. MARTÍN POZUELO-LÓPEZ, *Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo*, en AA.VV., *El teletrabajo*, cit.

⁴⁰ V. DI MARTINO, *El teletrabajo en América Latina y el Caribe*, 2004.

⁴¹ K. MIRANDA BENAVIDES, G. PRENDAS AGUILAR, Y. MIRANDA BENAVIDES, *El teletrabajo, valoraciones de las personas trabajadoras en relación con las ventajas y desventajas, percepción de estrés y calidad de vida*, en *Nuevo Humanismo*, 2021, n. 1, p. 17; M. BENJUMEA, E. VILLA, J. VALENCIA, *Beneficios e impactos del teletrabajo en el talento humano. Resultados desde una revisión de literatura*, en *Revista CEA*, 2016, n. 4.

⁴² A. MARTÍN POZUELO-LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 32-33.

transformación ha provocado también inclusiones normativas más allá de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). De esta manera, en la propia Ley de Trabajo a Distancia se hacen distintas referencias vinculadas a los riesgos psicosociales. Así, se establece en su Exposición de Motivos:

Sin embargo, también presenta posibles inconvenientes: protección de datos, brechas de seguridad, tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia, dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, o traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros.

Además, establece en varios de sus preceptos los aspectos específicos que deben ser considerados en materia de riesgos psicosociales⁴³, como distribución de jornada, el tiempo en el que las personas trabajadoras están disponibles, garantía de descanso, derecho a desconexión, riesgo de fatiga informática o acoso.

Como salta a la vista, la Ley sobre trabajo a distancia incluye varias referencias explícitas a los riesgos psicosociales y temas relacionados con ellos, lo que refleja una mejora en la protección de la salud y el bienestar en el ámbito laboral⁴⁴. Esta inclusión explícita de referencias a los riesgos psicosociales probablemente se debe a dos motivos interrelacionados. En primer lugar, la experiencia vivida durante la pandemia y el estado de alarma, donde el teletrabajo se extendió de forma improvisada y descontrolada en condiciones de extrema tensión, dificultades para equilibrar las relaciones familia-trabajo, incertidumbre y distanciamiento social. En segundo lugar, durante este periodo se constataron algunos de los graves inconvenientes que desde hace tiempo se atribuían al teletrabajo, como el aislamiento, el estrés, la carga mental o la falta de límites claros entre el trabajo y la vida privada⁴⁵.

⁴³ En adición, es reseñable la Sección 4ª, *Derecho a la prevención de riesgos laborales*, de la Ley de Trabajo a Distancia, en concreto, el art. 15, dedicado a la aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia, y el art. 16, dedicado a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

⁴⁴ M.T. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*

⁴⁵ *Vid.* algunas noticias al respecto, como M. VELÁQUEZ, *El Covid ha disparado los riesgos psicosociales en el trabajo*, en *El Correo*, 2021; F. DE VICENTE PACHÉS, *Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo*, en

El teletrabajo, o trabajo a distancia, se ha convertido en una alternativa laboral cada vez más utilizada que, si bien puede presentar beneficios, también puede generar riesgos psicosociales para las personas trabajadoras. En la reciente normativa de trabajo a distancia (así como en recientes NTP)⁴⁶ se puede vislumbrar el ánimo del legislador y del INSHT en dar importancia a los riesgos psicosociales asociados al uso de las TIC y al teletrabajo, hecho positivo. Está por ver, sin embargo, si las medidas adoptadas son suficientes y adecuadas ante los problemas de salud conectados al incremento de riesgos psicosociales en el teletrabajo.

2.2. Riesgos psicosociales de ser una mujer teletrabajadora y su vínculo con la distribución de las responsabilidades en el hogar

Los riesgos psicosociales del teletrabajo pueden afectar a todas las personas trabajadoras, pero en el caso de las mujeres pueden agudizarse debido a una serie de factores relacionados con la desigualdad de género en el ámbito laboral y social. A este tenor, es conveniente partir de las motivaciones que ocasionan esta asimetría.

Para ello, hay ciertos roles de las mujeres a considerar en materia de salud laboral: como amas de casa, como madres y como trabajadoras⁴⁷. En primer lugar, las mujeres suelen asumir una mayor responsabilidad en las tareas de cuidado y domésticas⁴⁸, lo que puede dificultar el equilibrio entre el trabajo y la vida personal. La distribución desigual de las responsabilidades del cuidado y domésticas es uno de los factores clave que contribuyen a la desigualdad de género en el ámbito laboral y social. A menudo, las mujeres

Documentación Laboral, 2020, n. 121.

⁴⁶ Además de la aludida NTP 1123 de 2018, existen diferentes NTP desde que las TIC se incorporasen al trabajo: *cfr.* NTP 412, *Teletrabajo: criterios para su implantación*; NTP 730, *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*; NTP 1122, *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*; NTP 1165, *Teletrabajo, criterios para su integración en el sistema de gestión de la SST*, entre otras.

⁴⁷ V. FORASTIERI, *Women workers and gender issues on occupational safety and health-information note*, ILO, 2012; M.C. FERNÁNDEZ FELIPE ET AL., *Carga mental en la mujer trabajadora: desigualdad de género y prevalencia*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2015, pp. 20-21.

⁴⁸ En relación con la distribución de responsabilidades en el hogar, se ha observado que las mujeres participan más en la planificación y gestión de las tareas y reciben ayuda de sus parejas en el mantenimiento de la casa. Las mujeres que informan de una mayor carga en las tareas del hogar presentan síntomas de ansiedad, depresión y baja autoestima. *Vid.* G. BLANCO, L. FELDMAN, *Responsabilidades en el hogar y salud de la mujer trabajadora*, en *Salud Pública de México*, 2000, n. 3, p. 217 ss.; en adición, F. BUTRAGO RAMÍREZ, R. CIURANA MISO, M. FERNÁNDEZ ALONSO, J. TIZÓN, *Pandemia de la COVID-19 y salud mental: reflexiones iniciales desde la atención primaria de salud española*, en *Atención Primaria*, 2020.

son las principales responsables del cuidado de los hijos, las personas mayores o enfermas, así como de las tareas del hogar⁴⁹. Cabe mencionar que los primeros estudios en salud laboral y género introducen esta noción de “doble presencia” o “doble jornada”⁵⁰, que surge de la combinación del trabajo interno – como el que se lleva a cabo en las tareas del hogar – y el trabajo externo, lo que aumenta el riesgo laboral para las mujeres trabajadoras⁵¹. Esto puede hacer que sea más difícil para las mujeres equilibrar su trabajo y su vida personal, especialmente si están teletrabajando, ya que la carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado que recae sobre las mujeres no se reconoce ni se valora adecuadamente, lo que puede contribuir a su invisibilización y a la perpetuación de los estereotipos de género que asumen que las mujeres son las únicas responsables de estas tareas.

En el teletrabajo, como ya se ha apuntado, estas responsabilidades pueden mezclarse y generar una mayor sobrecarga de trabajo y estrés, en especial para las mujeres.

Además, el teletrabajo puede aumentar la sensación de aislamiento y la falta de contacto social, ya mencionadas, lo que puede ser especialmente perjudicial para las mujeres, que ya enfrentan mayores barreras para el acceso a las redes de apoyo y a la participación en espacios laborales y sociales. También puede haber una mayor presión sobre las mujeres para estar disponibles en todo momento⁵², lo que puede generar una mayor dificultad para establecer límites entre el trabajo y la vida personal⁵³. Por último, en muchos casos, las mujeres tienen una presencia menor en las posiciones de liderazgo y en los roles más valorados dentro de las

⁴⁹ D. ALMEIDA, J. MAGGS, N. GALAMBOS, *Wives' employment hours and spousal participation in family work*, en *Journal of Family Psychology*, 1993, vol. 7, n. 2; G. BARUCH, R. BARNETT, *Role quality, multiple role involvement, and psychological well-being in midlife women*, en *Journal of Personality and Social Psychology*, 1986, vol. 51, n. 3.

⁵⁰ CEPAL, *El desafío social en tiempos del COVID-19*, Informe especial COVID-19, 2020, n. 3; OIT, [Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo](#), 2021; UNDP, [The Economic Impacts of COVID-19 and Gender Inequality. Recommendations for Policymakers](#), Briefing Note, 2020; Y. ALARCÓN-VÁSQUEZ ET AL., *Riesgo psicosocial del trabajo en casa de mujeres en tiempo de pandemia*, en *Tejidos Sociales*, 2022, n. 1.

⁵¹ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2009, n. 74 extra.; J.L. RUIZ SANTAMARÍA, [Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora](#), en *esta Revista*, 2020, n. 4, p. 348.

⁵² B. MAJOR, *Gender, entitlement, and the distribution of family labor*, en *Journal of Social Issues*, 1993, vol. 49, n. 3.

⁵³ FSC-CCOO, *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*, 2017, p. 10.

empresas⁵⁴, lo que puede limitar su capacidad para tomar decisiones y tener control sobre su trabajo. Esto puede generar una mayor sensación de inseguridad y estrés en el teletrabajo.

Así, podemos apreciar que los riesgos psicosociales del teletrabajo pueden afectar de manera desproporcionada a las mujeres debido a factores relacionados con la desigualdad de género en el ámbito laboral y social, por lo que es crucial tener en cuenta estos factores al diseñar medidas de prevención y promover la gestión de la salud psicológica de las personas trabajadoras, para conseguir un entorno laboral más equitativo y saludable. Pasando al plano normativo, históricamente, las leyes nacionales e internacionales que protegen la salud laboral de las mujeres han enfocado principalmente en los aspectos biológicos relacionados con la capacidad reproductiva de las trabajadoras. Sin embargo, se ha ignorado la importancia de otros factores laborales que también pueden tener un impacto significativo en la salud de las mujeres trabajadoras, como pueden ser los factores de riesgo psicosocial. Aunque la LPRL ha establecido medidas preventivas específicas para proteger la salud reproductiva de las mujeres durante el embarazo y la lactancia, esto sugiere que el legislador nacional considera estas medidas suficientes⁵⁵.

Pese a esta consideración, el binomio que conforman la desigualdad de género y el impacto de las nuevas tecnologías requiere una política preventiva en seguridad y salud laboral desagregada por sexos. En España, las medidas existentes se enfocan en proteger la salud reproductiva de las mujeres durante el embarazo, puerperio y lactancia natural. Sin embargo, la Unión Europea ha promovido una estrategia de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012) que reconoce que las desigualdades de género pueden afectar la seguridad y salud laboral, así como el rendimiento y la productividad⁵⁶. Así, aflora la necesidad de incorporar la perspectiva de género para mejorar las condiciones laborales de forma justa y equitativa, y

⁵⁴ A medida que se avanza en la escala profesional, se nota una disminución de la presencia de mujeres en posiciones de mayor responsabilidad (*vid.* M.C. FERNÁNDEZ FELIPE *ET AL.*, *op. cit.*, p. 30).

⁵⁵ J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 322.

⁵⁶ Concretamente se establece que, «si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres [...]. Además, la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo* (2007-2012), 21 febrero 2007, COM(2007)62 final, pp. 3-4).

garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas trabajadoras⁵⁷.

En cuanto a los riesgos relacionados con la incorporación de nuevas tecnologías en el trabajo, las mujeres que trabajan en “plataformas de trabajo en línea” enfrentan principalmente la falta de derechos laborales básicos, así como el riesgo de violencia doméstica. Esta doble preocupación debe ser considerada al evaluar dichos riesgos. Además, el aumento de la participación de las mujeres en trabajos digitalizados y el uso de las tecnologías de la información está generando un aumento del acoso en línea o ciberacoso, lo que puede derivar en estrés laboral y otros riesgos psicosociales para las trabajadoras⁵⁸.

La OIT aboga por la adopción de políticas nacionales de prevención de riesgos laborales (PRL) para mejorar la salud y seguridad de las trabajadoras⁵⁹. Estas políticas deben abordarse especialmente en sectores con alta participación de mujeres, como el de las tecnologías de la información. Además, es necesario reforzar los mecanismos de control sobre las tendencias específicas de empleo y la exposición a riesgos emergentes tanto físicos como psicosociales, a medida que más mujeres se incorporan al mundo laboral. La integración de la perspectiva de género es esencial para elaborar marcos de PRL eficaces.

Por otro lado, la implementación del trabajo en las plataformas digitales ha llevado a una precarización de los derechos laborales que a menudo es difícil de identificar, ya que se desarrolla en un entorno difuso entre lo formal y lo informal. Por lo tanto, respaldamos la inclusión de la igualdad de género en la protección de la seguridad y salud laboral, especialmente porque este tipo de trabajo a menudo comienza en el hogar de las trabajadoras. La OIT también ha destacado la importancia de la igualdad de género en la protección de la seguridad y salud laboral en este contexto, estableciendo que

los gobiernos y los interlocutores sociales deberían trabajar juntos para elaborar políticas que promuevan el reparto de los cuidados y responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, así como el desarrollo y la ampliación de las prestaciones que alienten a ambos progenitores a compartir las responsabilidades de los cuidados en igualdad

⁵⁷ EU-OSHA, *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003; J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁸ *Vid.* COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, pp. 31-39; J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 349.

⁵⁹ *Vid.* COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *op. cit.*, pp. 31-39.

de condiciones⁶⁰.

Como se puede apreciar en los últimos años, tanto instituciones internacionales como la normativa nacional han introducido la preocupación por la igualdad de género, consideración su afectación en el entorno laboral, en materia de distribución del trabajo y exposición a riesgos psicosociales, especialmente en economías basadas en la información, el conocimiento y la presencia de las TIC⁶¹.

2.3. Efectos y consecuencias del teletrabajo sobre la salud psicosocial

Cada vez hay más pruebas que indican que los entornos laborales con condiciones psicosociales deficientes y altos niveles de estrés pueden impactar directa e indirectamente en la salud física y el bienestar mental de los empleados. Por ende, es esencial que se evalúen los posibles impactos de los riesgos psicosociales en la salud⁶².

Según las investigaciones llevadas a cabo, las condiciones psicosociales en el lugar de trabajo pueden causar un efecto negativo en el aspecto emocional y cognitivo, lo cual incluye manifestaciones como la ansiedad, la depresión, la angustia, el síndrome de estar quemado en el trabajo, la toma de decisiones y la atención⁶³. La tensión en el trabajo, la falta de control, el apoyo social insuficiente, altas exigencias psicológicas, desequilibrio entre el esfuerzo y la recompensa, y la inseguridad en el empleo, se han identificado como factores predictivos significativos de mala salud mental. Específicamente, la tensión laboral y el desequilibrio entre el esfuerzo y la recompensa son los estresores laborales más significativos en términos de sus efectos perjudiciales en la salud mental⁶⁴.

De entre las manifestaciones o efectos del trabajo en la salud psicosocial, podemos subrayar:

- síndrome de estar quemado por el trabajo (SQT). Se refiere al agotamiento físico, emocional y mental que se produce a raíz de la

⁶⁰ Vid. OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019.

⁶¹ M.C. FERNÁNDEZ FELIPE ET AL., *op. cit.*, p. 19 ss.

⁶² INSST, *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, cit., p. 80.

⁶³ T. COX, A. GRIFFITHS, E. RIAL-GONZALEZ, *op. cit.*

⁶⁴ S. STANSFELD, B. CANDY, *Psychosocial work environment and mental health – a metaanalytic review*, en *Scandinavian Journal of Work Environment & Health*, 2006, vol. 32, n. 6; INSST, *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, cit., p. 90.

- exposición prolongada a situaciones laborales emocionalmente exigentes, también conocido como el síndrome de burnout⁶⁵;
- salud mental. Englobamos en este punto la depresión y otros trastornos mentales comunes, como estrés laboral y la ansiedad, que pueden vincularse de manera directa a la exposición a riesgos psicosociales en el trabajo⁶⁶. Asimismo, se puede producir una reducción de la capacidad física y mental de una persona después de haber desempeñado una tarea durante un periodo de tiempo determinado, lo que conocemos como “fatiga mental”, a consecuencia de las demandas laborales que superan la capacidad de respuesta del trabajador⁶⁷;
 - salud social y conductual. Se ha establecido una conexión entre la exposición a riesgos psicosociales y una amplia gama de comportamientos poco saludables, como la falta de actividad física, el consumo excesivo de alcohol y tabaco, una dieta deficiente y un sueño insuficiente⁶⁸;
 - salud física y fisiológica, como trastornos musculoesqueléticos (TME), enfermedad cardíaca o síndrome metabólico y diabetes⁶⁹.

En síntesis, podemos indicar que existe una relación directa entre los riesgos psicosociales y sus consecuencias en la salud física, mental y social de las personas. Esta relación se ha convertido en una preocupación pública importante en términos de la salud, debido a su impacto en la sociedad en general⁷⁰.

Las personas teletrabajadoras, por su parte, enfrentan una mayor carga mental en el desempeño de sus tareas, lo que aumenta su exposición a factores de riesgo psicosocial y, por tanto, a estos efectos y consecuencias que se derivan de la especial sobrecarga de trabajo y de horas laborales, la

⁶⁵ W.B. SCHAUFELI, E.R. GREENGLASS, *Introduction to special issue on burnout and health*, en *Psychology and Health*, 2001, vol. 16.

⁶⁶ T. COX, A. GRIFFITHS, S. LEKA, *Work organization and work-related stress*, en AA.VV., *Occupational Hygiene*, Blackwell, 2005; J. DEVEREUX ET AL., *The role of stress and psychological factors in the development of musculoskeletal disorders: The stress and MSD study*, HSE Report, 2004, n. 273; B. NETTERSTRØM ET AL., *The relation between work-related psychosocial factors and the development of depression*, en *Epidemiologic Reviews*, 2008, vol. 30.

⁶⁷ O. SEBASTIÁN GARCÍA, M.A. DEL HOYO DELGADO, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁸ A. KOUVONEN ET AL., *Relationship between work stress and body mass index among 45,810 female and male employees*, en *Psychosomatic Medicine*, 2005, vol. 67, n. 4; A. KOUVONEN ET AL., *Effort-reward imbalance and sedentary lifestyle: An observational study in a large occupational cohort*, en *Occupational & Environmental Medicine*, 2006, vol. 63, n. 6; T. COX, A. GRIFFITHS, E. RIAL-GONZALEZ, *op. cit.*

⁶⁹ INSST, *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, cit., pp. 95-109.

⁷⁰ C. BLACK, *Review of the health of Britain's working age population: Working for a healthier tomorrow*, TSO, 2008.

necesidad de realizar varias tareas simultáneamente, y dificultad para establecer límites entre el trabajo y la vida privada. El uso prolongado de herramientas digitales y la disponibilidad constante que brindan las TIC pueden tener efectos negativos en la concentración y la carga cognitiva y emocional, además de generar riesgos como el estrés laboral y el tecnoestrés. El tecnoestrés se refiere a los efectos negativos derivados del uso excesivo de las tecnologías, incluyendo la tecnofobia (temor a adaptarse a nuevas tecnologías), la tecno-adicción (compulsión incontrolable de usar tecnologías durante largos períodos) y la tecno-fatiga (fatiga mental por el uso prolongado de tecnologías de la información)⁷¹. Así, en los últimos tiempos se ha empezado a mencionar con frecuencia un fenómeno relacionado con la tecno-fatiga, conocido como “fatiga Zoom”. Este término hace referencia a la ansiedad, tensión, agotamiento y preocupación que puede experimentar una persona debido al uso excesivo y frecuente de plataformas de videoconferencias virtuales⁷². Según las estadísticas, el uso de Zoom ha aumentado exponencialmente en el último año, con 300 millones de personas utilizando la plataforma en abril de 2020, en comparación con solo 10 millones en diciembre de 2019. A pesar de que la herramienta ha permitido a muchas empresas mantenerse en contacto online durante la pandemia, la fatiga por las videollamadas ha afectado negativamente a la vida de las personas teletrabajadoras, provocando falta de interés general, actitud cínica y pesimista, dificultades para concentrarse y recordar información, pensamientos negativos y bajos niveles de satisfacción con la vida⁷³.

Asimismo, la falta de un horario laboral regular, el estrés y la exposición a la luz azul emitida por las pantallas digitales también pueden aumentar el riesgo de sufrir trastornos del sueño⁷⁴.

Además, se debe destacar el impacto físico de trabajar desde casa debido a la falta de cumplimiento de los estándares ergonómicos y los equipos de tecnología inadecuados. Esto puede provocar dolores de cabeza, fatiga visual y trastornos musculoesqueléticos debido a posturas estáticas o repetitivas, lo que se manifiesta en dolor cervical y en los tendones de

⁷¹ [Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión \(2019/2181\(INI\)\)](#); CCOO, *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*, 2020.

⁷² L. FOSSLIEN, M.W. DUFFY, *How to combat zoom fatigue*, en *Harvard Business Review*, 2020, n. 29; B.K. WIEDERHOLD, *Connecting through technology during the coronavirus disease 2019 pandemic: Avoiding “Zoom Fatigue”*, en *Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, 2020, n. 18; INNERHOUR, [How to Avoid Zoom Fatigue While Working from Home](#), en [thriveglobal.com](#), 20 julio 2020.

⁷³ B.K. WIEDERHOLD, *op. cit.*; INNERHOUR, *op. cit.*

⁷⁴ EUROFOUND, *COVID-19 unleashed the potential for telework-How are workers coping?*, 2020.

muñecas, dedos y codo⁷⁵. Vemos, por tanto, que los trastornos músculo-esqueléticos se ven agravados en el caso del teletrabajo, ya que están asociados con posturas estáticas de grupos musculares en contracción prolongada, como permanecer sentado durante largos períodos frente a la pantalla⁷⁶.

En particular, las teletrabajadoras tienden a enfrentar un mayor riesgo psicosocial derivado del teletrabajo. Esto podría deberse a que las mujeres suelen tener mayores responsabilidades familiares, especialmente si tienen hijos pequeños a su cargo. Como resultado, las mujeres experimentan una carga mental adicional ya que sus tareas laborales pueden ser interrumpidas por las actividades del hogar. La interferencia entre trabajo y familia puede ser una fuente de estrés que aumenta el riesgo de problemas psicosociales tanto en el trabajo como en el hogar⁷⁷.

A medida que avanza el desarrollo tecnológico, se hace más evidente la necesidad de proteger una variedad de bienes jurídicos que experimenta la sociedad contemporánea frente a la amenaza de la nueva tecnología informática⁷⁸. Es igualmente importante diseñar una regulación explícita para el ámbito laboral que ordene la vulneración de derechos fundamentales específicos e inespecíficos⁷⁹.

3. Propuestas de intervención

Hemos podido comprobar que el desarrollo de la actividad laboral a través de la modalidad de teletrabajo trae consigo un elenco de particularidades que hay que tomar en consideración desde la óptica de las consecuencias psicosociales que provocan en las personas teletrabajadoras.

La plasmación del término “teletrabajo”, “conciliación” o “riesgos

⁷⁵ A.L. GARCÍA-IZQUIERDO, *Género y Salud en el Teletrabajo. Panel I. El impacto de las crisis y los contextos de emergencias en el trabajo y el empleo. Una perspectiva de género*, Seminario internacional contra la Violencia de Género, 2020; INFOCOP, *Consecuencias psicológicas y sociales del teletrabajo como nuevo modelo laboral en el contexto actual*, en www.infocop.es, 29 abril 2021.

⁷⁶ EU-OSHA, *New forms of work in the digital era: implications for psychosocial risks and musculoskeletal disorders*, Discussion Paper, 2021; F. TOMASINA, A. PISANI, *Pros y contras del teletrabajo en la salud física y mental de la población general trabajadora: una revisión narrativa exploratoria*, en *Scielo*, 2022, n. 2.

⁷⁷ M.E. MOLINA BRAVO, *Teletrabajo y los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores*, Universidad San Gregorio de Portoviejo, 2021, p. 21.

⁷⁸ P. HUERTA, *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 298.

⁷⁹ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 5, p. 194.

psicosociales” en las recientes NTP (como la 412 o la 1165) ha dejado entrever que esta unión de materias se torna una preocupación fundamental en el actual mundo globalizado y digitalizado (sobre todo, tras la pandemia). Para evitar estos riesgos psicosociales del teletrabajo, es necesario establecer medidas de prevención y promover la gestión de la salud psicológica de las personas trabajadoras, como podrían ser:

- horarios de trabajo claros. Establecer límites claros a las horas de trabajo en el teletrabajo y garantizar el derecho de las personas trabajadoras a desconectar fuera de su horario laboral. Esto podría incluir la obligación de la parte empleadora de implementar medidas para evitar el uso excesivo de dispositivos móviles y correos electrónicos fuera del horario laboral;
- promover el contacto y la comunicación entre las personas trabajadoras, así como ofrecer apoyo y supervisión por parte de los superiores, que habrían de proporcionar formación y capacitación adecuadas sobre el teletrabajo y los riesgos psicosociales asociados a este modo de trabajo. Esto debería incluir información sobre cómo detectar y prevenir el estrés, la ansiedad y otros problemas de salud mental relacionados con el teletrabajo;
- establecer la obligación de la parte empleadora de proporcionar un ambiente de trabajo seguro y saludable en el teletrabajo, incluyendo la provisión de equipos ergonómicos, conexiones de internet seguras y estables, y otros recursos necesarios para garantizar la salud y el bienestar de las personas trabajadoras;
- es esencial contar con cláusulas de desconexión digital en los acuerdos colectivos para prevenir los riesgos psicosociales del teletrabajo y reducir los efectos negativos que una disponibilidad constante puede tener en la conciliación y corresponsabilidad familiar. De esta manera, la desconexión digital se convierte en una herramienta fundamental para abordar estos problemas emergentes;
- fomentar la voluntad de las personas trabajadoras de tomar cartas en el asunto, emprendiendo una actitud de autocuidado: establecer límites psicológicos entre el trabajo y la vida personal, pequeñas pausas en la jornada o contacto con el resto del equipo de la empresa.

4. Medidas preventivas

A su vez, hemos visto que las mujeres son las más perjudicadas en el teletrabajo debido a una serie de factores, que incluyen la sobrecarga de trabajo, la falta de apoyo en el lugar de trabajo, problemas de conciliación

de la vida laboral y personal, entre otras. Por ende, es importante tomar medidas para abordar estos problemas y garantizar que el teletrabajo sea equitativo y justo para todas las personas trabajadoras, independientemente de su género:

- en primera instancia, habría que identificar situaciones de desigualdad de género en la población trabajadora española en términos de los diferentes riesgos psicosociales y estimar su prevalencia, que podría ser un primer paso para ayudar a abordar los problemas que enfrentan las mujeres en el teletrabajo y garantizar que el trabajo sea equitativo y justo para todas las personas trabajadoras;
- creación de redes de apoyo. La parte empleadora puede fomentar la creación de redes de apoyo entre las personas trabajadoras, especialmente para las mujeres. Esto puede incluir la creación de grupos de discusión o foros en línea, el establecimiento de mentorías y el fomento de la colaboración y el apoyo mutuo entre las personas trabajadoras.

5. Propuestas de *lege ferenda*

Después de todo lo expuesto, vamos a desarrollar brevemente algunas propuestas de *lege ferenda* para una nueva y futura reforma legislativa, pero que no pretender ser exhaustivas:

- elaboración de una directiva que garantice el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras. Además, debería crearse una directiva comunitaria para regular la gestión de los riesgos psicosociales en las empresas. Esta directiva serviría como marco para todos los Estados miembros, incluyendo aquellos como España que actualmente no tienen una normativa similar⁸⁰;
- ampliación información y elenco de prevención de riesgos psicosociales en una futura ley de trabajo a distancia en la que ya observamos una cierta preocupación por el legislador de los riesgos psicosociales que se pueden derivar del desarrollo de la prestación laboral bajo esta modalidad;
- sería oportuno establecer en la LPRL la obligación de la parte empleadora de llevar a cabo evaluaciones de riesgos psicosociales en el

⁸⁰ Dentro del actual Marco Estratégico de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo (2021-2027), una de las principales líneas de acción es la digitalización, con especial atención al derecho a la desconexión digital. Asimismo, en 2021, el Parlamento Europeo emitió una Resolución en la que urge a la Comisión Europea a regular este derecho mediante una Directiva.

teletrabajo, incluyendo la identificación de factores como la carga de trabajo, la falta de contacto social, el aislamiento, la incertidumbre laboral y otros factores que puedan afectar la salud mental de las personas teletrabajadoras o que trabajen haciendo un uso extensivo de las TIC;

- potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva, de manera que la parte empleadora lleve a cabo una consulta regular con las personas trabajadoras y sus representantes para discutir los riesgos psicosociales asociados al teletrabajo y la manera de abordarlos de manera efectiva. Esto debería incluir la creación de canales de comunicación claros y eficaces entre la parte empleadora y las personas trabajadoras afectadas;
- afianzamiento de la perspectiva de género en el ámbito de la salud laboral en la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOI), lo que permitiría abordar los riesgos laborales asociados a las desigualdades de género y al impacto de las nuevas tecnologías de manera más efectiva y justa. Desde una perspectiva nacional, es importante prestar especial atención a las contribuciones de LOI, porque establece medidas específicas para proteger la salud de las mujeres en el lugar de trabajo, así como para prevenir riesgos psicosociales y fomentar la corresponsabilidad familiar;
- es importante tener en cuenta las diferencias de género para reconocer los factores que pueden influir en los riesgos que enfrentan hombres y mujeres en el lugar de trabajo. Esto implica adoptar estrategias de prevención adecuadas desde una “perspectiva de género” en cuestiones de salud y seguridad laboral⁸¹.

Estas propuestas podrían ayudar a garantizar que el teletrabajo se realice de manera segura y saludable para todas las personas trabajadoras, y que se aborden adecuadamente los riesgos psicosociales asociados a este modo de trabajo. Es importante recordar que cualquier reforma legal debe ser adecuada para la realidad del mercado laboral y tener en cuenta las necesidades de la parte empleadora y la parte trabajadora. Y, dado que esta época histórica no puede compararse con ninguna otra vivida por la humanidad, las medidas legislativas que adoptemos deben ser igualmente excepcionales.

⁸¹ *Vid.* EU-OSHA, *La mujer y la salud en el trabajo*, 2012, p. 20.

6. Bibliografía

- AFFOR (2022), *I Estudio global sobre el impacto psicológico del COVID-19 en la salud psicosocial de las personas trabajadoras*
- ALARCÓN-VÁSQUEZ Y. ET AL. (2022), *Riesgo psicosocial del trabajo en casa de mujeres en tiempo de pandemia*, en *Tejidos Sociales*, n. 1
- ALASTRUEY ANZA J.C., GÓMEZ ETXEBARRÍA M. (2012), *Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral*, en OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL, *La Salud Mental de las y los Trabajadores*, Wolters Kluwer
- ALMEIDA D., MAGGS J., GALAMBOS N. (1993), *Wives' employment hours and spousal participation in family work*, en *Journal of Family Psychology*, vol. 7, n. 2
- BARUCH G., BARNETT R. (1986), *Role quality, multiple role involvement, and psychological well-being in midlife women*, en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 51, n. 3
- BENJUMEA M., VILLA E., VALENCIA J. (2016), *Beneficios e impactos del teletrabajo en el talento humano. Resultados desde una revisión de literatura*, en *Revista CEA*, n. 4
- BLACK C. (2008), *Review of the health of Britain's working age population: Working for a healthier tomorrow*, TSO
- BLANCO G., FELDMAN L. (2000), *Responsabilidades en el hogar y salud de la mujer trabajadora*, en *Salud Pública de México*, n. 3
- BRADLEY G. (1989), *Computers and the Psychological Work Environment*, Taylor and Francis
- BUITRAGO RAMÍREZ F., CIURANA MISO R., FERNÁNDEZ ALONSO M., TIZÓN J. (2020), *Pandemia de la COVID-19 y salud mental: reflexiones iniciales desde la atención primaria de salud española*, en *Atención Primaria*
- CCOO (2020), *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*
- CEPAL (2020), *El desafío social en tiempos del COVID-19*, Informe especial COVID-19, n. 3
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO (2019), *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT
- COX T. (1985), *The nature and measurement of stress*, en *Ergonomics*, n. 28
- COX T., GRIFFITHS A., LEKA S. (2005), *Work organization and work-related stress*, en AA.VV., *Occupational Hygiene*, Blackwell
- COX T., GRIFFITHS A., RIAL-GONZALEZ E. (2000), *Research on work related stress*, EU-OSHA
- DE VICENTE PACHÉS F. (2020), *Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo*, en *Documentación Laboral*, n. 121

- DEMEROUTI E., BAKKER A.B., BULTERS A. (2004), *The loss spiral of work pressure, work-home interference and exhaustion: Reciprocal relations in a three-wave study*, en *Journal of Vocational Behaviour*, vol. 64
- DEVEREUX J. ET AL. (2004), *The role of stress and psychological factors in the development of musculoskeletal disorders: The stress and MSD study*, HSE Report, n. 273
- DI MARTINO V. (2004), *El teletrabajo en América Latina y el Caribe*
- EU-OSHA (2021), [New forms of work in the digital era: implications for psychosocial risks and musculoskeletal disorders](#), Discussion Paper
- EU-OSHA (2012), *La mujer y la salud en el trabajo*
- EU-OSHA (2003), *Gender issues in safety and health at work. A review*
- EUROFOUND (2020), *COVID-19 unleashed the potential for telework-How are workers coping?*
- FERNÁNDEZ FELIPE M.C. ET AL. (2015), *Carga mental en la mujer trabajadora: desigualdad de género y prevalencia*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2022), *Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 5
- FERNÁNDEZ-MACÍAS E. (2017), *Automation, digitisation and platforms: implications for work and employment. Concept Paper*, Eurofound
- FORASTIERI V. (ILO), *Women workers and gender issues on occupational safety and health-information note*, 2012
- FOSSLIEN L., DUFFY M.W. (2020), *How to combat zoom fatigue*, en *Harvard Business Review*, n. 29
- FSC-CCOO (2017), *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*
- GARCÍA BUSTOS J.M. ET AL. (2020), *Riesgos psicosociales y COVID-19. Informe de investigación. El impacto de la pandemia por virus SARS-CoV-2 (enfermedad por coronavirus 2019; COVID-19) en los riesgos laborales psicosociales*, UGT
- GARCÍA-IZQUIERDO A.L. (2020), *Género y Salud en el Teletrabajo. Panel I. El impacto de las crisis y los contextos de emergencias en el trabajo y el empleo. Una perspectiva de género*, Seminario internacional contra la Violencia de Género
- GLOWINKOWSKI S.P., COOPER C.L. (1986), *Managers and professionals in business/industrial settings: The research evidence*, en *Journal of Organizational Behavior Management*, vol. 8
- GÓMEZ SALADO M.A. (2021), *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, 2021

- GÓMEZ SALADO M.A. (2021), *La Cuarta revolución industrial: impacto de los avances tecnológicos sobre el empleo y aspectos jurídico laborales*, Aranzadi
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2021), *La huella psicosocial de la Covid-19 en la población trabajadora: lecciones de gestión para el futuro, según la OIT*, en *Boletín LARPSICO*, n. 1
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2021), *Los desafíos normativos ante la transformación digital con perspectiva de género. Una mirada crítica al futuro de las relaciones laborales*, en AA.VV., *Identidades, segregación, vulnerabilidad: ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar*, Dykinson
- HARNOIS G., GABRIEL P. (2000), *Mental Health and Work: Impact, Issues and Good Practices*, WHO
- HUERTA P. (2017), *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*, Universidad Complutense de Madrid
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2021), *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, vol. 3
- INFOCOP (2021), [Consecuencias psicológicas y sociales del teletrabajo como nuevo modelo laboral en el contexto actual](http://www.infocop.es), en www.infocop.es, 29 abril
- INGERSOLL G.L. ET AL. (1999), *The effect of patient-focused redesign on midlevel nurse managers role responsibilities and work environment*, en *Journal of Nursing Administration*, vol. 29, n. 5
- INNERHOUR (2020), [How to Avoid Zoom Fatigue While Working from Home](http://thriveglobal.com), en thriveglobal.com, 20 julio
- INSST (2022), *Tema 10: Factores de Riesgo Psicosocial. Concepto y caracterización. Clasificaciones de Factores de Riesgo Psicosocial. Factores de Riesgo relativos a las Nuevas Formas de Organización del Trabajo y el uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)*, en INSST, *Temas específicos del Proceso Selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, O.A., M.P. (INSST)
- INSST (2018), *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*
- KOUVONEN A. ET AL. (2006), *Effort-reward imbalance and sedentary lifestyle: An observational study in a large occupational cohort*, en *Occupational & Environmental Medicine*, vol. 63, n. 6
- KOUVONEN A. ET AL. (2005), *Relationship between work stress and body mass index among 45,810 female and male employees*, en *Psychosomatic Medicine*, vol. 67, n. 4
- KUOPPALA J., LAMMINPÄÄ A., LIIRA J., VAINIO H. (2008), *Leadership, job well-being, and health effects – A systematic review and a meta-analysis*, en *Journal of Occupational & Environmental Medicine*, vol. 50, n. 8

- LANDSBERGIS P.A., CAHILL J., SCHNALL P. (1999), *The impact of lean production and related new systems of work organization on worker health*, en *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 4, n. 2
- LÓPEZ BALAGUER M. (2010), *Introducción a AA.VV., El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch
- LYNCH J. ET AL. (1997), *Workplace conditions, socioeconomic status, and the risk of mortality and acute myocardial infarction: The Kuopio Ischemic Heart Disease Risk Factor Study*, en *American Journal of Public Health*, vol. 87
- MAJOR B. (1993), *Gender, entitlement, and the distribution of family labor*, en *Journal of Social Issues*, vol. 49, n. 3
- MARTÍN POZUELO-LÓPEZ A. (2020), *Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo*, en AA.VV., *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch
- MIÑARRO YANINI M. (2021), *Análisis de actualidad. La «buclea psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 461-462
- MIRANDA BENAVIDES K., PRENDAS AGUILAR G., MIRANDA BENAVIDES Y., *El teletrabajo, valoraciones de las personas trabajadoras en relación con las ventajas y desventajas, percepción de estrés y calidad de vida*, en *Nuevo Humanismo*, 2021, n. 1
- MOLINA BRAVO M.E. (2021), *Teletrabajo y los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores*, Universidad San Gregorio de Portoviejo
- MONTES ADALID G.M. (2022), *Trabajo a distancia, teletrabajo y personas mayores: una aproximación jurídico-laboral*, Aranzadi
- MORENO JIMÉNEZ B. (2011), *Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57
- MORENO JIMÉNEZ B., BÁEZ LEÓN C. (2010), *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSST
- NETTERSTRØM B. ET AL. (2008), *The relation between work-related psychosocial factors and the development of depression*, en *Epidemiologic Reviews*, vol. 30
- OBSERVATORIO DEL TRABAJO A DISTANCIA (2020), *Libro Blanco del Trabajo a Distancia. Un enfoque orientado a la flexibilidad y el respeto de los derechos laborales*
- OBSERVATORIO VASCO DE ACOSO MORAL (2012), *La Salud Mental de las y los Trabajadores*, Wolters Kluwer
- OIT (2021), [Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo](#)
- OIT (2019), *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*

- RIVAS VALLEJO P. (2009), *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 74 extra.
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4
- SALA FRANCO T. (2020), *Los precedentes normativos legales del teletrabajo*, en AA.VV., *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch
- SAUTER S.L., HURRELL J.J., COOPER C.L. (1989), *Job Control & Worker Health*, Wiley & Sons
- SCHAUFELI W.B., GREENGLASS E.R. (2001), *Introduction to special issue on burnout and health*, en *Psychology and Health*, vol. 16
- SEBASTIÁN GARCÍA O., DEL HOYO DELGADO M.A. (2002), *La carga mental de trabajo*, INSHT
- SMITH M.J. (1985), *Machine-paced work and stress*, en AA.VV., *Job Stress and Blue Collar Work*, Wiley & Sons
- STANSFELD S., CANDY B. (2006), *Psychosocial work environment and mental health – a metaanalytic review*, en *Scandinavian Journal of Work Environment & Health*, vol. 32, n. 6
- TOMASINA F., PISANI A. (2022), *Pros y contras del teletrabajo en la salud física y mental de la población general trabajadora: una revisión narrativa exploratoria*, en *Scielo*, n. 2
- UNDP (2020), *The Economic Impacts of COVID-19 and Gender Inequality. Recommendations for Policymakers*, Briefing Note
- VELÁQUEZ M. (2021), *El Covid ha disparado los riesgos psicosociales en el trabajo*, en *El Correo*
- VILA TIERNO F., MONTES ADALID G.M. (2020), *Breves notas introductorias en torno a la definición del teletrabajo. La evolución hacia un nuevo modo de prestación laboral*, en AA.VV., *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum
- WARR P.B. (1992), *Job features and excessive stress*, en AA.VV., *Prevention of Mental Ill Health at Work*, HMSO
- WIEDERHOLD B.K. (2020), *Connecting through technology during the coronavirus disease 2019 pandemic: Avoiding “Zoom Fatigue”*, en *Cyberpsychology, Behavior and Social Networking*, n. 18

Estructura jurídico-social de protección laboral para la mujer trabajadora contemporánea en situaciones relacionadas con la maternidad

Raquel CASTRO MEDINA*

RESUMEN: La protección jurídica de la mujer trabajadora por razón de la maternidad o en situaciones relacionadas con la misma, ha sido una constante a lo largo de la historia. No obstante, no siempre ha ostentado la misma consideración. El devenir social y las transformaciones que han ido aconteciendo a lo largo de los años han forzado un cambio de rumbo en cuanto al tratamiento social y normativo de estas situaciones. Sin duda alguna, la exposición de la mujer embarazada a los riesgos asociados a su desempeño profesional es una realidad que por sí sola justifica la merecida atención recibida. Así pues, la finalidad de salvaguardar la integridad física y el bienestar psicosocial de la madre y su descendencia queda patente en la legislación laboral y de la seguridad social contemporánea. Además, para remediar los grandes lastres de los que adolecían las normativas anteriores, las actuales disposiciones hacen eco e incorporan sendas medidas propulsoras del principio de corresponsabilidad, sin el cual estaríamos destinados a repetir y perpetuar los patrones tradicionales que tanto han entorpecido la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida pública y privada.

Palabras clave: Protección laboral, prevención de riesgos, mujer trabajadora, maternidad.

SUMARIO: 1. La maternidad como una construcción histórica y sociocultural. 2. La tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad. 2.1. Protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, posparto y lactancia. 2.2. Medidas preventivas de evaluación y adaptación de las condiciones de trabajo. 2.3. Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento. 2.4. La cobertura económica por la Seguridad Social. 3. A modo de reflexión final. 4. Bibliografía.

* Profesora Sustituta Interina, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

Legal-Social Structure of Labour Protection for Contemporary Working Women in Situations Related to Maternity

ABSTRACT: The legal protection of working women due to maternity or in situations related to it, has been a constant throughout history. However, it has not always held the same consideration. The evolution of society and the transformations that have taken place over the years have forced a change of course in terms of the social and regulatory treatment of these situations. Undoubtedly, the exposure of pregnant women to the risks associated with their professional performance is a reality that alone justifies the deserved care received. Thus, the purpose of safeguarding the physical integrity and psychosocial well-being of the mother and her offspring is evident in contemporary labour and social security legislation. In addition, to remedy the great ballasts suffered by the previous regulations, the current provisions echo and incorporate propelling measures of the principle of co-responsibility, without which we would be destined to repeat and perpetuate the traditional patterns that have so hindered effective equality between women and men in all spheres of public and private life.

Key Words: Labour protection, risk prevention, working woman, maternity.

1. La maternidad como una construcción histórica y sociocultural

La maternidad es un concepto que ha ido evolucionando a lo largo de los años en función del desarrollo de las sociedades¹ aunque la responsabilidad de la crianza recae sobre la mujer prácticamente desde los inicios de la humanidad. En todos los contextos históricos conocidos, la maternidad ha sido entendida esencialmente como la condición femenina por excelencia, amparada década tras década por un discurso arcaico fundamentado bien por la capacidad biológica de las mujeres para perpetuar la especie o bien como reflejo de los pensamientos, ideas y culturas predominantes en las distintas épocas². Pero, en cualquiera de los casos, esa equivalencia entre feminidad y maternidad ha servido como sustento para crear y perpetuar una imagen de la mujer como ser unidimensional que solo puede ser madre³.

Por ende, al afirmar que la maternidad es una construcción social estamos desequilibrando esa disertación – estática e inamovible en apariencia – alzada sobre una concepción de las mujeres que incorpora la maternidad como una funcional natural de las mismas, inscrita en nuestro ADN y manifestada en una serie de saberes, capacidades y habilidades nacidas innatas y esporádicamente. En su lugar, los incansables intentos de las posturas feministas por deconstruir la idea del instinto maternal o del concepto de maternidad como pilar principal de la identidad femenina han ensalzado el carácter cultural y multidimensional de este fenómeno.

En este sentido, una de las aportaciones más conocidas es la de Simone de Beauvoir por cuanto al afirmar que «no se nace mujer, sino que se devine mujer» identifica una opresión sin cabida en explicaciones biológicas y/o psicológicas que, por el contrario, encuentra su razón de ser en factores económicos y (re)productivos. Factores los cuales han ido moldeando a su conveniencia a la mujer para encajar en el papel de madre cuidadosamente configurado por el ideal del instinto maternal y el amor maternal⁴ con el objetivo de garantizar la educación y el cuidado de los/las hijos/as⁵.

Así pues, para lograr blindar esos valores y naturalizar esa posición femenina encorsetada en el ámbito doméstico, al espacio privado y a las

¹ C. PALOMAR VERA, *Maternidad: historia y cultura*, en *La Ventana*, 2005, n. 22.

² A. SOTO DOMÍNGUEZ, M. CORTÉS GALLEGÓ, *Políticas públicas para la mujer en Colombia: la doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XX*, en *Entramado*, 2012, n. 1.

³ L. SALETTI CUESTA, *Propuestas teóricas feministas en relación al concepto de maternidad*, en *Clepsydra*, 2008, n. 7.

⁴ E. BANDINTER, *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal, siglos XVII al XX*, Paidós, 1991.

⁵ C. PALOMAR VERA, *op. cit.*

tareas de crianza y servicio, aproximadamente a partir de la segunda mitad siglo XX las instituciones del matrimonio, la familia y la educación comienzan a ensalzar el ideal del amor maternal como valor natural y social. Se aboga a que las madres se ocupen de sus hijos e hijas de manera personal y exclusiva, ya no solo durante la lactancia sino durante toda su niñez, dedicándoles íntegramente su tiempo con una entrega incondicional⁶.

Cabe destacar que, en España, esta promulgación de la maternidad como obligación persistió reforzada tras la guerra civil y la imposición de la dictadura militar. Las mujeres tenían asignado un papel preestablecido y se les adoctrinaba desde pequeñas en las escuelas y centros de formación para cumplir con su deber de “buenas madres” y “buenas esposas”. El Estado no escatimó en esfuerzos controlando la maternidad desde el más estricto de los paternalismos. La ideología nacional-catolicista impregnó una amplia gama de medidas políticas y legislativas para la promoción de la natalidad como fueron los premios para las familias numerosas, los subsidios familiares, el plus de cargas familiares...

Será bien entrada la década de los 80 cuando nuestros sistemas legales comenzaron a incorporar principios de justicia social favorables para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La mayoría de las veces justificados por la entrada en la Unión Europea que obligaba la transferencia a nuestro ordenamiento jurídico interno de directrices comprometidas con la protección de la mujer trabajadora embarazada y el permiso parental. Los primeros gobiernos democráticos tras la transición simplemente se limitaron a legislar algunas disposiciones encaminadas a hacer efectivo el mandato constitucional recogido en el art. 9.2 de nuestra Carta Magna para posibilitar la igualdad material. Disposiciones que con carácter mayoritario tenían forma de Planes de Igualdad de Oportunidades los cuales contaban con escasas referencias a la maternidad.

Y, no será hasta mucho tiempo después, con la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), cuando se vuelva a tratar el tema de la maternidad. Esta vez, para reconocerla como situación que puede desencadenar discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo y afirmar la necesidad de soportar los costos sociales colectivos de la maternidad⁷.

A la par, en la actualidad, la presencia de la mujer en el mercado laboral y el valor que esta misma asocia a la propia realización profesional debilita ese

⁶ C. SOLÉ, S. PARELLA, «Nuevas» expresiones de la maternidad: las madres con carreras profesionales «exitosas», en *Revista Española de Sociología*, 2004, n. 4, p. 75.

⁷ N. IGAREDA GONZÁLEZ, *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2009, n. 18, p. 141 ss.

rol tradicional de madre que dedica todo su tiempo y sus esfuerzos al cuidado de sus hijos/as. De tal manera que no solo estamos asistiendo a nuevas formas de expresión de la maternidad cada vez más alejadas de las pautas de la maternidad intensiva, sino que también los propios modelos y estrategias familiares se ven inmersos en este proceso de cambio. Un claro ejemplo es la convivencia de las familias biparentales junto con familias uniparentales, reconstruidas o familias protagonizadas por una mujer que decide acceder a la maternidad en solitario. Dicho lo cual, tales transformaciones motivan, indiscutiblemente, cambios legislativos de importante calado que la acompañen para poder hacer frente a una adecuada protección social y laboral de la mujer en cuanto a madre y trabajadora.

2. La tutela de la mujer trabajadora durante las situaciones relacionadas con la maternidad

En el plano internacional la maternidad queda recogida como un derecho fundamental. Así, por ejemplo, se deduce del contenido del art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, de forma indirecta, protege el derecho de las personas a fundar una familia por un lado y, por otro, del art. 25.2 al enunciar que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales». De igual forma, a nivel europeo, la Carta de Derechos Fundamentales en su art. 9 hace referencia al derecho a constituir una familia y, de manera más decisiva, el art. 33 del mismo texto blindo la maternidad ante los despidos fundados en tal causa otorgando, inclusive, el derecho a las prestaciones de seguridad social y acceso a los servicios sociales a propósito de garantizar la protección ante determinadas situaciones (entre las que incluye la maternidad) de acuerdo a las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales⁸.

En el caso del Estado Español este derecho fundamental versado sobre la maternidad tal y como se configura a través de las normativas internacionales y comunitarias no queda incorporado en nuestra constitución con la misma fuerza del que es merecedor. Como apuntábamos, será la promulgación de la LOI el punto de inflexión a partir del cual podemos empezar a identificar ciertos esfuerzos legislativos consecuentes con el fiel propósito de erradicar toda discriminación directa

⁸ E. CANTO ALCÓN, *La maternidad y sus dificultades laborales*, en *Revista Científica Género na Amazônia*, 2022, n. 4, p. 181.

o indirecta en cualquier contexto y, muy especialmente en aquellos relacionados con la maternidad y las responsabilidades familiares de crianza o cuidado. Son muchos los avances que se incorporan vía la mencionada ley. Entre otros, y a modo de ejemplo, el art. 8 identifica como discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable que sufren las mujeres por motivo de embarazo o maternidad.

Asimismo, queda patente en el espíritu de la norma el interés de proteger todas aquellas situaciones derivadas del embarazo, la maternidad y la lactancia a través del fomento de la debida conciliación y corresponsabilidad tan necesarias como anheladas. Pues, son tres los bienes protegidos por el legislador contemporáneo en estas situaciones: la salud física de la mujer trabajadora durante un periodo especialmente vulnerable, la protección y los cuidados del futuro/a recién nacido/a durante los primeros meses de vida y la garantía de que la maternidad no afectará a la carrera profesional de la madre. Y, es que, la nueva configuración la maternidad es tratada como todo un derecho innato a la condición de mujer más que como una protección otorgada.

2.1. Protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, posparto y lactancia

La maternidad es una situación que genera una mayor vulnerabilidad para la trabajadora ante la posibilidad de verse expuesta a ciertos riesgos derivados de su actividad laboral⁹. Y es, precisamente, esa situación de vulnerabilidad que se deduce de los periodos de gestación y crianza la que justifica social, técnica y legalmente la necesidad de recurrir a ciertas medidas preventivas propias, diferentes a las previstas para los riesgos generales, cuyo fin último sea proteger la salud de la persona gestante y su descendiente¹⁰.

Como es sabido, desde sus inicios, la labor normativa impulsada por la Organización Internacional del Trabajo¹¹ ha venido manifestando una singular preocupación por la protección de la seguridad y la salud de la mujer trabajadora embarazada. Si bien es cierto que, un primer momento, los esfuerzos quedaban encasillados en idear medidas puramente

⁹ M.Á. PURCALLA BONILLA, P. RIVAS VALLEJO, *La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria*, en *Aranzadi Social*, 1998, n. 5, p. 809.

¹⁰ M. SÁNCHEZ CASTILLO, *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo, 2009, p. 17.

¹¹ *Vid.* p. ej. el Convenio sobre la protección de la maternidad, C003 de 1919.

prohibitivas limitando el acceso de las trabajadoras a ciertos empleos a razón de su condición de mujer, con el devenir histórico y las fuertes transformaciones sociales la dirección a tomar ha virado completamente. En efecto, el trato recibido en el panorama actual ha desembocado en el diseño de verdaderas acciones preventivas destinadas a adaptar las condiciones en las que la trabajadora gestante o que ha dado a luz recientemente desarrolla su actividad profesional.

Tales medidas van a proteger el hecho biológico del embarazo y la salud de la mujer embarazada en tanto y cuanto ese estado va a llevar aparejado una mayor susceptibilidad de verse expuesta a accidentes o enfermedades en el trabajo¹².

Aquella mirada retrospectiva a través de la cual llegábamos a avistar una evolución en la intencionalidad legislativa dejando en el pasado ese lastre históricamente aferrado a la consideración de la mujer trabajadora como ser débil, necesitada de actuaciones extremadamente paternalistas que la librasen de determinadas actividades sin mayores previsiones, fue suficiente en sus inicios pero no por ello deja de ser algo superflua en el presente pues la salud de la trabajadora demanda, sin duda, algo más¹³.

De hecho, la concepción del trabajo femenino tanto en las políticas comunitarias como en las nacionales ha evolucionado desde un proteccionismo excluyente a la neutralidad de género. Lo cual, supone abordar la cuestión de la seguridad y salud en el trabajo sin atender al sexo, desde un punto de vista abstracto. Pero, en la práctica, esa neutralidad tan solo es aparente ya que, como regla general las investigaciones, estudios y medidas preventivas han tomado como referencia un modelo estereotipado masculino. Siendo este un punto de partida erróneo denunciado por multitud de autores¹⁴.

Y, es que, una política de salud que tenga la pretensión de ser eficaz tiene que decantarse por un enfoque de género. Esto es, debe atender a las diferencias de género presentes en las condiciones de trabajo con el fin de lograr una valoración veraz del alcance de los riesgos laborales y del grado de vulnerabilidad de hombres y/o mujeres a los mismos¹⁵.

¹² *Vid.* Exposición de motivos de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

¹³ M.T. IGARTUA MIRÓ, *Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer*, en *Temas Laborales*, 2007, n. 91, p. 267.

¹⁴ *Ibidem*, p. 268.

¹⁵ M. MONJAS BARRENA, *25 años de la Directiva 92/85 CEE sobre protección de la maternidad de la trabajadora*, en *Administración y Ciudadanía*, 2018, n. 1, p. 223.

Bajo estas consideraciones, la protección de la maternidad dentro del seno de la empresa como situación especialmente vulnerable para la mujer deberá cumplir un doble objetivo; preservar la salud de la trabajadora y de su hijo/a a través de una planificación de prevención ante posibles riesgos asociados a su actividad laboral y, la prevención de las desigualdades y discriminación en el empleo vinculadas a las situaciones de embarazado, posparto y lactancia.

Al respecto, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en su art. 26 traslada al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia natural.

El mencionado precepto impone a la empresa la lógica obligación de velar por la salud de las trabajadoras frente a la exposición de agentes o procedimientos de impacto negativos para su salud. La cual, se configura como una protección de carácter integral y serán, en todo caso, los profesionales técnicos y sanitarios de la prevención de riesgos laborales que atiendan la casuística los que tengan la difícil tarea de responder a dos cuestiones fundamentales; en primer lugar, ¿qué exposiciones laborales implican un riesgo? Y, en segundo lugar, ¿cuándo se deben aplicar las medidas?¹⁶.

De este modo se perseguirá una protección capaz de abarcar tanto los daños físicos como psíquicos o que perjudiquen la salud social en el propio entorno laboral e, incluso, fuera de él. Y, para ello la LOI en su disposición tercera encomendó al entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la tarea de elaborar unas directrices bases sobre la evaluación de dichos riesgos. Con esa empresa el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) redactó un documento integrando todas aquellas recomendaciones necesarias para cumplir con dicho propósito y para la puesta en marcha de las correspondientes medidas preventivas¹⁷.

Entre ellas señala el *Programa de protección de la maternidad en la empresa* especificando que «el programa de protección de la maternidad no ha de considerarse como una acción aparte del Plan de Prevención de Riesgos Laborales. La evaluación de riesgos y la planificación preventiva deben incluir desde el principio los factores de riesgo para la reproducción tanto

¹⁶ E. RONDA, R. GADEA, *Riesgo laboral en trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia: la necesidad de una estrategia preventiva consensuada*, en *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 2008, n. 4, p. 169.

¹⁷ INSHT, *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, 2011, p. 96.

para el hombre como para la mujer y para la descendencia de ambos». De otro lado, la referencia en el caso de los riesgos psicosociales la podemos encontrar recogida en la COM(2000)466 final la cual presenta una tabla¹⁸ en la que clasifica una serie de peligros y situaciones de carácter general, los riesgos derivados de ellos, cómo se puede hacer frente a los mismos y, una última columna en la que encuadra la legislación europea sobre la materia. Ofrece así, unas recomendaciones marco para hacer frente a los factores psicosociales de origen laboral que pueden llegar a generar un riesgo añadido tanto para la madre gestante como para su descendencia. A modo de ejemplo podemos rescatar los siguientes: la fatiga mental y física y el tiempo de trabajo a raíz de jornadas de trabajo por turnos o en horario nocturno o el estrés profesional mayoritariamente causado por la dificultad de compaginar la vida privada y la actividad laboral cuando los turnos de trabajo son largos, imprevisibles y poco sociales.

2.2. Medidas preventivas de evaluación y adaptación de las condiciones de trabajo

La LPRL en el art. 25 ss. regula la protección de los trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles, entre los cuales, como decimos se encuentran las trabajadoras por razón de maternidad o lactancia. Preceptos que, en definitiva, responden al principio de adaptación del trabajo a la persona e impone al empresario la obligación de tener en cuenta la especial sensibilidad de ciertos trabajadores para establecer medidas de prevención específicas¹⁹.

En lo relativo a la protección de la maternidad, el art. 26 de la citada norma apunta a que la evaluación de riesgos «deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un

¹⁸ J. FRANCO GONZÁLEZ, *Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo)*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n. 67.

¹⁹ Al respecto el art. 25 LPRL no deja del todo claro cuáles deben ser esas medidas ni cuáles son sus límites. No obstante, la doctrina se ha mostrado partidaria de reconocer un auténtico derecho a la adaptación del puesto de trabajo teniendo en cuenta los principios inspiradores de la ley. *Vid.* sobre este tema p. ej. A. MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 72 ss.

riesgo específico».

Así pues, por medio de esta literalidad, la ley se hace cargo de lo establecido por la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia²⁰. Además, la Directiva impone a la empresa el deber de comunicar a las trabajadoras que estén o puedan estar en estas situaciones los resultados de la evaluación y todas aquellas medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo que deban adoptarse²¹.

En primer lugar, y como medida de menor intensidad, encontramos la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo. Es probable que, debido al nuevo estado de la trabajadora asumir, la misma jornada de trabajo que venía desempeñando y con la misma intensidad provoque estrés laboral o la exposición a determinados agentes posibles precursores de enfermedades profesionales. Igualmente, realizar ajustes en el horario de trabajo mediante la limitación del régimen de nocturnidad o el establecimiento de turnos adecuados constituye otro elenco de medidas organizativas que, en principio, no deben suponer grandes esfuerzos para la empresa. Sin embargo, si es importante estudiar el impacto que estos cambios en las condiciones de trabajo puedan generar en las retribuciones percibidas por la trabajadora. Por ejemplo, la disminución del salario por la inobservancia de las primas, complementos, nocturnidad o disponibilidad horaria. Es por ello que no podemos perder de vista que debe mediar el consentimiento de la trabajadora afectada siempre en respeto y consonancia con la garantía de una actividad laboral segura y saludable²².

En segundo lugar, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fueran posible o el desempeño de la actividad supusiera un peligro para la trabajadora embarazada o el feto, está deberá ocupar un puesto o función diferente compatible con su estado. Para ello, con anterioridad, el empresario ha debido determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. Debe mantenerse dentro de su grupo profesional o ser de categoría equivalente en comunión con los mandatos y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional lo que no será fácil

²⁰ Véase sobre la directiva L.E. NORES TORRES, *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 16.

²¹ M. VELASCO PORTERO, *La específica protección de la mujer en la prevención de riesgos laborales*, en *Dereito*, 2009, n. 2, p. 297 ss.

²² J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud de la mujer trabajadora*, en *esta Revista*, 2020, n. 4, p. 334 ss.

de llevar a cabo en medianas o pequeñas empresas²³.

Ahora bien, excepcionalmente, cuando no existiese un puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto distinto a grupo profesional o categoría no equivalente, conservando en todo caso el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

No obstante, el art. 26 LPRL no abarca todos los considerandos atendidos por la Directiva. Más bien se limita a regular aquellos aspectos relacionados con la salud laboral aunando medidas de seguridad e higiene en el trabajo (evaluación de riesgos, adaptación y cambio del puesto de trabajo) y otras tantas relacionadas con aquellas (limitaciones al trabajo nocturno, cambio del turno de trabajo...) que son, igualmente, merecedoras de deliberación. Para completar el ajuste de nuestro ordenamiento interno a la Directiva tenemos que acudir al permiso por maternidad y lactancia confiado al Estatuto de los Trabajadores y el subsidio por maternidad otorgado por la Ley General de Seguridad Social²⁴.

Por ello, y en tercer lugar, si no fuera ni técnica ni objetivamente posible el cambio de puesto o no se pudiera exigir por motivos justificados²⁵, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (art. 45.1.d ET) durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Para los casos de la trabajadora en periodo de lactancia natural será de aplicación la «suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses» constituida también en el art. 45.1.d ET.

Desde luego, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural viene acompañado por el correspondiente reconocimiento como situación protegida otorgado por la legislación de

²³ D.M. CAIRÓS BARRETO, *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, n. 23, pp. 108-109.

²⁴ J. MORENO I GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO, A. PARDELL VEÀ, *La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, en *Aranzadi Social*, 1997, n. 5.

²⁵ Al respecto «la valoración de la concurrencia o no de estos requisitos depende, por razones obvias, de múltiples circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral desempeñada. Pero, en cualquier caso, la acreditación de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre, feto y/o lactante, que no se pueda prevenir o remediar más que mediante la suspensión del contrato corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora y para ello no basta la simple declaración empresarial de la inexistencia de un puesto compatible con el estado de la trabajadora» (G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Doctrina Judicial*, en *Economía Española y Protección Social*, 2011, vol. III, pp. 136-137).

Seguridad Social como veremos más adelante.

2.3. Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento

La suspensión del contrato por maternidad biológica es un derecho que se reconocía tradicionalmente a la mujer trabajadora sin que el padre pudiera disfrutar de ese periodo de descanso destinado a los primeros cuidados del recién nacido. De hecho, la normativa comunitaria no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, ni una duración mínima del mismo, aunque sí reconoce garantías para la eficacia del permiso por paternidad similares a las del permiso por maternidad²⁶.

En este sentido, las directivas aprobadas por la LOI en materia de corresponsabilidad sobrepasan las exigencias de las Directivas 2002/73 y 2006/54, gracias a la decisión legislativa de ampliar la titularidad del derecho al otro progenitor contribuyendo a difuminar ese concepto patriarcal de la maternidad²⁷.

Cabe señalar que, supone un gran avance el uso del lenguaje no sexista en la legislación mediante la expresión “otro progenitor” que a su vez representa un claro propósito normativo en cuanto a la expansión del disfrute para atender a los nuevos modelos familiares que forman parte de nuestra realidad social²⁸.

Asimismo, con el mismo fin de abarcar las nuevas y cada vez más comunes formas de maternidad, el actual ordenamiento jurídico-laboral español incluye supuestos de filiación no biológica como son la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento. Además, en estos casos, facilitar la adaptación de los menores al nuevo núcleo familiar resulta un bien jurídicamente protegido comparable al esfuerzo por favorecer los vínculos afectivos entre los progenitores y los hijos o hijas biológicos²⁹.

²⁶ I. PÉREZ CAMPOS, *La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea*, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2014, n. 47, p. 167 ss.

²⁷ Vid. p. ej. A.M. ROMERO BURILLO, *La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en A.M. ROMERO BURILLO (dir.), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, 2018.

²⁸ P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, A. GARRIGUES GIMÉNEZ, T. VELASCO PORTERO, *La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 5.

²⁹ J. GARCÍA ATANCE, *La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 79, p. 160 ss.

Respecto a los supuestos concretos, el nuevo art. 48 ET reconoce la suspensión de la actividad laboral en los casos de adopción y acogimiento de menores de seis años o mayores de seis años con discapacidad³⁰ y en los casos en los que por sus circunstancias personales (previamente acreditadas por los servicios sociales correspondientes) o por provenir del extranjero tengan dificultades de inserción familiar.

Es más, entre las aportaciones efectuadas por la LOI en esta materia podemos destacar la incorporación del acogimiento tanto permanente como simple³¹ que se mantiene en la nueva redacción del 45.1.d incorporada por el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación como guarda con fines adoptivos o de acogimiento siempre que sean por un periodo superior a un año. Incluir situaciones de temporalidad supone un gran avance en tanto que responde a la necesidad de cuidar al menor mientras se resuelve judicialmente situaciones en las que el tutor o los padres biológicos presentan su oposición al acogimiento pre-adoptivo o permanente.

De otro lado, retomando las novedosas mejoras en la consecución de la corresponsabilidad y el disfrute compartido del permiso³². En efecto, en virtud del art. 44.3 LOI se reconoce al otro progenitor el derecho a un permiso individual e *intransferible* así como a la correspondiente prestación en los términos y condiciones establecidas en la normativa. Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la LOI, el permiso de paternidad queda indudablemente desvinculado de la actividad profesional de la madre, configurándose como un derecho mínimo y necesario³³.

Tal y como se reconoce en la exposición de motivos del RD-Ley 6/2019 la equiparación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores a dieciséis semanas desde el paso enero de 2021 responde a «la existencia de una clara voluntad y demanda social» lo cual supone un paso importante en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres por medio de la promoción de la conciliación y la

³⁰ Supuesto que ya contemplaba la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

³¹ El art. 173-*bis* del Código Civil define el acogimiento simple como una situación transitoria en la que se prevé la reincorporación del menor en su familia de origen o la adopción de una medida de protección más estable.

³² Conviene recordar que, con anterioridad, para que la titularidad pudiese ser transmitida la Ley 39/1999 requería que ambos progenitores trabajasen y que la madre no fuese trabajadora por cuenta propia o autónoma.

³³ B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *La suspensión del contrato de trabajo y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación familiar y laboral, diferentes y compatibles*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 1, p. 47 ss.

corresponsabilidad.

2.4. La cobertura económica por la Seguridad Social

Con la intención de evitar un perjuicio para la trabajadora que se vea en la necesidad de suspender su contrato a causa de verse expuesta a una situación de riesgo para su embarazo sin que se haya podido llevar a término otra medida de prevención, la Ley General de la Seguridad Social pone a su disposición una prestación económica equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente³⁴. La causa no es otra que la de proteger a la mujer embarazada y al feto de aquellos agente, procedimientos o condiciones laborales que puedan afectar a su bienestar cuando así lo certifique la INSS o la Mutua. Situaciones que, recordemos, se traducen en la suspensión del contrato de trabajo propia del art. 48.5 ET consecuencia de lo previsto en el art. 26 LPRL.

Con anterioridad a la LOI los requisitos para la concesión de la prestación (en esos tiempos solamente para los casos de riesgos durante el embarazo ya que no se contemplaba las situaciones de riesgo durante la lactancia) era el mismo que el exigido para la incapacidad temporal por enfermedad común. Es decir, era imprescindible estar afiliada y en alta en el momento concreto del hecho causante y contar con un periodo de cotización de al menos 180 días dentro de los 5 años anteriores. Con lo cual, muchas mujeres quedaban desprotegidas si no podían acreditar dicho periodo de carencia³⁵. Afortunadamente, a partir de entonces, ambas situaciones van a ostentar la consideración de contingencias profesionales.

En lo referente a la prestación asociada a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, el RD-Ley 6/2019 en su art. 178 reconoce como beneficiarias a aquellas personas (sin importar su sexo) que acrediten los periodos mínimos de cotización.

En primer lugar, en el caso de que la persona trabajadora tenga menos de 21 años a fecha del hecho causante, se flexibilizará el periodo de cotización hasta el punto de no ser necesaria. Se trata de una modificación extremadamente novedosa teniendo en cuenta que es una prestación de

³⁴ Se cumple así con lo establecido por la ley de la Unión Europea, ya que la Directiva 92/85/CEE reconoce el derecho de las trabajadoras a mantener su salario o recibir una compensación adecuada en tales situaciones. En este caso, el legislador español ha decidido transferir el costo económico a los poderes públicos y eximir al empleador de esa responsabilidad.

³⁵ P. MORGADO PANADERO, *La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2009, n. 144, p. 965.

naturaleza contributiva, y el único requisito a cumplir es estar en situación de alta o asimilada. En segundo lugar, si la persona trabajadora tiene entre 21 y 26 años de edad, el periodo mínimo de cotización será de 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al descanso, o en su defecto, será igualmente válido si acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral. Y por último, en el caso de que la persona trabajadora tenga cumplidos 26 años, el periodo de cotización será de 180 días en los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso, o de 360 días a lo largo de toda su vida laboral.

Como puede observarse, la reforma efectuada pretende facilitar el acceso a la prestación a un mayor número de trabajadoras/es. Sin embargo, para algunos autores consideran que se trata más de un esfuerzo teórico que real, puesto que si el fin último era potenciar la maternidad como valor social, hubiera sido eficaz retirar el requisito de carencia para todos los supuestos³⁶. En este sentido, la doctrina ha criticado ampliamente el descuido de la norma a la hora de adaptar tales modificaciones al periodo exigible de cotización para los/las empleados/as a tiempo parcial, más aún cuando la mayoría de estas son mujeres³⁷. Además, usualmente, también son las mujeres quienes reducen su jornada para facilitar la conciliación familiar/laboral, con el perjuicio sobre su cotización que ello supone por la pérdida proporcional a partir del segundo año³⁸.

Otro aspecto importante en esta materia, son los requisitos de acreditación igualmente reformados para las exigencias de edad y cotización. Al respecto, el art. 5 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, establece diferentes requerimientos para según que supuestos.

Por lo tanto, en los casos de maternidad biológica, se tendrá en cuenta la edad de la interesada en el momento del inicio del descanso, mientras que para la acreditación del periodo mínimo de cotización se atenderá a la edad que tenga la madre en el momento del parto. Ahora bien, para el otro progenitor simplemente se tomará como referencia la edad al comienzo de la suspensión. En cambio, en los supuestos de adopción internacional previstos en el ET y en el EBEP, la edad que regirá a tales efectos será la

³⁶ S. BARCELÓN COBEDO, *Igualdad y protección de la contingencia de maternidad*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, 2007.

³⁷ No será hasta 2013 cuando se regulen los periodos necesarios de cotización para los trabajadores a tiempo parcial.

³⁸ M. ROMERO RODENO, *La protección de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 171.

que tengan cumplida los interesados en el momento del inicio del descanso, por el contrario, se tomará de referencia el momento de la resolución a fin de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización correspondiente.

Del mismo modo, no podemos pasar por alto el posible gravamen sobre los requerimientos de edad y carencia para los casos de adopción y guarda, ya que la LOI prevé el periodo de cotización más alto para los posibles beneficiarios del subsidio mayores de 26 años, sin tener en cuenta que las personas que optan por esa maternidad superan con creces esa franja de edad³⁹.

La cuestión que habría de plantearse es qué franja de población femenina trabajadora se sitúa en el tramo actualmente más favorecido por la nueva regulación, y si en consecuencia resulta explicable este distinto tratamiento⁴⁰. De ahí, que para algunos autores la buena voluntad normativa por realizar una ordenación unitaria de la prestación económica para los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento, supone diluir diferencias sustanciales como la expuesta anteriormente⁴¹.

Finalmente, mencionar que el subsidio de naturaleza no contributiva es, sin duda, una de las principales novedades introducidas por la LOI⁴². Tanto es así, que con anterioridad a la reforma existía la posibilidad de que una trabajadora suspendiera su contrato durante las seis semanas obligatorias tras el parto sin tener acceso a ninguna prestación de SS.

La importancia adscrita a esta prestación de carácter “especial”, por lo tanto, recae en el reconocimiento a las trabajadoras de un subsidio económico durante 42 días, aun cuando estando afiliadas y en situación de alta o asimilada, no reúnan el periodo mínimo de cotización para optar a la prestación por maternidad tradicional⁴³.

En efecto, según lo previsto en el art. 181 LGSS, serán beneficiarias las trabajadoras incluidas en el Régimen General de la SS, que exclusivamente en el caso de parto no cumplan con los requisitos de cotización. Como vemos, el fin último de la prestación prima la protección de la madre trabajadora durante de recuperación física tras el alumbramiento, sobre otros bienes jurídicos igualmente valiosos⁴⁴.

³⁹ A.M. ROMERO BURILLO, *op. cit.*

⁴⁰ S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*

⁴¹ R. GÓMEZ GORDILLO, *Convivencia previa y derecho a los progenitores a la prestación de maternidad por adopción*, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 21.

⁴² A.M. ROMERO BURILLO, *op. cit.*

⁴³ A. FERNÁNDEZ-PEINADOS MARTÍNEZ, *Prestación no contributiva por maternidad. La Reforma de la Seguridad Social*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 2, p. 43.

⁴⁴ A.M. ROMERO BURILLO, *op. cit.*

3. A modo de reflexión final

A pesar de todos estos avances, el peso de la maternidad intensiva sigue generando frustración y ambivalencia en aquellas mujeres que quieren prosperar profesionalmente pero les gustaría dedicar mayor atención a sus hijos⁴⁵. De ahí que la madre o la futura madre sufra la presión de cumplir con las funciones propias de la “buena madre” frente al deseo de disfrutar de una vida personal propia y una carrera profesional exitosa⁴⁶. Es más, fruto de esa disyuntiva surge un fuerte sentimiento de culpa al no poder dedicar todo ese tiempo que reclama la maternidad intensiva frente a la necesidad de desarrollarse en varios ámbitos de la vida pública y privada⁴⁷. Desde este planteamiento de la buena o mala madre podemos deducir que, en primer lugar, exime a los padres de las obligaciones propias del cuidado de los hijos/os y en segundo lugar no habla en ningún momento de responsabilidad institucional, es decir, el peso de la crianza recae en una mujer que debe dedicar gustosamente su esfuerzo y tiempo a esta tarea renunciando a todo lo demás.

En consecuencia, debido, por un lado, al fuerte arraigo que el ideal de buena madre sigue teniendo aún en la actualidad y, por otro, a la falta de corresponsabilidad masculina e institucional, las mujeres madres trabajadoras se ven obligadas a debatirse entre esos ideales y sus deseos de realización profesional o personal en otros ámbitos de su vida privada.

En resumen, los progresos asociados a la incorporación de la mujer en los ámbitos públicos y productivos se ven perjudicados por el ideal social de maternidad intensiva. Y, en todo caso, la efectiva corresponsabilidad entre mujeres y hombre en la implicación de las responsabilidades familiares constituye un reto social y legislativo imprescindible para lograr una verdadera igualdad de género.

4. Bibliografía

BANDINTER E. (1991), *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal, siglos XVII al XX*, Paidós

⁴⁵ C. SOLÉ, S. PARELLA, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁶ M. RODRÍGUEZ, C. FERNÁNDEZ, *Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2010, n. 2, p. 268.

⁴⁷ *Vid.* p. ej. S. GIAMPINO, *¿Son culpables las madres que trabajan?*, Siglo XXI, 2002.

- BARCELÓN COBEDO S. (2007), *Igualdad y protección de la contingencia de maternidad*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch
- CAIRÓS BARRETO D.M. (2010), *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia*, en *Lan Harremanak*, n. 23, pp. 83-109
- CANTO ALCÓN E. (2022), *La maternidad y sus dificultades laborales*, en *Revista Científica Género na Amazônia*, n. 4, pp. 179-198
- FERNÁNDEZ COLLADOS B. (2009), *La suspensión del contrato de trabajo y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación familiar y laboral, diferentes y compatibles*, en *Aranzadi Social*, n. 1, pp. 45-51
- FERNÁNDEZ-PEINADOS MARTÍNEZ A. (2013), *Prestación no contributiva por maternidad. La Reforma de la Seguridad Social*, en *Aranzadi Social*, n. 2, pp. 41-64
- FRANCO GONZÁLEZ J. (2007), *Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo)*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 67, pp. 287-298
- GARCÍA ATANCE J. (2009), *La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 79, pp. 159-188
- GIAMPINO S. (2002), *¿Son culpables las madres que trabajan?*, Siglo XXI
- GÓMEZ GORDILLO R. (2011), *Convivencia previa y derecho a los progenitores a la prestación de maternidad por adopción*, en *Aranzadi Social*, n. 21, pp. 57-65
- IGAREDA GONZÁLEZ N. (2009), *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 18, p. 140-152
- IGARTUA MIRÓ M.T. (2007), *Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer*, en *Temas Laborales*, n. 91, pp. 263-296
- INSHT (2011), [Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo](#)
- LOUSADA AROCHENA J. (2007), *La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 5, pp. 53-126
- MONJAS BARRENA M. (2018), *25 años de la Directiva 92/85 CEE sobre protección de la maternidad de la trabajadora*, en *Administración y Ciudadanía*, n. 1, pp. 221-238
- MORENO I GENÉ J., ROMERO BURILLO A.M., PARDELL VEÀ A. (1997), *La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 477-500

- MORENO SOLANA A. (2010), *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch
- MORGADO PANADERO P. (2009), *La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 144, pp. 953-970
- NORES TORRES L.E. (1998), *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en *Actualidad Laboral*, n. 16, pp. 303-304
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P., GARRIGUES GIMÉNEZ A., VELASCO PORTERO T. (2007), *La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 2007-2030
- PALOMAR VERA C. (2005), *Maternidad: historia y cultura*, en *La ventana*, n. 22, pp. 35-67
- PÉREZ CAMPOS I. (2014), *La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n. 47, pp. 163-188
- PURCALLA BONILLA M.Á., RIVAS VALLEJO P. (1998), *La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 809-846
- RODRÍGUEZ INIESTA G. (2011), *Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Doctrina Judicial*, en *Economía Española y Protección Social*, vol. III, pp. 117-143
- RODRÍGUEZ M., FERNÁNDEZ C. (2010), *Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 2, pp. 257-275
- ROMERO BURILLO A.M. (2018), *La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en A.M. ROMERO BURILLO (dir.), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi
- ROMERO RODENO M. (2014), *La protección de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 171, pp. 115-140
- RONDA E., GADEA R. (2008), *Riesgo laboral en trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia: la necesidad de una estrategia preventiva consensuada*, en *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, n. 4, pp. 169-171
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud de la mujer trabajadora*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 319-357

SALETTI CUESTA L. (2008), *Propuestas teóricas feministas en relación al concepto de maternidad*, en *Clepsydra*, n. 7, pp. 169-183

SÁNCHEZ CASTILLO M. (2009), *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo

SOLÉ C., PARELLA S. (2004), «Nuevas» expresiones de la maternidad: las madres con carreras profesionales «exitosas», en *Revista Española de Sociología*, n. 4, pp. 67-92

SOTO DOMÍNGUEZ A., CORTÉS GALLEGO M. (2012), *Políticas públicas para la mujer en Colombia: la doble condición de madre y trabajadora en la legislación del siglo XX*, en *Entramado*, n. 1, pp. 72-88

VELASCO PORTERO M. (2009), *La específica protección de la mujer en la prevención de riesgos laborales*, en *Dereito*, n. 2, pp. 295-312

La protección social de la mujer migrante en España

Rafael BORREGO PEÑA*

RESUMEN: La condición de migrante de un individuo conlleva con frecuencia una carga de vulnerabilidad. Si bien una parte de ésta se debe al desconocimiento de la normativa en el país de destino, otra la provocan directamente los condicionantes legales que limitan el acceso a determinados derechos, en especial para quienes se encuentran en situación administrativa irregular. La condición de mujer, por su parte, sigue afectando en sentido negativo. A la fragilidad propia de la condición de migrante se añade la presencia de factores económicos, culturales y laborales que la colocan en situación de inferioridad relativa, acercándola más aún a la pobreza, el desempleo o la precariedad del empleo irregular. En este artículo, exploramos el encaje de la mujer migrante en la red de protección social existente en España, analizando su mayor o menor dificultad para acceder al marco de prestaciones con el que el sistema trata de cubrir las diversas situaciones de necesidad.

Palabras clave: Protección social, seguridad social, situación de necesidad, prestaciones.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Mujer y migrante. 2.1. La condición de mujer. 2.2. La condición de migrante. 3. El marco de la protección social a la mujer migrante. 3.1. El desempleo. 3.2. La pobreza. 3.3. La vejez. 3.4. La incapacidad. 3.5. La atención sanitaria. 3.6. Los servicios sociales. 4. Mejoras. 4.1. Extranjería. 4.2. Seguridad Social. 4.3. Reparto competencial. 4.4. Acuerdos supranacionales. 5. Valoraciones finales. 6. Bibliografía.

* Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de Málaga (España).

The Social Protection of Migrant Women in Spain

ABSTRACT: An individual's status as a migrant often carries with it a burden of vulnerability. While part of this is due to a lack of knowledge of the regulations in the destination country, another is directly caused by the legal conditions that limit access to certain rights, especially for those who are in an irregular administrative situation. The condition of women, for its part, continues to have a negative impact. In addition to the fragility inherent to the condition of migrant, there are economic, cultural, and labor factors that place her in a situation of relative inferiority, bringing her even closer to poverty, unemployment, or the precariousness of irregular employment. In this article, we explore how migrant women fit into the existing social protection network in Spain, analyzing their greater or lesser difficulty in accessing the framework of benefits with which the system tries to cover the various situations of need.

Key Words: Social protection, social security, situation of need, benefits.

1. Introducción

El concepto *protección social* abarca, en términos generales, los programas y las políticas diseñados para reducir la vulnerabilidad de los individuos y los grupos que la sufren. Vulnerabilidad que puede venir originada por una multitud de vicisitudes: que se esté en situación de incapacidad laboral por alguna enfermedad, que encontrar empleo sea imposible o que la llegada de la vejez no permita un buen desempeño profesional, entre muchas otras.

Para hacer frente a estas coyunturas, la red de protección configura un marco que trata de garantizar unos mínimos de subsistencia a todo ser humano, estableciendo prestaciones, tanto económicas como en especie, que atajen cada problema específico. Red que depende de una serie de actores que le dan forma y dibujan el panorama protector nacional.

En primer lugar, se encuentra el gobierno estatal. Es de quien depende la regulación y el funcionamiento de la Seguridad Social, la gran protagonista del sistema de protección frente a situaciones de vulnerabilidad en España y de quien depende el sostenimiento de los amortiguadores económicos principales del estado del bienestar. En segundo lugar, vemos a las comunidades autónomas. Si bien éstas tienen en principio un rol secundario, con el paso de los años han venido consolidando un papel de importancia creciente en la materia. Por una parte, por tener el grueso de la gestión de la atención sanitaria, pieza clave del sistema de Seguridad Social. Por otra, porque han ido desarrollando redes propias de protección social a través de prestaciones complementarias a aquéllas reconocidas desde el Estado, especialmente en el ámbito de los servicios sociales, como se verá en el apartado correspondiente. En tercer lugar, están los entes locales. Aunque financieramente más débiles que los dos niveles superiores de gobierno, gozan de un margen de maniobra que les permite tener políticas propias de servicios sociales y programas de ayudas económicas capaces de marcar la diferencia en las vidas de los sujetos afectados. Además, el ser el nivel de gobierno más cercano a la población les permite desarrollar estrategias que inciden en los problemas sociales con una precisión mayor que ningún otro. En cuarto lugar, no podemos obviar la gran relevancia en materia de protección social que tiene el llamado tercer sector: numerosas organizaciones no gubernamentales y asociaciones de distinto tipo han creado en las últimas décadas un tejido nacido de la propia sociedad civil que ha contribuido a paliar los efectos de las situaciones de necesidad más dramáticas.

Por otro lado, en lo que respecta a las protagonistas de este estudio, las mujeres migrantes, es necesario remarcar su gran heterogeneidad como colectivo. Las extranjeras en España presentan una gran variabilidad en

cuanto a país de origen, estatus socioeconómico, situación administrativa e incluso condiciones familiares.

Esta circunstancia hace que nuestras observaciones tengan que ser plenamente conscientes de ese grado de complejidad analítica. No obstante, el hecho de que centremos el artículo en aquellas mujeres que precisan (o pueden tener mayor probabilidad de precisar) de la red de protección social, nos lleva a tomar un enfoque más basado en ciertos perfiles de mujer migrante que en otros. Es por esta razón que, con carácter general, la mayor parte de la atención está aquí dirigida a sectores del colectivo con menor nivel socioeconómico. Sectores a los que, justamente por su condición de necesitados, el legislador trata de filtrar o dosificar el acceso al sistema.

Para desarrollar adecuadamente las ideas de este texto, el § 2 hará las observaciones pertinentes con respecto a las condiciones de mujer y de migrante, en cuanto que ambas provocan una situación de desventaja desde una perspectiva interseccional. En el § 3, ilustraremos de forma esquemática el sistema de protección social en España, tomando como referencia principal las situaciones de necesidad consideradas por la Ley General de la Seguridad Social, y trazaremos los comentarios relativos a las condiciones de acceso de la mujer migrante a sus prestaciones. El § 4 servirá para exponer algunas ideas de posibles mejoras en los diferentes aspectos de la normativa existente. Por último, en el § 5 comprimiremos las valoraciones finales con las que corresponda concluir el trabajo.

2. Mujer y migrante

2.1. La condición de mujer

Cada vez es más frecuente que los estados y las organizaciones internacionales apliquen a sus políticas un enfoque de género. Esto consiste, en esencia, en aplicar a la toma de decisiones un filtro que analice cómo una determinada cuestión afecta específicamente a las mujeres, dadas las particulares condiciones de discriminación que éstas han sufrido históricamente.

Es gracias a la consolidación de estas tendencias que puede apreciarse la especial incidencia que tienen algunos problemas en el colectivo femenino y, por tanto, elaborarse estrategias adecuadas para atajarlos. Es el caso, por ejemplo, del empleo doméstico, en el que se ve cómo un sector prácticamente relegado en su totalidad a las mujeres ha sido tradicionalmente uno de los más precarios. Éste destaca no solo por ser uno de las ramas de actividad laboral más marcadamente feminizados; es

también el epítome de la forma en que la mujer ha sido socializada, por norma general, en todo el planeta: limitada al ámbito privado, donde se encarga del cuidado del hogar y la familia¹.

A menudo, las políticas de protección de la mujer van ligadas al fenómeno de la violencia de género y de la violencia sexual, de la que estadísticamente son víctimas en exclusiva. De hecho, como veremos en el § 3, la condición de víctima de violencia de género abre a las mujeres una serie de posibilidades específicas transversales a todo el espacio jurídico, garantizándoles ventajas en materia laboral o de Seguridad Social.

2.2. La condición de migrante

Las personas migrantes son aquéllas que se desplazan a un país distinto de aquél en que nacieron con el objetivo de establecer allí su residencia. Las más de las veces, se trata de nacionales de Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico y duras condiciones de vida que emigran hacia otros países más evolucionados con objeto de mejorar sus perspectivas materiales².

Es frecuente que los migrantes reciban tratos discriminatorios en los países de destino, en especial si se trata de personas racializadas o de bajo estatus socioeconómico³. Contempladas como una amenaza potencial a los equilibrios del mercado de trabajo local y posibles beneficiarias de un sistema de protección social que no han contribuido a sostener, se genera un rechazo hacia ellas que desemboca en catálogos reducidos de derechos, separados de aquéllos de los nacionales. Aunque esa brecha no es la misma en todos los países, sí que podemos apuntar que tan solo una quinta parte de los migrantes internacionales cuentan con algún tipo de cobertura de protección social en el país de destino⁴.

España, en concreto, es un importante destino de migración internacional. Los vínculos históricos y lingüísticos con América Latina mantienen un flujo constante de llegada de personas que buscan emprender una vida en nuestro país, mientras que la proximidad geográfica al continente africano

¹ C. ALEMÁN BRACHO, M. GARCÍA SERRANO, *La protección social a la mujer*, en *Miscelánea Comillas*, 2010, n. 132, p. 346.

² L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería*, en *Migraciones*, 2014, n. 36.

³ L. SEBASTIANI, *La integración de inmigrantes en el marco de la Unión Europea: el campo, los actores y las estrategias*, en *Migraciones*, 2014, n. 36.

⁴ ONU MUJERES, *No dejar a nadie atrás: acceso a la protección social para todas las mujeres migrantes*, Documento de Políticas, 2020, n. 14.

hace que Marruecos sea el país con mayor cantidad de nacionales en territorio español⁵. A los cerca de 800.000 ciudadanos marroquíes le siguen los 600.000 rumanos, 375.000 colombianos, 300.000 provenientes de Reino Unido y otros 300.000 de Italia. Justo después, aparecen en la lista con cifras entre 100.000 y 250.000, Venezuela, China, Ucrania, Alemania y Perú. Según su situación administrativa, las personas extranjeras en España pueden ser españolas, ciudadanas de la Unión Europea (o Espacio Económico Europeo o Suiza, equiparados a los miembros de la UE en determinados aspectos), residentes extracomunitarios legales o residentes en situación irregular. Además, existen disposiciones específicas y excepcionales para solicitantes de refugio y asilo. Las implicaciones de la situación administrativa del extranjero en su vida personal son determinantes, en la medida en que establecen regímenes de derechos distintos que muy a menudo excluyen a los irregulares, mientras se equiparan las del resto a las condiciones de los propios españoles. En consecuencia, las personas migrantes experimentan una mayor precariedad laboral y social, asociadas al subempleo y la economía sumergida⁶.

3. El marco de la protección social a la mujer migrante

El panorama normativo que da forma a la protección garantizada a las mujeres migrantes en España se compone de una constelación de normas emanadas desde diferentes instancias. En términos generales y a efectos puramente aclaratorios, podemos considerar como fuentes jurídicas principales la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y el RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Mientras que la primera establece el régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional, la segunda les proporciona un encaje determinado en el sistema de previsión social. No obstante, debe recordarse una vez más que la malla de protección social no está formada únicamente por las prestaciones de la Seguridad Social.

Para analizar el estado actual de la materia, en este apartado se van a clasificar las situaciones de necesidad (y las consiguientes prestaciones de la acción protectora del sistema) atendiendo a seis grandes categorías, que

⁵ INE, *Encuesta de población activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*, Cuarto Trimestre 2022.

⁶ G. POBLET, *Pagar el seguro a la chacha. Informalidad y protección social en mujeres migrantes trabajadoras del hogar*, en *Migraciones*, 2022, n. 55.

siguen en gran medida el esquema trazado por la LGSS: desempleo, pobreza, vejez, incapacidad, atención sanitaria y servicios sociales.

3.1. El desempleo

La situación de desempleo es una de las piezas clave del sistema de Seguridad Social. El art. 262 LGSS habla de «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo». Se parte, entonces, de la existencia previa de una relación laboral que, al desaparecer, genera el derecho a percibir una renta sustitutiva. De esta sutil forma, el legislador trata de dejar fuera de cobertura a quienes no hayan contribuido previamente al sistema en cantidad suficiente. De hecho, esta exigencia de cotización está presente tanto en el nivel contributivo como en el asistencial (si bien menor para este último), lo cual constituye una auténtica anomalía en un esquema de protección que crea ese doble carril precisamente para garantizar prestaciones mínimas con independencia del historial personal de contribuciones.

Sin embargo, la exclusión más sibilina en relación a la prestación por desempleo es probablemente la que afecta a los extranjeros en situación irregular. Éstos, dada su situación administrativa, carecen de autorización para trabajar y, por tanto, no *pueden* hacerlo de acuerdo con la legalidad, lo que los expulsa de la cobertura del mencionado art. 262. Independientemente de la mayor o menor simpatía que despierte esta condición, la lógica del sistema es clara: solo se apoyará económicamente al desempleado de forma temporal y en la medida en que pueda dejar de ser una carga para la tesorería en algún momento.

No obstante, resulta llamativa tal exclusión habida cuenta de los esfuerzos realizados en paralelo para proteger al trabajador extranjero en situación irregular: el mismo art. 36.5 LOEx que niega las prestaciones por desempleo a aquéllos sin autorización para trabajar, les reconoce el derecho a reclamar sus derechos laborales, corrigiendo la regla general que considera nulo el contrato de quien no está legalmente habilitado para celebrarlo.

Con respecto a la población extranjera en situación legal, el panorama es muy distinto, aunque no exento de dificultades y barreras. En primer lugar, en cuanto a la prestación contributiva (es decir, aquella que nace tras haber cotizado la persona trabajadora suficientemente), ésta precisa de un periodo de cotización mínimo de 360 días. A partir de esa cifra, se establecen una serie de tramos que garantizan la cobertura durante un tercio del tiempo cotizado, con un límite máximo de dos años. Así, el cumplimiento de esos

360 días, que funcionan a modo de periodo de carencia, da acceso a 4 meses de prestación. En lo referente a la cuantía, ésta consiste en pagos mensuales a la persona beneficiaria del 70% de su base reguladora, durante los primeros 180 días, y del 60%, por el resto del tiempo con derecho a prestación. No obstante, el sistema establece un límite máximo del 225% del Índice Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), situado en 2023 en 600 euros mensuales, y un límite mínimo del 80% del mismo.

En segundo lugar, encontramos el nivel asistencial, con el que la red protectora trata de garantizar un ingreso sustitutivo a quien no tenga rentas suficientes ni derecho a la prestación contributiva pero cumpla ciertos requisitos: principalmente, haber cotizado tres o seis meses, según se tengan o no responsabilidades familiares, o haber agotado previamente la vía contributiva, si se tienen esas mismas responsabilidades familiares o bien se es mayor de 45 años. En cuanto a la renta que no debe superarse para poder generar derecho a este subsidio, ésta es del 75% del salario mínimo interprofesional (SMI), lo cual nos da una cuantía de referencia de 810 euros mensuales. Con respecto a la duración de la prestación, la horquilla existente establece periodos máximos de entre 6 y 30 meses, si bien existe la posibilidad para mayores de 52 años de beneficiarse hasta que cumplan la edad legal de jubilación. La cuantía de la prestación será del 80% del IPREM, coincidiendo, como puede verse, con el mínimo de la prestación contributiva.

Como se comentó más arriba, el hecho de que incluso el nivel asistencial exija cotizaciones previas es una anomalía dentro del sistema de protección social español. De hecho, en esa condición podemos encontrar el origen de otra serie de ayudas y subsidios creados para atender las necesidades de quienes quedan fuera de esta cobertura, creando subniveles dentro de la categoría asistencial, entre los que se encuentran las llamadas Rentas Activas de Inserción (RAI), en las que las comunidades autónomas han tenido una participación creciente, o el Subsidio Extraordinario por Desempleo⁷.

Si bien las personas extranjeras en España con residencia legal tienen el mismo derecho a la prestación que las autóctonas, en la práctica se presentan diferentes dificultades derivadas de su condición. Las nacionales de estados miembros de la Unión Europea, por su parte, se ven beneficiadas por la libertad de circulación y establecimiento, así como del reconocimiento de los periodos de cotización, por lo que están exentas de trámites burocráticos clave que les facilitan el acceso a las prestaciones.

Por otro lado, España es parte del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007, que reconoce entre los estados miembros del

⁷ J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Manual de seguridad social*, Tecnos, 2022, p. 409.

acuerdo el reconocimiento de los periodos de cotización a efectos de determinadas prestaciones, pero no de la de desempleo, que fue dejada fuera de la cobertura de este pacto, centrado mayormente en ayudas de vejez e invalidez.

Por tanto, para gran parte de las personas migrantes en España, las de origen extracomunitario, el acceso a estos beneficios económicos depende, primero, del acceso a la residencia legal, y segundo, del cumplimiento de los periodos mínimos de cotización. Esto presenta extraordinarias dificultades para los extranjeros en situación irregular, en la medida en que precisan de un largo periodo de tiempo para conseguir la residencia, probablemente por vía del arraigo⁸, y acumular los días necesarios para generar el derecho. Además, la vulnerabilidad en la que se encuentra la persona migrante en situación irregular la hace más proclive a tener peores salarios y condiciones laborales, lo cual repercute, en el largo plazo, en la generosidad de las prestaciones a las que se tiene acceso.

Si esto es cierto para la categoría de migrante, lo es más aún si aplicamos la perspectiva de género al análisis. Las mujeres, recordemos, siguen sufriendo la peor parte de la brecha salarial respecto a los hombres en nuestro país. E incluso con independencia de su situación administrativa, quedan con frecuencia relegadas al trabajo doméstico, sea en su propio hogar, como ama de casa, sea en viviendas ajenas, desempeñando tareas escasamente remuneradas y en el campo de la economía sumergida⁹. En el primer caso, la mujer queda completamente oculta al sistema, mientras que, en el segundo, se la incluye desde una posición de inferioridad.

En cuanto al empleo en el hogar, no solo adjudicado a mujeres sino que concretamente a mujeres migrantes (aproximadamente la mitad de las empleadas son extranjeras, del norte África y América Latina)¹⁰, ha sido objeto de exclusión legislativa hasta muy recientemente, cuando se ha reconocido su derecho a prestación por desempleo y su alta en la Seguridad Social obligatoria por parte del empleador, ya sea por intenciones genuinas del legislador o por presiones llegadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Por último, no podemos obviar las medidas tomadas para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género. La condición de víctima reconoce a la mujer importantes derechos, entre otras, reduce los requisitos del compromiso de actividad al que obliga la condición de desempleada con prestación, reconoce su derecho a cobrarla tras causar baja voluntaria en el

⁸ L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *op. cit.*

⁹ G. POBLET, *op. cit.*

¹⁰ *Idem.*

empleo y es colectivo beneficiario específico de las Rentas Activas de Inserción.

3.2. La pobreza

La existencia de una protección específica contra la pobreza podría parecer, en cierto modo, redundante. Resulta claro que el espíritu que subyace a todo el catálogo de prestaciones es la aportación de ingresos a quienes carecen de ellos, ya sea sustituyendo retribuciones que se venían percibiendo en virtud de una relación laboral (vía contributiva), ya sea directamente reconociendo una situación de necesidad que necesita ser paliada con un nivel mínimo de renta (vía asistencial o no contributiva).

No obstante, el carácter fragmentado del marco de prestaciones ha venido dejando a importantes sectores de la población desprotegidas, en la medida en que cabía la posibilidad de carecer por completo de ingresos económicos y al mismo tiempo no encajar en ninguna de las situaciones de necesidad protegidas. Por eso, el legislador ha llegado a ver necesario crear una red mínima de protección a la carestía total de recursos, que podemos identificar a nivel estatal con la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (IMV), sin perjuicio de las mejoras complementarias e independientes que puedan ser establecidas por los diferentes niveles de gobierno en sus respectivos territorios.

En lo que nos atañe en este artículo, resulta especialmente importante destacar que se exige un periodo de residencia legal y efectiva en España de un año, aunque exime de este plazo de carencia a mujeres víctimas de violencia de género y de trata. Nuevamente, encontramos aquí un problema notable de acceso para una parte de la población específicamente vulnerable como son las personas migrantes en situación irregular, si bien este periodo es bastante más corto que el exigido para la mayoría de las pensiones no contributivas.

En cuanto a la cuantía, ésta depende del número de convivientes y dependientes que conformen la unidad familiar, pero toma como referencia los importes fijados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año para las pensiones no contributivas. Así, por ejemplo, una unidad formada por un solo adulto tendrá una renta mínima garantizada de 565,37 euros mensuales, mientras que una formada por una familia de dos adultos y dos menores tendrá una de 1.074,21. A pesar de tratarse de importes que difícilmente pueden garantizar una vida digna y suficiente, es de recibo destacar el notable progreso que ha tenido esta nueva prestación en su corto periodo de vida, que apunta a que a medio plazo podría constituirse como

una auténtica renta básica universal que termine por desplazar a muchas de las ayudas existentes, como ya ha hecho con la prestación por hijo a cargo sin discapacidad¹¹.

Relevante es aquí también observar el plus que reciben las familias monoparentales, que las más de las veces consisten en una mujer acompañada por sus hijos. Este aspecto se muestra también clave si tenemos en cuenta la paulatina feminización de los procesos migratorios¹², en la medida en que cada vez son más las mujeres que deciden migrar solas o con su descendencia, frecuentemente con muy escasos recursos económicos. También puede ser primordial este aspecto para mujeres beneficiarias de asilo y refugio, en tanto en cuanto les podría permitir una vida menos dependiente de los servicios sociales y las organizaciones del tercer sector.

3.3. La vejez

La llegada de la tercera edad es considerada una de las principales situaciones de necesidad reconocidas en el ordenamiento español, y también una de las más debatidas, dado su importante peso presupuestario y el envejecimiento progresivo que atraviesa la sociedad española.

Como es habitual en materia de prestaciones, consta de dos vías de acceso: la contributiva y la asistencial. Para acceder a la primera, es necesario haber llegado, como regla general, a la edad ordinaria de jubilación, situada para 2023 en los 66 años y 4 meses, si se ha cotizado durante menos de 37 años y 9 meses, o en los 65, si el periodo pasa de esa franja. No obstante, el mínimo de años cotizados para tener derecho a pensión de jubilación contributiva es de 15, cifra que garantiza un ingreso mensual del 50% de la base reguladora correspondiente a la persona trabajadora. A partir de esos 15 años, el porcentaje a percibir aumenta conforme aumentan los años cotizados. Pero más allá de la regla general, hay todo un plantel de posibilidades, que abarcan, entre otras, la jubilación parcial, la anticipada o la postergada.

Las pensiones de jubilación son un ámbito prestacional con una presencia relativamente escasa de personas migrantes. Recordemos que el carácter de España como destino migratorio es relativamente reciente, lo cual hace que la proporción de migrantes que han llegado a la edad de jubilación sea baja.

¹¹ J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *op. cit.*, p. 497.

¹² R. ZERBINI RIBEIRO LEÃO, F. GONZÁLEZ MORALES, *Derecho a la salud de mujeres migrantes: el enfoque de dos organismos de Naciones Unidas*, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 2022, n. 66, p. 192.

Además, las personas que migran por motivos laborales tienden a hacerlo en épocas tempranas de la vida y rara vez se encuentran próximas a la vejez. Igualmente, es de recibo advertir la especial dificultad que enfrentan (y, sobre todo, enfrentarán) las personas extranjeras para llegar a percibir una pensión de jubilación completa. Si una persona debe haber cotizado durante 38 años y medio para poder jubilarse al cumplir los 65, eso implica que deberá haber trabajado (y cotizado) ininterrumpidamente desde los 26 años y medio. Fuera de los supuestos en los que se pueden totalizar los periodos cotizados en distintos países, como en el caso de la mayoría de los estados europeos y de los miembros del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el acceso del migrante a una pensión adecuada se antoja complicado. Si, además, centramos el foco en las mujeres extranjeras, el acceso es aún menor; no en vano éstas representan el 12% de la población femenina y menos del 1,5% de las receptoras de pensiones contributivas¹³. Por otro lado, es importante el cambio de paradigma representado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Villar Láz*¹⁴, que determinó el carácter discriminatorio de la forma de cómputo del periodo cotizado por las personas empleadas a tiempo parcial y obligó a que un día de trabajo se considerase cotizado independientemente del número de horas empleadas. La diferenciación, dijo el Tribunal, discriminaba indirectamente a la mujer, en la medida en que la población femenina constituye el grueso del trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la modalidad no contributiva, ésta no exige periodo de cotización. Pero sí que obliga a tener un mínimo de diez años de residencia legal en España, dos de ellos consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud, además de un nivel de renta personal inferior a 6.784,54 euros anuales, si bien el umbral aumenta en función del número de convivientes y el parentesco que los relaciona con la persona beneficiaria. Cumplidos estos requisitos, se tiene derecho a la pensión mensual de 484,61 euros.

Resulta llamativo analizar el fuerte sesgo de género que afecta a esta prestación: más de un 73% de las personas beneficiarias son mujeres¹⁵. Esto nos lleva, a su vez, a una importante conclusión: la población femenina, llegada la edad de jubilación, depende masivamente de la existencia de la red de protección asistencial, a la que tiene que acudir al no reunir las condiciones necesarias para beneficiarse de la jubilación contributiva.

A su vez, poco más del 6% de las prestaciones de jubilación no

¹³ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Mujeres en el mercado de trabajo, mujeres pensionistas y mujeres migrantes en el siglo XXI*, 2019.

¹⁴ STJUE 8 mayo 2019, asunto C-161/18, *Violeta Villar Láz* c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*.

¹⁵ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*

contributivas van a parar a población extranjera en España, lo que con gran probabilidad se debe a la coyuntura mencionada más arriba: que la edad media de las personas migrantes en España no las hace partícipes aún de este tipo de ayudas.

Sea como fuere, en este ámbito es de vital importancia recordar las complejidades de nuestro sistema de comunidades autónomas, puesto que éstas tienen potestad para establecer cuantías complementarias que mejoren estos mínimos garantizados por el Estado. En el caso de Andalucía, los perceptores de pensiones no contributivas tienen derecho a un plus mensual de 162,20 euros durante 2023, lo que representa una cantidad notable si se compara con la pensión inicial reconocida por la Seguridad Social.

3.4. La incapacidad

La contingencia de incapacidad supone la imposibilidad de la persona trabajadora de continuar su desempeño laboral como venía haciendo. Ésta puede ser temporal, si tiene visos de recuperación a corto plazo (con un periodo de referencia de un año), o permanente, si la coyuntura es presumiblemente de carácter vitalicio. A su vez, en la incapacidad permanente están presentes cuatro grados según la gravedad de la lesión o enfermedad: parcial, cuando obstaculiza en parte el ejercicio de la profesión habitual, total, cuando la impide por completo, absoluta, si impide toda participación laboral, o gran invalidez, si además de prohibir cualquier trabajo obliga a la persona convaleciente a valerse de la ayuda de un tercero para realizar acciones básicas de la vida cotidiana.

Por otra parte, toda contingencia de incapacidad se clasifica en dos grupos, bien como enfermedad común o accidente no laboral, o bien como enfermedad profesional o accidente de trabajo. La importancia de esta división es fundamental para las personas migrantes irregulares, en la medida en que se les reconoce la prestación en condiciones de igualdad con respecto a los españoles si se trata de un daño de origen profesional, por aplicación de la excepción a la regla general recogida en el art. 36.5 LOEx de nulidad de la relación laboral. En cambio, el colectivo queda descubierto respecto de las contingencias comunes.

En relación a la incapacidad temporal merecen mención especial los permisos de maternidad, y es que resulta llamativo que una situación protegida tan delicada como la maternidad se vea afectada por requisitos mínimos de cotización previa, eximiendo de éstos solo a las mujeres menores de 21 años. Ciertamente existe la modalidad no contributiva, sin

necesidad de cotización, que por regla general es la más afecta a mujeres y en especial a aquéllas que son migrantes, pero ésta no hace más que acentuar y profundizar una desigualdad: por la vía contributiva, la beneficiaria goza de 16 semanas posteriores al parto con cobro del 100% de su base reguladora, mientras que por la vía asistencial, se tiene derecho a 42 días de prestación del 100% del IPREM. Como vemos, la creciente disparidad habida entre los salarios, tomado como referencia el salario mínimo interprofesional, y el IPREM, marca con mayor contraste aún las dos velocidades en las que funciona la acción protectora de la Seguridad Social. La condición de víctima de violencia de género, por su parte, hace también en este ámbito gala de su carácter transversal al sistema de protección, estableciendo que el periodo de abandono del puesto de trabajo sea considerado como cotizado a efectos de prestaciones, lo cual mitiga parte de los efectos perjudiciales que la mujer experimenta en su vida laboral derivados de la situación de maltrato.

Particularidades distintas encontramos en el caso de las prestaciones por incapacidad permanente. Aquí, encontramos unos requisitos de carencia relativamente exigentes, además de un proceso de solicitud del derecho intencionadamente tedioso y disuasorio¹⁶ que claramente trata de obstaculizar el acceso a pensiones vitalicias que suponen una fuerte carga para el sistema. No obstante, es de recibo también reconocer que se exime de tales plazos de carencia a quienes sufran accidentes, laborales o no, o enfermedades de origen profesional.

En términos generales, la incapacidad permanente parcial exige un periodo de cotización previo de 1.800 días (cinco años, aproximadamente) y da derecho al cobro de un tanto alzado de 24 meses de base reguladora. El resto de las incapacidades permanentes precisan de un periodo de cotización de un tercio del tiempo transcurrido entre los 16 años y el hecho causante, si se es menor de 31 años, o de un cuarto del lapso entre los 20 años y tal evento, si se es mayor, dando lugar a una prestación del 55% de la base reguladora en la incapacidad permanente total (75% si se es mayor de 55 años), del 100% en la absoluta, y de un complemento adicional a ésta que permita compensar los gastos de cuidado por un tercero, en caso de gran invalidez. No obstante, el modo de cálculo de la base reguladora hace que ésta sea inferior al salario percibido durante la vida laboral, lo cual produce un perjuicio económico de entrada en la medida en que la renta ofrecida como sustitución es intencionadamente menor.

Si los requisitos de alta y cotización previa acostumbran a tener especial efecto discriminatorio sobre las mujeres, en especial las migrantes, por su

¹⁶ J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *op. cit.*, p. 287.

involuntaria adscripción a los sectores más informales y al trabajo doméstico no remunerado, esta norma se cumple con mayor incidencia aún en el campo de las incapacidades laborales, dadas sus altas exigencias. Esto empuja a la población femenina a la dependencia de la vía asistencial, que durante 2023 da acceso a una prestación mínima de 565,37 euros mensuales. El problema, aquí, nace de la exigencia de una discapacidad del 65%, que busca dar a esta prestación un carácter explícitamente residual. Además, el 363.1 LGSS establece como requisito la residencia legal en España por cinco años, excluyendo así a migrantes con una discapacidad severa que no hayan cumplido un lustro desde su llegada conforme a la legalidad o desde su regularización. Este colectivo, con toda probabilidad, pasará a ser dependientes del ingreso mínimo vital, menos garantista.

3.5. La atención sanitaria

El sistema público de sanidad español se ha caracterizado por largo tiempo por su vocación de cobertura universal. Esto fue alterado por el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, cuando, al abrigo de la crisis económica, el legislador vio conveniente excluir a los extranjeros en situación irregular del acceso a la sanidad gratuita con la sola excepción de los servicios de urgencia o la atención a niños y mujeres embarazadas. Esta situación se revirtió en 2018, cuando fue aprobado el RD-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que restableció el acceso en plenas condiciones de igualdad sin importar la situación administrativa.

Esto supone que, de uno u otro modo, la población extranjera tiene las mismas condiciones de acceso gratuito a la sanidad pública que los españoles, independientemente de la situación administrativa y sin requisitos de carencia o periodo cotizado previo, lo cual debe destacarse como una anomalía dentro del campo de protección social establecido, tal y como hemos visto. Los servicios farmacológicos, no obstante, están sometidos generalmente al pago de un precio, si bien rebajado, de acuerdo con el art. 102 del RDL 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (LGURM).

Por otra parte, es de justicia señalar el hecho de que, para obtener determinados visados que garanticen la entrada y permanencia en España a ciudadanos extracomunitarios (los miembros de la UE, entre otros, gozan de exención), la LOEx obliga al solicitante a concertar una póliza pública o

privada de seguro de salud, por lo que no debe considerarse estrictamente gratuito en su caso.

Respecto a la utilización de los servicios de atención médica por parte de la población migrante, estos destacan por seguir la línea argumental de la llamada “teoría de la asimilación”, según la cual la persona migrante hace escaso uso de los servicios de salud en sus primeras etapas desde la llegada, incrementándolo poco a poco. Esto es especialmente cierto en el caso de los extranjeros en situación irregular, que muestran una línea en ascenso continuo según consiguen su residencia por arraigo y posteriormente la nacionalidad española¹⁷. Aun así, es llamativa la brecha de uso existente entre los ciudadanos nacionales de la UE y los extracomunitarios, que hace de los primeros unos usuarios asiduos de la atención primaria y las especialidades mientras muestra que los segundos quedan con mayor probabilidad en el nivel de la atención de emergencia¹⁸.

Con respecto a la salud sexual y reproductiva, ámbito orientado especialmente hacia la población femenina, destaca el énfasis del legislador en incluir bajo el manto de su protección a todas las personas sin importar, entre otras condiciones, su origen nacional ni su situación administrativa, como podemos ver en la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, en su art. 17, se establece que se prestará «especial atención a las necesidades surgidas de las situaciones de extranjería», precepto con el que el legislador muestra la preocupación por la situación de las mujeres extranjeras que ven reducidos sus derechos por no estar familiarizadas suficientemente con el sistema legal y sanitario español.

3.6. Los servicios sociales

Los servicios sociales, junto con los servicios de asistencia social, abarcan un conjunto de estrategias relativamente flexible del que se valen los poderes públicos para complementar la atención a determinadas situaciones de necesidad, incluyendo prestaciones pecuniarias y en especie. Por diferentes motivos, se trata de un campo de acción peculiar.

En primer lugar, por la participación de los diferentes niveles de gobierno e incluso de actores externos. En efecto, las comunidades autónomas tienen

¹⁷ J. SUÁREZ MUÑOZ, *Brecha de uso de la atención sanitaria entre la población autóctona e inmigrante en España*, en *Migraciones*, 2022, n. 56, p. 19.

¹⁸ *Idem*.

potestad para establecer su propio sistema de servicios sociales, con la flexibilidad protectora que eso garantiza, como reconocieran en su momento las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1986 y 239/2002, por ejemplo. Si bien la relativa confusión normativa ha dado lugar a un reparto e incluso a una concurrencia competencial, también ha creado un espacio para la privatización de la cobertura, vista la entrada en él de numerosas organizaciones del tercer sector, que suplieron, en especial desde la crisis económica de 2008, los vacíos dejados por los gobiernos¹⁹.

Y en segundo lugar, por las necesidades atendidas. Destacan a este respecto los servicios sociales dependientes de la Dirección General de Migraciones que atienden a la “inmigración política”, es decir, a quienes llegan a España en busca de asilo y refugio. De esta forma, el sistema encuentra el canal adecuado para garantizar a personas especialmente vulnerables alojamiento, manutención y asistencia psicosocial, aun de forma temporal y con vocación transitoria. La Dirección General de Inclusión y Atención Humanitaria, por su parte, busca proteger de forma análoga al resto de migrantes vulnerables, llamada a menudo “inmigración económica”.

Como es costumbre en el ámbito de la acción protectora de los poderes públicos, la condición de mujer víctima de género tiene aquí eco también, garantizando un derecho subjetivo de acceso a los servicios sociales. A pesar del carácter marcadamente residual de estos servicios²⁰, su carácter multidisciplinar, permite combinar la disposición de alojamientos seguros con asistencia económica y psicológica, lo cual puede ser de vital importancia para mujeres extranjeras que carecen de redes familiares y sociales suficientes y no tienen cómo escapar del círculo vicioso de violencia y exclusión social²¹.

4. Mejoras

El sistema de protección social, encabezado por la Seguridad Social, muestra un esquema de generosidad variable para la mujer migrante en España, como hemos visto en los epígrafes anteriores. A continuación, se sugieren algunas modificaciones normativas que podrían dar lugar a una cobertura más adecuada de las situaciones que el sistema se compromete a proteger.

¹⁹ J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *op. cit.*, p. 559.

²⁰ *Idem.*

²¹ G. MORIANA MATEO, *Barreras que impiden a las migrantes institucionalizadas escapar de la violencia de género*, en *Interacción y Perspectiva*, 2021, n. 1.

4.1. Extranjería

En este ámbito, el quid de la cuestión está en el acceso a la residencia legal, dado que a las personas residentes se les reconoce, con carácter general, el mismo derecho que a las españolas de acceso a la acción protectora.

Sería lógico que se mejorasen las condiciones para aquellas personas que tratan de migrar a España de acuerdo con la legalidad y que atraviesan los complejos trámites de las autorizaciones de trabajo y residencia, filtrados por el análisis de la situación nacional de empleo, antes que a aquéllas que han consumado la entrada y prorrogado la estancia al margen de lo estipulado en las normas. Sin embargo, es de recibo que la prioridad legislativa atiende con mayor preferencia las situaciones de mayor riesgo humano y vulnerabilidad, en la que precisamente se encuentra un gran número de ciudadanos por su condición de irregular. Un enfoque de género no haría más que confirmar esta línea de razonamiento, en la medida en que los riesgos inherentes a la migración irregular aumentan con creces en el caso de las mujeres. Por ello, es de vital relevancia aquí la institución del arraigo, como vía de acceso excepcional a la residencia legal. Si bien existen diferentes tipos (familiar, laboral, social y por violencia de género) a los que un individuo puede acogerse según su perfil y trayectoria, la condición de excepcionalidad y la mayor cercanía del concepto al derecho de gracia que al subjetivo hacen que no pueda funcionar como vía segura y completamente funcional²².

Por otra parte, sería conveniente revisar la utilidad del art. 38.5 LOEx que limita la actividad del extranjero con autorización de trabajo a una demarcación territorial concreta y limitada, lo cual coarta la libertad de movimiento y las posibilidades de promoción personal y profesional de la persona extranjera que goza de un estatus de residente legal.

Finalmente, sería apropiado indagar en el establecimiento de un sistema sólido de “cortafuegos”²³ que permitiese al extranjero en situación irregular disfrutar de sus derechos sin temor a que las instituciones que forman parte de la acción protectora diesen información sobre su situación administrativa a las autoridades²⁴. Esta medida permitiría que aflorara buena cantidad de personas que sufren las vicisitudes de la marginalidad y pasasen a gozar del marco básico de derechos que le corresponden.

²² L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *op. cit.*

²³ G. MORIANA MATEO, *op. cit.*

²⁴ L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *op. cit.*

4.2. Seguridad Social

Como hemos observado, la Seguridad Social establece una serie de barreras en cada una de las ramas de su acción protectora que afectan, con frecuencia, a determinados grupos de personas. Por una parte, el carácter tradicionalmente secundario de la mujer en el ámbito laboral ha relevado a ésta generalmente a una dependencia mayor de las prestaciones y pensiones no contributivas, notablemente menos generosas. Por otra, las personas migrantes son las afectadas más frontalmente por los periodos de carencia establecidos para excluir a quienes no acumulen un determinado tiempo en España (en determinados casos, tanto en vía contributiva como asistencial). Con respecto a la situación de desempleo, tendría un impacto crucial y específico en estos dos colectivos que se suavizaran los requisitos de acceso por la vía asistencial (el *subsidio* de desempleo) de forma que no se exijan periodos previos de cotización para acceder a una renta ya de por sí temporal y de reducida cuantía. En cuanto a las pensiones por vejez e incapacidad en las modalidades de no contributiva, sería preciso reducir los potencialmente prohibitivos plazos de carencia exigidos (diez y cinco años, respectivamente), en tanto que se trata de compensaciones por una falta de ingresos mínimos por personas en situaciones de especial vulnerabilidad. Además, con carácter transversal a todas las medidas de corte económico asistencial, sería conveniente revisar las fuertes disparidades, acentuadas durante los últimos años, entre el IPREM y el SMI. Dado que el IPREM es usado como referencia para buena cantidad de prestaciones económicas, por un lado, y que el SMI marca el pulso mínimo de los salarios a nivel nacional (de los que se obtienen las bases reguladoras de las prestaciones contributivas), una falla excesiva entre uno y otro puede dar lugar a desproporcionadas bifurcaciones entre las rentas de origen contributivo y las asistenciales, con el especial perjuicio de género (y de origen nacional) que tal efecto aguarda.

4.3. Reparto competencial

El campo de la protección social se encuentra predominantemente copado por el gobierno central, si bien con participación creciente de las comunidades autónomas. Mientras tanto, a los entes locales se les deja en una posición marginada en el engranaje, aun cuando son éstos quienes gozan de un contacto directo con el ciudadano y conocen directamente de sus necesidades. Aunque el margen de maniobra actual permite a los

ayuntamientos realizar campañas de información y divulgación sobre los derechos de las personas migrantes²⁵, por ejemplo, e incluso influir favorablemente en procedimientos de solicitud de arraigo, sería apropiado consolidar el papel del ente local como proveedor de protección social. Esto, claro está, tendría también implicaciones financieras con potencial conflictividad entre gobiernos locales y autonómicos, principalmente.

4.4. Acuerdos supranacionales

Vistos algunos de los posibles cambios a nivel interno, es de recibo señalar las posibilidades derivadas de los tratados y acuerdos internacionales. En primer lugar, es aconsejable la proliferación de convenios que acuerden la totalización de los periodos de cotización de forma que el proceso migratorio sea lo menos perjudicial posible de cara al cumplimiento de los periodos de carencia para las prestaciones. En segundo lugar, y como consecuencia, debería ampliarse el rango de protección de estos acuerdos, que tienden a excluir la cobertura por desempleo, una de las que revisten mayor importancia. A su vez, la especial conexión con América Latina y el norte de África, en especial Marruecos, da a España una posición privilegiada desde la que puede presionar a favor de la aplicación de la perspectiva de género en los análisis y políticas de los estados socios, lo que podría granjear a medio plazo una mejor existencia a las mujeres en sus países de origen, lo que reduciría la emergencia (y, por tanto, vulnerabilidad) de su proceso migratorio²⁶.

5. Valoraciones finales

En este artículo hemos analizado el grueso de la protección social existente en España. Dadas las constricciones de espacio, no ha sido posible en modo alguno agotar al completo el marco regulador español, principalmente debido a la variabilidad normativa regional. No obstante, se han tratado las principales prestaciones existentes, su funcionamiento y las implicaciones fundamentales para la mujer migrante, de forma que pudieran apreciarse aquellos aspectos que excluyen o limitan el acceso de estas personas al paraguas social.

²⁵ A.M. CASTRO, *Políticas de integración, gestión de la diversidad y garantía de derechos en las "ciudades del cambio": el caso de Barcelona, València y Madrid*, en *Migraciones*, 2022, n. 56.

²⁶ G. MORIANA MATEO, *op. cit.*

Como se ha podido ver, tanto las disposiciones legales como la realidad material empujan a las mujeres migrantes a una mayor dependencia relativa de las coberturas no contributivas o asistenciales. Esto amenaza con alimentar un círculo vicioso de precariedad que limite las posibilidades de progreso y desarrollo de la mujer extranjera en nuestro país, que tiende a provenir de país de origen de menor nivel de desarrollo socioeconómico; aunque el peso de la mujer extracomunitaria es notable, con especial mención de las marroquíes y latinoamericanas, esto también se cumple a nivel intracomunitario, con fuertes flujos migratorios del este de Europa, en especial Rumanía.

La contingencia de desempleo, en su regulación actual, excluye por completo de protección a las personas extranjeras en situación irregular, mientras que dificulta el acceso a las residentes legales, incluso en la vía no contributiva. Espíritu análogo comparten el resto de las prestaciones analizadas, como las que compensan la incapacidad o la vejez, con la honrosa excepción de la atención sanitaria y de parte de los servicios sociales.

En relación a las posibles mejoras del sistema, en este artículo se sugiere que se prioricen, por un lado, las posibilidades de regularización de aquellas personas en situación irregular, y por otro, que las prestaciones no contributivas sean planteadas como cuantías mínimas dignas y prácticamente carentes de requisitos, lo que tendría un impacto positivo notable, en especial en el colectivo de mujeres migrantes.

6. Bibliografía

ALEMÁN BRACHO C., GARCÍA SERRANO M. (2010), *La protección social a la mujer*, en *Miscelánea Comillas*, n. 132, pp. 345-379

CASTRO A.M. (2022), *Políticas de integración, gestión de la diversidad y garantía de derechos en las “ciudades del cambio”: el caso de Barcelona, València y Madrid*, en *Migraciones*, n. 56, pp. 1-20

INE (2022), *Encuesta de población activa (EPA) y Estadística de Flujos de la Población Activa (EFPA)*, Cuarto Trimestre

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (2019), *Mujeres en el mercado de trabajo, mujeres pensionistas y mujeres migrantes en el siglo XXI*

MONEREO PÉREZ J.L. (dir.) (2022), *Manual de seguridad social*, Tecnos

MORIANA MATEO G. (2021), *Barreras que impiden a las migrantes institucionalizadas escapar de la violencia de género*, en *Interacción y Perspectiva*, n. 1, pp. 20-37

ONU MUJERES (2020), *No dejar a nadie atrás: acceso a la protección social para todas las mujeres migrantes*, Documento de Políticas, n. 14

POBLET G. (2022), *Pagar el seguro a la chacha. Informalidad y protección social en mujeres migrantes trabajadoras del hogar*, en *Migraciones*, n. 55, pp. 1-19

SEBASTIANI L. (2014), *La integración de inmigrantes en el marco de la Unión Europea: el campo, los actores y las estrategias*, en *Migraciones*, n. 36, pp. 247-274

SUÁREZ MUÑOZ J. (2022), *Brecha de uso de la atención sanitaria entre la población autóctona e inmigrante en España*, en *Migraciones*, n. 56, pp. 1-23

TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á. (2014), *El arraigo y los modelos actuales jurídico-políticos de inmigración y extranjería*, en *Migraciones*, n. 36, pp. 433-458

ZERBINI RIBEIRO LEÃO R., GONZÁLEZ MORALES F. (2022), *Derecho a la salud de mujeres migrantes: el enfoque de dos organismos de Naciones Unidas*, en *Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*, n. 66, pp. 191-206

La importancia del enfoque interseccional en el Derecho: el caso de la seguridad social de las trabajadoras del hogar

Alejandra RÍOS PÉREZ*

RESUMEN: El recién RD-Ley 16/2022 se aprueba en el contexto en el que se considera que se da una discriminación indirecta por razón de sexo en el régimen de las empleadas del hogar. La nueva norma se redacta teniendo presente el hecho de la alta feminización del sector, evidenciando la importancia de legislar mediante un enfoque de género. Sin embargo, este sector también se caracteriza por el elevado número de mujeres inmigrantes que se dedican a él. En el presente artículo se pone de relieve la importancia de un enfoque interseccional para legislar por la igualdad en todas las circunstancias que concurren en las personas.

Palabras clave: Interseccionalidad, perspectiva de género, discriminación, empleadas del hogar, seguridad social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección social de las trabajadoras del hogar. 2.1. Evolución del régimen de protección social de las trabajadoras del hogar. 2.2. Las novedades del RD-Ley 16/2022. 2.2.1. La importancia del enfoque de género en la norma. 3. Las mujeres inmigrantes como empleadas del hogar. 3.1. El Convenio C189 y el enfoque hacia las trabajadoras inmigrantes. 3.2. Los retos para la seguridad social de las trabajadoras del hogar inmigrantes en España. 3.2.1. El reconocimiento de períodos de cotización. 3.2.2. La situación administrativa de las trabajadoras en relación al régimen de extranjería. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Abogada.

The Importance of an Intersectional Approach in Law: the Case of Social Security for Domestic Workers

ABSTRACT: The recently Royal Decree-Law No. 16/2022 has been approved in the context of indirect discrimination based on sex in the regime for domestic workers. The new regulation is drafted taking into account the fact that the sector is highly feminised, showing the importance of legislating from a gender perspective. However, this sector is also characterised by the high number of immigrant women working in it. This article highlights the importance of an intersectional approach in order to legislate for equality in all circumstances of individuals.

Key Words: Intersectionality, gender perspective, discrimination, domestic workers, social security.

1. Introducción

En los últimos años, las medidas para incrementar la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo y la seguridad social están al orden del día. Son ejemplo de ello la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad, que además se extiende a dieciséis semanas¹, o la aprobación del Reglamento para la Igualdad Retributiva².

El pasado mes de septiembre, fue el momento de continuar con el lento proceso de equiparación de las condiciones laborales y de seguridad social de las personas trabajadoras del hogar, un sector con una presencia mayoritaria de mujeres y cuyo régimen ocasionaba una situación de discriminación indirecta apreciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³.

Para contribuir a la mejora de las condiciones de este sector se publicó el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. También se aprobó en las Cortes Generales el 9 de junio de 2022 el Convenio OIT C189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos⁴, cuyo instrumento de ratificación se depositó ante la OIT el 28 de febrero de 2023.

Este cambio normativo se produce en un contexto en el que la realización de la igualdad entre mujeres y hombres es una de las líneas de acción del Gobierno y dada la amplia representación de las mujeres como trabajadoras del hogar, la mejora de sus condiciones es de esperar que suponga un avance en dicha dirección.

Si bien, el empleo en el hogar no solo se caracteriza por la alta representación de la mujer, sino que, además, también un elevado número de ellas tienen la condición de migrante.

Esta realidad no escapa al legislador, que además aspira a eliminar la discriminación en todos los ámbitos, como evidencia con la reciente aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

El enfoque con perspectiva de género que ha operado en las modificaciones del régimen de las empleadas del hogar implica un avance por la igualdad

¹ Esta medida está contemplada en el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

² RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

³ STJUE 24 febrero 2022, asunto C-389/20, *CJ c. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*.

⁴ Adoptado en 2011 por la OIT y en vigor desde 2013.

en base al género. Se plantea la pregunta de si este enfoque es o no interseccional y que consecuencias puede tener esto para aquellas trabajadoras que además de ser mujeres, son inmigrantes y cuya presencia en este sector es también elevada.

En el presente artículo se analiza cómo las nuevas medidas adoptadas para profundizar en la igualdad entre mujeres y hombres, si bien se prevé que tengan un impacto positivo en las condiciones laborales y de protección social de este grupo de trabajadoras, al no tener en cuenta la condición de inmigrantes de un elevado número de las mismas, puede causar diferencias en su aplicación a los distintos grupos de personas.

2. La protección social de las trabajadoras del hogar

En un Estado de bienestar, las medidas de protección social constituyen un pilar fundamental que debería garantizar unas condiciones de vida dignas. El sistema de Seguridad Social español tiene su base asentada sobre la condición de trabajador de los beneficiarios, si bien las modalidades de prestaciones no contributivas han ido consolidándose con el tiempo.

Dos cuestiones han marcado la evolución del sistema de protección de las personas trabajadoras del hogar: por un lado, el requisito de cotizar para ser beneficiario del grueso de medidas de protección social y, por otro, la no consideración de este tipo de funciones como relación laboral hasta finales del siglo XX⁵.

A continuación, se expone brevemente la evolución del sistema de protección de las trabajadoras del hogar y la situación actual, tras la aprobación del RD-Ley 16/2022.

2.1. Evolución del régimen de protección social de las trabajadoras del hogar

Los antecedentes del actual Sistema Especial de las personas empleadas del hogar tienen su origen en mutuas, de las cuales evoluciona hacia un régimen propio y posteriormente al actual Sistema Especial⁶.

⁵ Como señala J. MUÑOZ MOLINA, *Del régimen especial de empleados de hogar al sistema especial de empleados de hogar. Protección social*, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2019, n. 2, el trabajo doméstico fue considerado trabajo, en términos de relación laboral, entre 1931 y 1944, cuando fue excluido por la Ley de contrato de Trabajo. Volvió a considerarse relación de carácter laboral en la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

⁶ J. ROMERAL HERNÁNDEZ, *Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al*

En el año 1944 se prevé la necesidad de incluir los “servicios domésticos”⁷ en el ámbito de la protección social, tal y como se dispuso en la Ley de Contratos, de 19 de julio de 1944. Sin embargo, esta Ley no supuso la instauración de medidas protectoras para este sector, por falta de desarrollo normativo⁸.

En este contexto de desprotección, surge en 1957 el Montepío de Previsión Social “Divina Pastora”, el cual ofrecía la posibilidad de afiliación y cobertura a las personas trabajadoras del servicio doméstico⁹. Esta institución, que nace de mano de la Iglesia católica, y que encontró cobertura en la legislación como mutua privada¹⁰, era de carácter voluntario. En 1959, se instaura el Montepío Nacional del Servicio Doméstico¹¹, que, a pesar de sus limitaciones derivadas de la concepción del trabajo doméstico, estableció la obligatoriedad de la afiliación.

Posteriormente, la Ley de Bases de 1963¹² en su enumeración de los regímenes especiales, recoge a los “servidores domésticos”. Su desarrollo normativo llegó por Decreto en 1969¹³, que con modificaciones, se mantuvo vigente hasta la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹⁴, cuando se integró el régimen en el Sistema General. Quedando el Sistema Especial de empleados del hogar regulado en la Sección 1ª, Capítulo XVII, Título II, de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵.

Con esta integración en el Sistema General se avanzó hacia una progresiva equiparación con el resto de regímenes de dicho sistema. Con la aprobación

servicio del hogar familiar, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, n. 2.

⁷ El concepto “servicios domésticos” era el empleado en la fecha para referirse a los trabajos prestados en el ámbito del hogar.

⁸ Cfr. A. VICENTE PALACIO (dir.), *Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009; I. OTXOA CRESPO, *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2012.

⁹ Vid. la entrevista a Félix Arias Blanco, director de Cáritas Diocesana, [El Montepío del Servicio Doméstico. Un tema de actualidad](#), en *ABC*, 26 diciembre 1959.

¹⁰ I. OTXOA CRESPO, *op. cit.*, pp. 81-83.

¹¹ Decreto 385/1959, de 17 de marzo, por el que se crea el Montepío Nacional del Servicio Doméstico.

¹² Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

¹³ Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

¹⁴ Vid. J. ROMERAL HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 35-36. El desarrollo de dicha Ley se encuentra en el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

¹⁵ RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

el pasado septiembre del RD-Ley 16/2022, se produce un salto cualitativo al introducir modificaciones sustanciales en lo relativo a la relación laboral y a la su protección social.

2.2. Las novedades del RD-Ley 16/2022

La nueva norma trae cambios en distintos ámbitos¹⁶; a continuación se exponen los mismos de forma sucinta.

Se establece para las personas trabajadoras del hogar la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, con especial mención a la prevención de la violencia contra las mujeres y se prevé el desarrollo reglamentario para su articulación. Cabe señalar que el ámbito de la prevención de los riesgos laborales había sido dejado fuera debido a las particularidades de la relación¹⁷.

La protección ofrecida por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en lo relativo al abono de indemnizaciones por causas de despido o extinción de contrato, en los casos en los que proceda, se extiende ahora también a este sector.

Se incorpora la cobertura por desempleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en su Sentencia de 24 de febrero de 2022¹⁸ sobre la discriminación indirecta por razón de sexo que implicaba que el Sistema Especial para empleados del hogar – compuesto en un altísimo porcentaje por mujeres – no tuviese derecho a acceder a la prestación por desempleo.

La forma del contrato deberá ajustarse a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y se amplía la información que debe contener el mismo, de cara a incrementar la transparencia de la relación laboral. También se modifica la extinción contractual, y junto a las causas contempladas en el art. 49.1 ET, se establecen unas causas tasadas derivadas del especial

¹⁶ La citada norma introduce modificaciones en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en el RDL 2/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en el RDL 8/2015; el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, en el RD 1620/2011 y en el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

¹⁷ Como características especiales de la relación laboral el preámbulo de la Ley señala: la persona empleadora no tiene entidad empresarial; la prestación de servicios se produce en el ámbito privado; alta variabilidad de las jornadas; pluriempleo, entendido como prestación de servicios para varias personas empleadoras.

¹⁸ Asunto *CJ*, cit.

carácter de la relación¹⁹. La forma de la comunicación de la extinción y los plazos para que esta sea efectiva también sufren modificaciones para evitar el completo desamparo de la trabajadora.

En relación a la inscripción, afiliación, altas, bajas y variación en la seguridad social, se requiere más detalle en lo relativo a la inscripción de los códigos de cuenta de la entidad financiera y datos del contrato. Pasarán a ser las personas empleadoras las encargadas de la inscripción de los trabajadores, aunque presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales.

Se contemplan también beneficios a la contratación, la creación de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales, y el desarrollo de políticas de formación y acreditación.

2.2.1. La importancia del enfoque de género en la norma

El empleo del hogar ha sido tradicionalmente desempeñado por mujeres. Las tareas de cuidados y el trabajo reproductivo han sido invisibilizados como trabajo ya que se encontraban relegado al ámbito privado del hogar y además, han sido objeto de una desvalorización continua tanto económica como social.

En el contexto actual, se ha dado cierto proceso reflexivo – empujado por el feminismo – en ciertos sectores de la sociedad, y la pugna feminista por poner los *cuidados en el centro* va tomando forma en el marco normativo a través de cambios legislativos como el que aquí se comenta. Es por ello que la puesta en valor del empleo del hogar no puede entenderse sino desde una perspectiva de género que plantee la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres no solo en términos jurídico, sino también sociales, pues es a través de un cambio en la concepción que la sociedad tiene de este tipo de funciones lo que guía un marco normativo como el que se está esbozando hoy día para el sector.

En este sentido, resulta de interés comparar el preámbulo del RD 1620/2011 y el RD-Ley 16/2022. Al analizar ambos textos se puede apreciar cómo el enfoque de género se tiene en cuenta para profundizar en

¹⁹ Estos supuestos particulares pasan a integrarse en el art. 11 del RD 1620/2011 y cuando exista justificación podrá extinguirse el contrato por las siguientes razones: disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora; el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

términos de igualdad. En el preámbulo del primer texto la referencia a la cuestión de género solo se plantea en una ocasión y su puesta en relación con las medidas que se toman es ambigua:

La modificación del régimen jurídica de la relación laboral especial del servicio doméstico se aborda desde una perspectiva que pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común. En este contexto cobra especial relevancia el hecho de la fuerte feminización del empleo doméstico. Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres.

Si bien se menciona el hecho de la distribución por género en relación a la participación en el sector, no se profundiza en cómo las modificaciones tienen impacto en temas de igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, la nueva norma sí hace más referencias al género y a las discriminaciones que puede suponer a este respecto las diferencias con respecto a otros regímenes.

Ya en el preámbulo de 2022 se hace referencia a la desvalorización sufrida por el sector y se hace alusión a la cuestión de género:

Existe, además, un elemento histórico de desvalorización del trabajo doméstico, que se ha mantenido en las conciencias y también en las normas, y que es necesario corregir porque infravalora un trabajo desempeñado históricamente y mayoritariamente por mujeres, contribuyendo a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género.

En la II parte del preámbulo se recoge el pronunciamiento de la Sentencia de 24 de febrero de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que se interpreta que una norma nacional que establece un trato diferenciado sin justificación puede ser constitutiva de discriminación por razón de sexo. En este caso concreto aunque el régimen dispuesto sea «neutro», el hecho de que «afecte mayoritariamente a mujeres, se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo».

En este texto también se aportan los datos sobre la participación de trabajadores a este sector desagregada por sexo, si bien vinculada a los

efectos discriminatorios que ello conlleva:

En este contexto y considerando la manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización del Sistema Especial de empleo en el hogar familiar, acreditada por la propia TGSS con datos de mayo de 2021 (el 95,53% lo conforman mujeres, y el 4,72% de las trabajadoras del RGSS se encuentran en dicho Sistema Especial, frente al 0,21% de los hombres), el Tribunal reconoce que la exclusión de la protección por desempeño entraña – de principio – una discriminación indirecta por razón de sexo [...], cuestionando que pueda contar con una justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En la parte III del preámbulo se hace referencia a la incorporación al ordenamiento jurídico español del Convenio C189 y la Recomendación R201 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos²⁰. Uno de los principios en los que se fundamentan estos instrumentos es en que,

puesto que la mayoría de los trabajadores domésticos son mujeres, el fin de las exclusiones de la protección social y laboral son un paso efectivo e imprescindible hacia la realización de la igualdad de género en el mundo del trabajo y en el ejercicio efectivo de la igualdad de derechos y de protección de la mujer ante la ley.

Dicho principio, además, se adecua a lo dispuesto en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Con esta exposición se evidencia el claro cambio de paradigma y la relevancia de la inclusión del enfoque de género como vía para la búsqueda de la igualdad entre mujeres y hombres. El objetivo de estos cambios es reducir la brecha entre ambos sexos e incrementar la justicia en este ámbito. Queda por ver las consecuencias de la aplicación de estas medidas y cómo se traducen en mejoras reales para las trabajadoras de este sector.

Al tiempo que se alaba el empleo del enfoque de género a la hora de legislar para reducir las desigualdades existentes en la sociedad, se echa en falta una perspectiva que ponga el foco también en otro grupo de la población que tiene una alta participación en este sector – hecho que no escapa al legislador – y que es el de las mujeres migrantes. En el siguiente apartado se desarrolla esta cuestión.

²⁰ Ambos adoptados el 16 de junio de 2011.

3. Las mujeres inmigrantes como empleadas del hogar

Atendiendo a los datos publicados por el Ministerio de Inclusión y Seguridad Social, para enero de 2023, la afiliación media de trabajadores al Sistema Especial de empleados del hogar era 375.356,86²¹. A dicha cifra, si le aplicamos los porcentajes que se suelen dar en el sector para la distribución entre mujeres y hombres – 95% de mujeres y 5% de hombres²² –, resulta que 356.589,017 mujeres están afiliadas a este régimen, frente a los 18.767,843 hombres. Esta distribución que refleja la feminización del sector ha sido determinante para apreciar la discriminación indirecta.

Si se observan los datos de afiliación media en enero de 2023 para el Sistema Especial de empleados del hogar para personas extranjeras, resulta que 168.763,71 trabajan en él, lo que supone un 44,96% respecto del total. De esta cifra un 94% son mujeres y un 6% hombres, por tanto la feminización del sector se sigue reproduciendo para los afiliados no nacionales²³.

De estos datos se obtiene que un 42,28% del total de personas afiliadas al Sistema Especial de empleados del hogar son mujeres migrantes, una cifra nada despreciable. Si, además, se le añade el trabajo que se lleva a cabo en la esfera de la economía sumergida, la cifra se incrementaría en unas 200.000 mujeres más, aproximadamente²⁴.

En el preámbulo de la nueva Ley se hace reconocer el alto porcentaje de mujeres migrantes que contribuyen a este sector:

No puede olvidarse tampoco que un alto porcentaje de las personas que desarrollan en España actividades en servicio del hogar no son españolas, con lo que el trato diferenciado en sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social puede tener consecuencias sociales que, incluso, podrían ser constitutivos de discriminación por razón de origen racial o étnico, que se

²¹ Disponible en [Datos totales de afiliados Medios en alta por Regímenes](#).

²² Estos porcentajes son aproximados y se obtienen de redondear los que normalmente se obtienen de la distribución por sexo; son ejemplo de ello la [Investigación Mujer inmigrante y empleo de hogar: situación actual, retos y propuestas](#), realizada Aguirre Sánchez-Beato y Ranea Triviño, en la que se expone que para el Sistema Especial de Empleados/as de Hogar del Régimen General, en 2019, el 94% eran mujeres y el 6% hombre. Por otro lado, en el propio preámbulo del RD-Ley 16/2022 indica que los datos de mayo de 2021 informan sobre un 95,53% de mujeres afiliadas al Sistema Especial de empleo en el hogar.

²³ Datos del Ministerio de Inclusión y Seguridad Social, disponibles en [Afiliaciones medias del mes en alta laboral de extranjeros por regímenes, género y provincias](#). Del total de afiliaciones medias de extranjeros cabe señalar que 33.998,62 son ciudadanos de la UE, mientras que 134.765,10 son de fuera de la UE, lo cual implica que de los trabajadores afiliados a este régimen y que no son nacionales, un 79,85% son de fuera de la UE.

²⁴ Dato estimado por E. AGUIRRE SÁNCHEZ-BEATO, B. RANEA TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 50, en base a los datos disponibles del INE.

prohíbe de manera explícita en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, tanto en el empleo como en las condiciones de empleo.

Sin embargo, a lo largo del texto no se encuentran medidas específicas para este sector de población. La ratificación de los instrumentos internacionales arriba enunciados es un buen inicio, pero se ha perdido la oportunidad en esta ocasión de aplicar un enfoque, que además de la perspectiva de género, se apoye en otras perspectivas, es por ello que se considera que un enfoque interseccional puede resultar más beneficioso a la hora de elaborar normas que busquen profundizar en la consecución de la igualdad en todos los ámbitos.

Las trabajadoras inmigrantes tienen un elevado riesgo de ser víctimas de trata y es por ello que su condición de vulnerabilidad es mayor²⁵ que el de las mujeres nacionales. Es por ello que este hecho debe ser tenido en cuenta a la hora de legislar en este ámbito. En el siguiente subapartado se exponen el Convenio C189 y la Recomendación R201 de la OIT, donde puede apreciarse una aproximación a la realidad de las personas trabajadoras teniendo en cuenta su condición en muchos de los casos de inmigrantes.

3.1. El Convenio 189 y el enfoque hacia las trabajadoras inmigrantes

Los avances de la reciente norma, que incluye el enfoque de género, vendrán también a mejorar la situación de las trabajadoras inmigrantes. Dicha mejora de las condiciones será aún mayor una vez se incorpore al ordenamiento jurídico español el Convenio OIT C189, ya que este instrumento sí tiene en cuenta el hecho del elevado porcentaje de mujeres inmigrantes que contribuyen al sector.

El mencionado convenio reconoce el papel del empleo doméstico para la economía mundial y su importancia como trabajo, tanto por el incremento de la capacidad de los cuidados de las sociedades²⁶, como por favorecer la

²⁵ Vid. R.C. OLIVEIRA DO PRADO, *El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, n. 8. También al respecto se pronuncia la OIT que señala que los trabajadores migrantes se encuentran con situaciones de vulnerabilidad añadida al enfrentarse a violaciones de sus derechos humanos y laborales, disponible en OIT, *Trabajadores domésticos migrantes*, en www.ilo.org, 20 marzo 2023.

²⁶ A este respecto, y en relación con las migraciones de trabajadores y trabajadoras, es necesario resaltar el contexto de crisis de cuidados que acontece en ciertas sociedades occidentales – como es el caso de España –, por la cual se incrementa la demanda de mano de obra para este sector, que viene a ser satisfecha en buena parte por trabajadoras migrantes, dando origen a las cadenas globales de cuidados, a travessadas por jerarquías y

inserción en el mercado laboral. Pone sobre la mesa

que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos.

En su articulado recoge el compromiso de adopción de distintas medidas encaminadas a lograr que el trabajo doméstico sea un trabajo decente y sus condiciones se equiparen a las del resto de trabajadores de otros sectores. Concretamente, el art. 6 recoge la necesidad de adoptar medidas en este sentido, también en aquellos casos en que la persona trabajadora reside en el hogar familiar.

Aquellas medidas que hacen alusión a la condición de migrante de la persona trabajadora se encuentran en los arts. 8, 9 y 15. En el primero se establece que para aquellos trabajadores domésticos migrantes contratados en su país de origen para prestar servicios en otro país, deberá entregárseles un documento que pueda ser ejecutado en el país de destino, con antelación al cruce de fronteras; en él deberá constar toda la información relativa a las condiciones de trabajo. En el mismo artículo también se estipula la necesidad de especificar los mecanismos de repatriación de estos trabajadores una vez finalizados sus contratos.

El art. 9, referido a la residencia en el hogar en que se prestan los servicios, resalta el derecho del trabajador a conservar sus documentos de viaje e identidad. Cabe señalar que en algunas situaciones se da el caso de la sustracción de estos documentos a las trabajadoras migrantes como mecanismo de extorsión²⁷.

El art. 15 recoge medidas para combatir las prácticas abusivas de las agencias de colocación privadas, e incluye a los trabajadores migrantes dentro del colectivo que puede sufrir dichos abusos. En particular, hace referencia a la necesidad de concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para mejorar las condiciones y evitar las prácticas fraudulentas de las que pueda ser objeto este grupo de trabajadores.

Para profundizar en este instrumento resulta necesario apreciarlo en

relaciones de poder que se articulan entre mujeres por motivos de lugar de origen. *Vid.* A. PÉREZ OROZCO, S. LÓPEZ GIL, *Desigualdades a flor de piel: Cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas*, ONU Mujeres, 2016.

²⁷ En la investigación de E. AGUIRRE SÁNCHEZ-BEATO, B. RANEA TRIVIÑO, *op. cit.*, p. 86, se encuentra un ejemplo de testimonio que relata este hecho.

conjunto con las medidas recogidas en la Recomendación R201, que complementan las disposiciones del Convenio expuesto. En relación con el grupo de trabajadoras que se está analizando, resaltan las disposiciones siguientes.

El § 20, relativo a las cotizaciones a la seguridad social, complementa lo estipulado en el art. 15 del Convenio, disponiendo que

Los Miembros deberían considerar la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para asegurar que los trabajadores domésticos migrantes amparados por dichos acuerdos gocen de la igualdad de trato con respecto a la seguridad social, así como del acceso a los derechos de seguridad social y al mantenimiento o la transferibilidad de tales derechos.

El § 21 establece medidas específicas para la protección efectiva de los trabajadores domésticos, en particular, los migrantes, se recogen las siguientes medidas en su apartado primero:

- a) establecer una línea telefónica nacional de asistencia, con servicios de interpretación para los trabajadores domésticos que necesiten ayuda;
- b) en consonancia con el artículo 17 del Convenio, prever un sistema de visitas, antes de la colocación, a los hogares que emplearán a los trabajadores domésticos migrantes;
- c) crear una red de alojamiento de urgencia;
- d) sensibilizar a los empleadores en cuanto a sus obligaciones [...], sobre las obligaciones legales en materia de empleo e inmigración [...];
- e) asegurar que los trabajadores domésticos puedan recurrir a los mecanismos de queja y tengan la capacidad de presentar recursos legales en lo civil y en lo penal, tanto durante el empleo como después de terminada la relación de trabajo e independientemente de que ya hayan dejado el país de empleo; y
- f) establecer un servicio público de asistencia que informe a los trabajadores domésticos, en idiomas que estos comprendan, sobre sus derechos, [...] legislación sobre inmigración, y sobre la protección jurídica contra delitos como los actos de violencia, la trata de personas y la prevención de libertad.

En el apartado segundo se refiere a la necesidad de dar apoyo en los países de origen, informando acerca de los derechos que les asisten y otros servicios de consulta especializados.

El § 22 hace referencia a la fijación de las condiciones de repatriación, relación con el art. 8 del Convenio. El § 23 se refiere a la promoción de buenas prácticas para las agencias de empleo privadas, en relación con el art. 15 del Convenio.

El § 26 alienta a la cooperación entre Miembros firmantes del Convenio

para asegurar su cumplimiento, y en concreto para la aplicación efectiva a los trabajadores domésticos migrantes, resaltando los ámbitos de «la prevención del trabajo forzoso y de la trata de personas, el acceso a la seguridad social, el seguimiento de las actividades de las agencias de empleo privadas que contratan a personas para desempeñarse como trabajadores domésticos en otro país, la difusión de buenas prácticas y la recopilación de estadísticas relativas al trabajo doméstico».

El hecho de que en estos instrumentos internacionales se tenga como una cuestión determinante la nacionalidad de los trabajadores y su condición de migrante, conlleva que existan medidas específicas para paliar las desigualdades existentes por este respecto.

3.2. Los retos para la seguridad social de las trabajadoras del hogar inmigrantes en España

En relación con el presente artículo destacan aquellas medidas encaminadas a garantizar el acceso a la seguridad social en condiciones de igualdad con el resto de personas trabajadoras, independientemente de su género o nacionalidad.

Las medidas incluidas en la nueva Ley recogen algunas de las estipulaciones del Convenio C189. En relación a lo referido a la seguridad social, el art. 14 del Convenio promueve que «los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad» podría verse realizado a través del avance impulsado en la nueva legislación a través de la mayor equiparación con el resto de los trabajadores del régimen general de la seguridad social.

Sin embargo, en lo relativo a las condiciones de las empleadas domésticas inmigrantes cabe señalar dos particularidades que dificultan – o imposibilitan – encontrarse en una situación de igualdad con el resto de trabajadores y trabajadoras del hogar. Por un lado el reconocimiento de los períodos de cotización en sus países de origen y por otro la situación administrativa en la que se encuentren en relación con el régimen de extranjería.

En el caso de España, los no nacionales se dividen en dos grupos: las personas nacionales o residentes del resto de estados miembro de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo y Suiza; y por otro lado, el resto de personas nacionales de terceros países.

El primer grupo está en una situación más favorable que el segundo, ya que además de la libre circulación de personas y las facilidades para su

regularización administrativa, existen acuerdos de coordinación de los sistemas de seguridad social que implican el recíproco reconocimiento de los períodos cotizados²⁸. Si bien existen situaciones complejas derivadas de la falta de información, desconocimiento del idioma o complejidad de los procedimientos burocráticos que alcanzan a las personas de ambos grupos, se crea una distinción entre estos en base a su país de origen por razón de las dos razones indicadas²⁹.

3.2.1. El reconocimiento de períodos de cotización

A este respecto, aquellas personas, tanto nacionales como residentes de estados del primer grupo, que hayan cotizado en los mismos pueden beneficiarse de la totalización de períodos, es decir, se acumularán los períodos de cotización en los distintos estados y se tendrán en cuenta para las prestaciones contributivas y no contributivas que se estipulan en los Reglamentos UE.

Por su parte, las trabajadoras incluidas en el segundo grupo dependen de que entre sus países de origen o aquellos donde hayan prestado sus servicios anteriormente tengan suscrito algún tipo de convenio con España para el reconocimiento de las prestaciones.

Existen convenios bilaterales con Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Senegal, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela³⁰. Estos recogen circunstancias de reconocimiento diferentes en función del tipo de prestación y lo mismo aplica a la suma de los períodos de cotización.

También está el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social³¹, que reconoce la suma de períodos de seguro, cotización o empleo para las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y supervivencia cuando sea necesaria para alcanzar el período necesario para ser beneficiario de la prestación.

Esta disparidad de regímenes y el no reconocimiento de la suma de todos los períodos de cotización en todos los estados en los que se ha trabajado

²⁸ Son de aplicación los Reglamentos (CE) n. 883/2004 y (CE) n. 987/2009.

²⁹ No son las únicas dos razones por las que se puede crear esta distinción, se han elegido estas dos circunstancias a modo de ejemplo para establecer la importancia de aplicar un enfoque interseccional.

³⁰ Pueden consultarse en la página web [Bilateral Agreements](#) de la Seguridad Social.

³¹ En este momento en vigor en España, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y República Dominicana.

implica desigualdades en el acceso a la seguridad social, como por ejemplo a la hora de acceder a pensiones de jubilación, creando escenarios de desigualdad a lo largo de toda la vida de las personas trabajadoras migrantes. En relación con las trabajadoras domésticas, los instrumentos internacionales mencionados establecen la necesidad de alcanzar convenios entre los estados para paliar esta situación.

3.2.2. La situación administrativa de las trabajadoras en relación al régimen de extranjería

Tal y como se ha señalado anteriormente, el porcentaje de trabajadoras del hogar que prestan sus servicios en situación de irregularidad laboral es elevado. Dentro de este grupo de trabajadoras nos podemos encontrar con trabajadoras españolas, inmigrantes en situación administrativa regular o inmigrantes en situación administrativa irregular.

Las particularidades de este sector son las que contribuyen a este elevado porcentaje de empleo sumergido, y dada su condición de tareas de cuidados y la concepción social de las mismas como feminizadas, suponen una vía para la obtención de trabajo de las mujeres inmigrantes – con o sin experiencia en otros sectores – que no se encuentran en situación administrativa regular.

El régimen de extranjería³² dificulta el acceso a una autorización de trabajo y residencia, las personas que se encuentran en situación administrativa irregular deben optar por las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, suele ser habitual la opción por el arraigo social, para el que se requieren tres años de permanencia continuada en España. En este escenario el trabajo como empleada del hogar supone una vía para mantenerse durante el tiempo necesario para cumplir los requisitos para optar por el arraigo. En dichos casos suele haber una merma de las condiciones laborales de las trabajadoras³³.

El hecho de trabajar durante tres años de forma irregular, además de la situación de vulnerabilidad en la que deja a estas personas, tiene efectos muy nocivos en relación a la protección social, no pudiendo contar con períodos de incapacidad temporal retribuidos, permisos de maternidad y sin poder computar el tiempo trabajado de forma irregular para las prestaciones a las que podrán optar una vez logren estabilizar su situación.

³² LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, tras su reforma por LO 2/2009, de 11 de diciembre.

³³ E. AGUIRRE SÁNCHEZ-BEATO, B. RANEA TRIVIÑO, *op. cit.*, pp. 120-126.

La introducción de modificaciones en el régimen de extranjería que faciliten el acceso a autorizaciones de residencia y trabajo, favorecerían el afloramiento de parte del trabajo sumergido en este sector, así como contribuiría a la mejora de las condiciones laborales de este grupo de trabajadoras.

4. Conclusiones

La nueva configuración del régimen de la seguridad social de las trabajadoras del hogar equipara sus condiciones con las del resto de trabajadores del Régimen General. Dado el escenario de discriminación indirecta – señalado entre otros por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –, la corrección del mismo se prevé que contribuya al incremento de la igualdad entre mujeres y hombres.

La redacción de la nueva Ley integra el enfoque de género, legislando, teniendo presente la discriminación de partida y el hecho de que casi la mayoría de personas en este sector son mujeres. Tener en cuenta estos hechos implica redactar normas con atención a las circunstancias y por tanto pudiendo paliar las situaciones de desigualdad potenciales o existentes.

En este sector en particular, el número de trabajadoras inmigrantes también es muy elevado, más aún si se tienen en cuenta a las trabajadoras que se encuentran trabajando sin contrato de trabajo. Sin embargo, este hecho parece no ser tenido en cuenta por el legislador. Si bien se ha ratificado el Convenio OIT C189 – el cual sí tiene presente la condición de migrantes de este sector –, se echan en falta medidas específicas en la Ley, esto podría haberse solventado empleando un enfoque interseccional a la hora de redactar la norma, en el que se tuviesen en cuenta el resto de circunstancias que concurren en este grupo de trabajadoras y que pueden ser originarias de discriminación.

La falta de este enfoque puede ocasionar la desigualdad entre trabajadoras de un mismo sector por razón de su origen. Esto da lugar a la creación de subcategorías dentro de las trabajadoras empleadas del hogar, que en el caso de la seguridad social implicará vulnerabilidades y desigualdades que se manifiesten a lo largo de toda su vida de no aplicarse mecanismos correctores.

El reconocimiento del papel de las trabajadoras inmigrantes del hogar en las sociedades actuales y la garantía a las mismas de los derechos que les deberían ser inherentes como trabajadoras es una de las deudas de justicia de los sistemas de seguridad social actuales y que debería solucionarse para

lograr reducir el impacto de la aparición de las cadenas globales de cuidados.

5. Bibliografía

ABC (1959), *El Montepío del Servicio Doméstico. Un tema de actualidad*, en ABC, 26 diciembre

AGUIRRE SÁNCHEZ-BEATO E., RANEA TRIVIÑO B. (2020), *Investigación Mujer inmigrante y empleo de hogar: situación actual, retos y propuestas*, Federación de Mujeres Progresistas

MUÑOZ MOLINA J. (2019), *Del régimen especial de empleados de hogar al sistema especial de empleados de hogar. Protección social*, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 2, pp. 420-440

OIT (2023), *Trabajadores domésticos migrantes*, en www.ilo.org, 20 marzo

OLIVEIRA DO PRADO R.C. (2012), *El Convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 8, pp. 125-134

OTXOA CRESPO I. (2012), *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco

PÉREZ OROZCO A., LÓPEZ GIL S. (2016), *Desigualdades a flor de piel: Cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y políticas públicas*, ONU Mujeres

ROMERAL HERNÁNDEZ J. (2022), *Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 2, pp. 31-57

VICENTE PALACIO A. (dir.) (2009), *Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración

Un análisis sobre la funcionalidad del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género*

Diego VELASCO FERNÁNDEZ**

RESUMEN: La diferencia aún latente en la protección económica de las pensiones entre hombres y mujeres es herencia de un sistema de protección social centrado en el hombre como principal sustentador de la unidad familiar. La mujer, percibida como responsable del trabajo doméstico, recibía generalmente una protección menor por no ser parte activa de lo que el sistema de protección social entendía como mundo laboral. Los esfuerzos para transformar esta percepción son notables en la estructura social actual. Una medida para corregir esta desigualdad en la actualidad es el impulso en introducir complementos que corrijan las mentadas desigualdades de género en el sistema de Seguridad Social. En este contexto encontramos el novedoso complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género introducido en el art. 60 LGSS. En este trabajo se valora la incidencia de dicho instrumento para reducir la brecha de género entre hombres y mujeres en el sistema contributivo de pensiones.

Palabras clave: Complemento de pensiones contributivas, brecha de género, protección social de la mujer.

SUMARIO: 1. Objetivos y metodología. 2. Factores de desigualdad en el acceso al sistema de pensiones. La desigualdad estructural del sistema ante las mujeres. 2.1. Menor participación de la mujer en el mercado de trabajo. 2.2. Predominio de la contratación parcial en la inclusión de la mujer en el mercado de trabajo. 2.3. Brecha salarial. Inferioridad salarial de la mujer ante misma categoría profesional que el hombre. 2.4. Infrarrepresentación de la mujer en los puestos de toma de decisiones. 3. De la invalidez del “complemento de maternidad” por la sentencia *WA* al art. 60 LGSS del RD-Ley 3/2021. Incidencia real del nuevo complemento según datos INE. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Comunicación presentada para II Congreso Internacional sobre el Derecho de las personas a un empleo en condiciones justas, equitativas y saludables, *Salud, seguridad y protección social de la mujer trabajadora*, en el contexto del Panel *Protección social de la mujer trabajadora*; merecedora del Premio de Investigación “José Vida Soria” a las mejores comunicaciones científicas en materia de *Empleos saludables y Protección Social*. (Segundo Premio).

** Profesor Sustituto Interino, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

Analysis About the Usefulness of the Contributory Pension Supplement for the Reduction of the Gender Gap

ABSTRACT: There is still a persistent difference between men and women in terms of social protection. Men have historically been conceived as the main resource source in the family, while women are perceived as responsible for household chores. As a consequence, women benefit from fewer social protections because the social security system does not take into account domestic chores and children's upbringing as economic activities in the labour market. One actual example of corrective measures in this topic is contributory pension supplements. In Spain, we find the new contributory pension supplement to reduce the gender gap in Article 60 of the General Social Security Law. This essay analyses the real usefulness of the contributory pension supplement for the reduction of the gender gap.

Key Words: Contributory pension supplement, gender gap, women's social protection.

1. Objetivos y metodología

Es notoria la distancia que separa la percepción de ayudas públicas entre mujeres y hombres. El esfuerzo legislativo y social para corregir esta desigualdad ha discurrido una difícil senda que, como se verá, no termina de cumplir su objetivo. La forma en que hombres y mujeres se relacionan en el mercado de trabajo es desigual, lo que genera que se encuentren generalmente en situaciones distintas a la hora de acceder al derecho de percepción de una pensión. Que esta desigualdad sea desfavorable para las mujeres se explica por un mercado laboral y un sistema de pensiones arraigado aún en un modelo tradicional y masculinizado.

El objetivo de este artículo es desentrañar cuáles son los factores desencadenantes de esta desigualdad en las pensiones entre hombres y mujeres, para, a continuación, valorar la eficacia de las medidas llevadas a cabo para paliar esta situación. Para ello se hará especial referencia al actual complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género introducido en el art. 60 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

La metodología empleada para obtener las conclusiones de este artículo ha sido, en primer lugar, una revisión histórica de la legislación que ha ido construyendo los complementos en el Sistema de Seguridad Social y sus fuentes de financiación. De esta manera se llega a comparar el nuevo “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género” con su figura análoga inmediatamente anterior para ver los cambios que han derivado en la construcción legislativa del mismo. A continuación, para poder conocer la incidencia real de los factores que se entienden como determinantes en la desigualdad de las pensiones entre hombres y mujeres, así como, para ver cuál es la incidencia real del mentado complemento a la hora de reducir la brecha de género en las pensiones, se analizará el histórico de datos referentes a los factores causantes de la brecha de género y del número de pensiones contributivas según el tipo de régimen y concepto en España.

Debe tenerse en cuenta, previo al desarrollo de este trabajo, que una prueba de la situación favorable del hombre con respecto de la mujer en el mercado de trabajo es precisamente que, al finalizar su vida laboral, la cuantía de la pensión de jubilación y también ante otras pensiones contributivas, sigue siendo de media superior para el hombre. Esto implica una mayor cotización, mayor estabilidad en el empleo, trabajo de mayor calidad a lo

largo de la vida laboral y también, como es lógico, durante la obtención de la pensión. Es una situación de desigualdad que se genera en el propio mercado laboral y que, por su diseño, perpetúa el Sistema de Seguridad Social. Las medidas, por lo tanto, no pueden estar únicamente centradas a la corrección en el sistema de pensiones, sino que deben acudir a resolver el inicio del problema, igualar la situación de las mujeres durante su vida laboral, de forma que la brecha no sea tan amplia cuando llegue el momento de recibir una pensión. No se olvida que se han tomado medidas y se han hecho esfuerzos legislativos importantes que intervienen en dirección a la igualdad retributiva y de calidad de empleo entre hombres y mujeres a lo largo de su vida laboral, ejemplos de ello son el RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en empleo y la ocupación, que vino a desarrollar la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

2. Factores de desigualdad en el acceso al sistema de pensiones. La desigualdad estructural del sistema ante las mujeres

El nacimiento de los complementos de pensiones por la Orden Ministerial de 26 de abril de 1974 es anterior al de las propias prestaciones no contributivas, concebidos como herramienta para asegurar unas pensiones contributivas suficientes y financiados a partir de las cuotas de los sujetos del sistema de seguridad social en su vertiente contributiva¹, han ido desarrollándose en un sistema diverso de complementos orientados a corregir aquellas situaciones de desigualdad estructural que se perciben en el sistema de pensiones. Con respecto a la latente desigualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral, hay una repercusión directa en la percepción económica de ellas en el sistema de pensiones. Los factores de desigualdad que potencian esta situación son²:

- participación menor de la mujer en el mercado de trabajo;

¹ Vid. A. VICENTE PALACIO, *Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 29-30

² Cfr. M.R. MARTÍN MUÑOZ, *Género y sistema de pensiones. Breves notas al nuevo complemento por maternidad*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dir.), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum, 2021, pp. 52-55.

- uso mayoritario de la contratación parcial en mujeres;
- menores salarios por igual categoría profesional;
- infrarrepresentación en puestos de toma de decisiones.

2.1. Menor participación de la mujer en el mercado de trabajo

Una menor participación generalizada en el mercado de trabajo implica menor cotización a la seguridad social a lo largo de la vida laboral de las mujeres y por lo tanto una incidencia menor en la capacidad de devengar un derecho económico suficiente en el sistema de pensiones contributivas. Debe llamarse la atención sobre que este no es un problema único de España, sino un endemismo que se da también en toda la Unión Europea. Efectivamente, en todos los países miembros de la UE existe brecha de género en las pensiones³. Esta situación indeseable, no sólo contraviene el art. 8 TFUE⁴, sino que, además, supone un escollo económico para la Unión. En términos del Instituto Europeo de Igualdad de Género, la convergencia en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres supone un incremento del 6,1 al 9,6% del PIB de la UE para 2050⁵. Para corregir esta desigualdad, la UE ha establecido la Estrategia Europea para la Igualdad UE 2020-2025⁶.

Más allá de su incidencia europea, en España, el Instituto Nacional de Estadística arroja con claridad datos del fenómeno de la desigualdad al respecto de la tasa de actividad, ocupación y paro en España en su Encuesta de Población Activa (EPA). A partir de la observancia de los Gráficos 1 y 2 comprobamos que en periodos de mayor tasa de desempleo es cuando hay una mayor convergencia entre hombres y mujeres, mientras que, en los periodos de creación de empleo, los hombres lo tienen más fácil para acceder al mercado de trabajo, por lo que se acentúa la diferencia entre hombres y mujeres. En el último trimestre de 2022 la tasa de paro para las mujeres era del 14,61% mientras que para los hombres era del 11,32%. La tasa de actividad en el mismo periodo era de un 53,79% para las mujeres y de un 63,53% para los hombres.

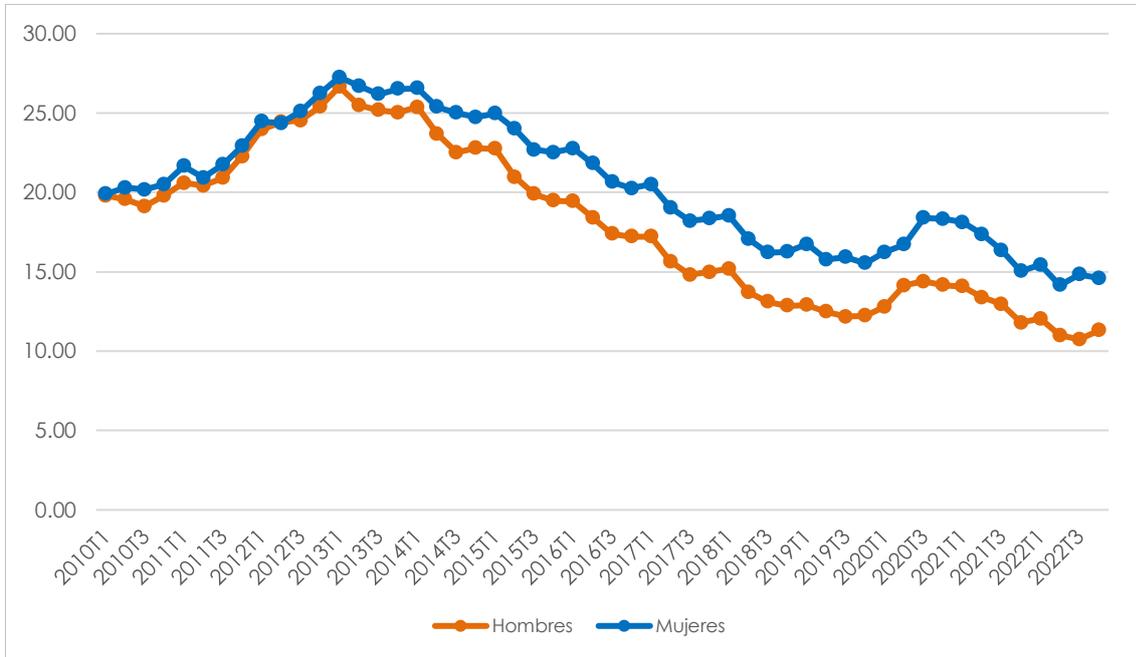
³ Vid. el informe del EIGE, *Gender gap in pensions in the EU. Research note to the Latvian Presidency*, 2015.

⁴ «en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

⁵ C. GRAU PINEDA, *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones*, en *Trabajo y Derecho*, 2021, n. 73, p. 1.

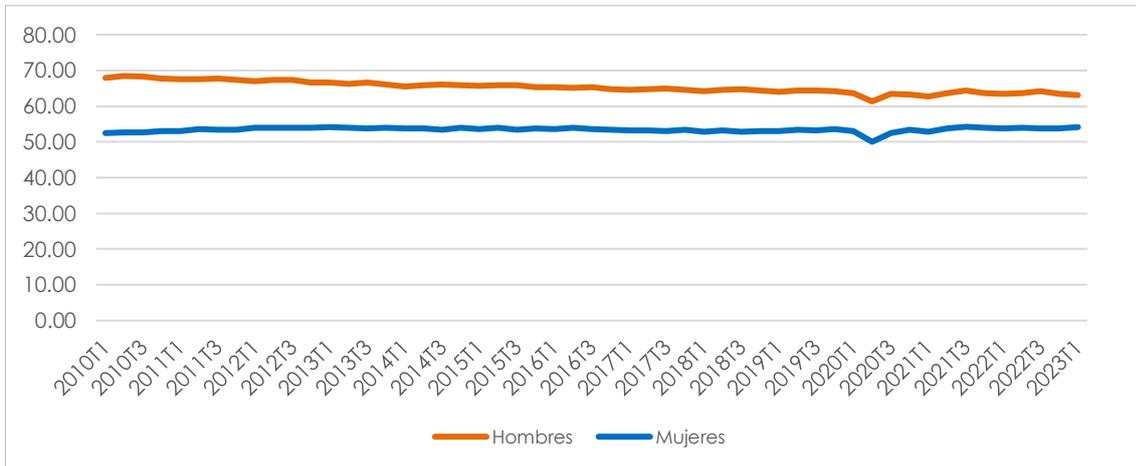
⁶ *Idem*.

Gráfico 1 – Tasa de paro trimestral por sexo en España



Fuente: elaboración propia basada en datos INE (años 2010-2022)

Gráfico 2 – Encuesta de Población Activa por sexo en España



Fuente: elaboración propia basada en datos INE (años 2010-2022)

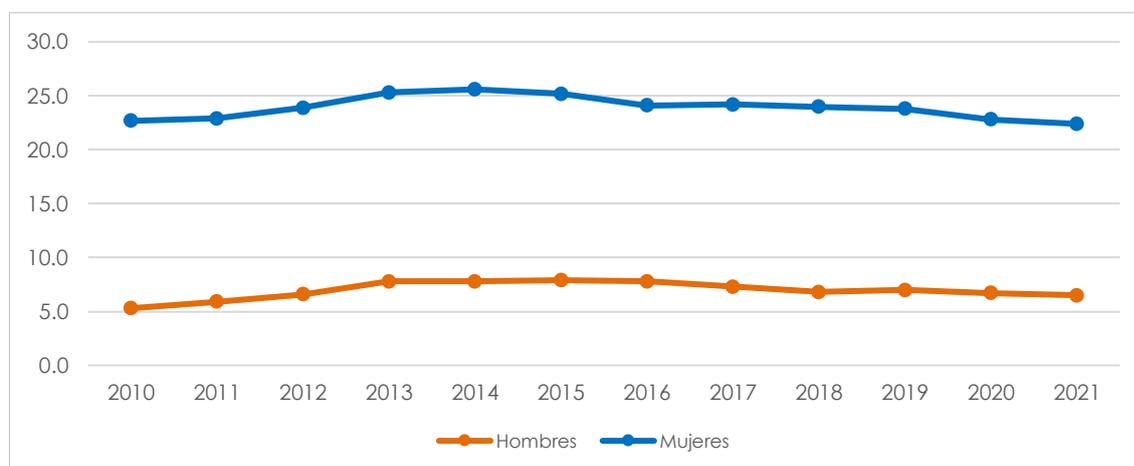
2.2. Predominio de la contratación parcial en la inclusión de la mujer en el mercado de trabajo

La contratación parcial emplea mayoritariamente a mujeres. El contrato a tiempo parcial está concebido como herramienta de flexibilidad y racionalización del tiempo de trabajo, según las exigencias de planificación de la empresa. Así como, instrumento que permite la conciliación familiar o el pluriempleo⁷. No obstante, esta modalidad contractual supone un obstáculo a la estabilidad en el empleo. Que la mujer sea la que más presencia tenga en esta modalidad se explica porque en su mayoría son las que se encargan del cuidado del hogar, de personas dependientes y las tareas no remuneradas como los cuidados⁸.

Los datos del INE muestran la gran diferencia que hay entre hombres y mujeres sobre la contratación parcial.

Para el periodo de 2021, la contratación parcial de mujeres supuso un 22,4% respecto al empleo total femenino, mientras que, para los hombres, la contratación parcial comprendía el 6,5% del empleo total masculino. En 2022 continuó esta tendencia, cerrándose el año con 2.045.600 contratos parciales, mientras que la de los hombres fue de 736.100 contratos parciales.

Gráfico 3 – Porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial respecto al empleo total de personas del mismo sexo



Fuente: elaboración propia basada en datos INE (años 2010-2021)

⁷ Cfr. M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El contrato a tiempo parcial y el papel de las horas complementarias: una regulación jurídica decadente e ignorada, ¿a propósito?*, en *Trabajo y Derecho*, 2021, n. 79-80.

⁸ Cfr. M.R. MARTÍN MUÑOZ, *op. cit.*, p. 53.

En el Gráfico 3 podemos observar que la participación de trabajadores a tiempo parcial en España ha ido en descenso en los últimos años. La de los hombres, respecto al empleo total masculino, pasó de un 7,8% en 2016 a un 6,5% en 2021. Para las mujeres pasó de un 24,1% en 2016 al ya comentado 22,4% en 2021 sobre el empleo total femenino. Por otra parte, si se considera el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total (hombres y mujeres) disminuye de un 4,2% en 2016 a un 3,5% en 2021. El dato de mujeres sobre el empleo total desciende de un 11% y a un 10,4% en 2021⁹.

Los datos revisados muestran que la contratación parcial es esencialmente femenina. Las reformas laborales en materia de contratación que han venido facilitando el empleo de manera cada vez más discrecional por la parte empresarial de este modelo contractual han afectado principalmente al sector femenino del mercado de trabajo, lo que no favorece el acercamiento de las cotizaciones de los dos géneros. Sí es necesario mencionar, el esfuerzo del RD-Ley 6/2019 al modificar el art. 12.4.d ET. Esta reforma busca evitar la discriminación por razón de sexo a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad en los derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial¹⁰. Con estas medidas se persigue la protección de los derechos de los contratos a tiempo parcial frente a los contratos a tiempo completo. A menudo, justificando la reducción de jornada, muchos de estos contratos a tiempo parcial se encontraban en situaciones en las que se generaban desigualdades entre modelos de contratación, lo que perjudicaba mayoritariamente a mujeres.

2.3. Brecha salarial. Inferioridad salarial de la mujer ante misma categoría profesional que el hombre

Otro problema endémico del mercado laboral con respecto a la mujer es la brecha salarial. La Comisión Europea ha definido la brecha salarial entre hombres y mujeres como «la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores»¹¹. Este problema también es característico de los sistemas

⁹ INE, *Participación de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores con contrato temporal*, en www.ine.es, 3 agosto 2022.

¹⁰ En la misma línea, otras leyes han fomentado el principio de proporcionalidad retributiva como es el caso art. 11 del RD 902/2020 y del RD 901/2020. *Cfr.* M.S. HERRAIZ MARTÍN, *op. cit.*

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión*

laborales de la Unión, por lo que es notable el esfuerzo de los órganos europeos en intentar combatirlo¹².

En España, según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2019, el salario anual más frecuente en las mujeres (13.514,8 euros) representó el 73,0% del salario más frecuente en los hombres (18.506,8 euros). Si se consideran los salarios anuales con jornada a tiempo completo, el salario de la mujer representaba en el año 2019 el 91,3% del salario del hombre. En la jornada a tiempo parcial, el porcentaje era del 87,7%. Para poner de manifiesto las diferencias salariales de género, es necesario considerar el salario por hora y distinguir el tipo de jornada. En el trabajo a tiempo completo, el salario por hora de las mujeres (16 euros) en el año 2019 alcanzaba el 94,3% del salario por hora de los hombres (17 euros). Al considerar la jornada a tiempo parcial, el porcentaje anterior alcanza un valor del 84,5%¹³. Es relevante esta distinción en la jornada parcial, porque, como ya se ha comentado, es un tipo de contratación fuertemente feminizado.

2.4. Infrarrepresentación de la mujer en los puestos de toma de decisiones

Finalmente, el último factor a tener en cuenta que da origen a la diferencia en las pensiones entre hombres y mujeres es la infrarrepresentación en los puestos de dirección y control de decisiones. Podemos entender la infrarrepresentación de trabajadoras como «su menor participación en el mercado laboral y en la empresa de lo que cabría esperar por su presencia en la sociedad»¹⁴. Al respecto de esta materia, es fundamental el estudio estadístico para conocer el calado de este factor potenciador de la brecha en las pensiones de hombres y mujeres. Se configura este como un punto sensible dentro de la empresa, ya que puede prevalecer el principio de libertad de empresa y de libre organización empresarial, en determinados casos. No obstante, nunca podrá quebrarse el principio de igualdad. Como

Europea, 2014, p. 2.

¹² Al respecto se promulgó la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), así como la ya comentada Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres de la UE.

¹³ INE, *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, en www.ine.es, 6 enero 2021.

¹⁴ E. SIERRA HERNÁIZ, *Perspectivas del concepto de infrarrepresentación femenina en los planes de igualdad*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 65.

medida para obtención de datos fiables en la empresa debemos recordar la importancia de los planes de igualdad. En efecto, pueden resultar como un instrumento útil para mostrar la infrarrepresentación de la mujer en cada empresa y acabar con ella.

Los indicadores a tener en cuenta para determinar la infrarrepresentación van desde los generales del mercado laboral y de la tasa de participación, de actividad y de inactividad de la mujer en el mercado laboral y en las empresas en general, como específicos de cada empresa, como es el número de mujeres contratadas respecto de los procesos de selección, los ascensos, el ejercicio de los derechos de conciliación o despidos, y, en su caso, la presencia de mujeres en puestos de dirección y también en los órganos de representación sindical y unitaria¹⁵.

A modo de ejemplo para mostrar cómo afecta la infrarrepresentación de las mujeres en España es ilustrativo el estudio de la Informa D&B, *Presencia de las mujeres en la empresa española* de 2020, que concluye que, en febrero de 2020, el 24,55% de los miembros de los Consejos de Administración del total de sociedades activas son mujeres y el 20,46% tienen un cargo de dirección. Este estudio valora la aplicación del art. 75 de la LO 3/2007, que exige la «presencia equilibrada» de mujeres y hombres en los Consejos de administración de determinadas sociedades mercantiles de gran tamaño. El estudio enumera 17.564 sociedades mercantiles que deben estar sometidas al mandato del art. 75. Se entiende que presencia equilibrada corresponde a que el porcentaje de mujeres se encuentre en torno al 40 y al 60% de miembros en el consejo de administración. De todas estas sociedades estudiadas, sólo el 12,85% cumplían con la obligación del mandato legal.

3. De la invalidez del “complemento de maternidad” por la sentencia WA al art. 60 LGSS del RD-Ley 3/2021. Incidencia real del nuevo complemento según datos INE

Todos estos factores son desencadenantes de la brecha de las pensiones entre hombres y mujeres. El legislador, consciente de esta situación de desigualdad, diseñó inicialmente el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, recogido en el art. 60 LGSS hasta el 3 de febrero de 2021. En la redacción de este artículo se establecía que el único beneficiario legal de la prestación era la madre de hijos biológicos o adoptados que fuera beneficiaria en cualquier régimen del

¹⁵ *Idem*, para conocer las medidas específicas para corregir la infrarrepresentación femenina en la empresa.

sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, sin incluir al padre en idénticas condiciones¹⁶.

Esta figura jurídica, nacida para resolver la desigualdad en las pensiones, presentaba la duda de si suponía una discriminación negativa para los hombres que hayan tenido uno, dos o más hijos llevando el cargo de la crianza en las mismas condiciones que las mujeres. Y es que, a tenor de la lectura literal del artículo, no podrían recibir dicho complemento. Es importante resaltar, que esta situación de discriminación también podía ser discriminatoria para las mujeres que no hayan tenido hijos y, también, para las parejas homosexuales¹⁷.

La confirmación de la situación de discriminación vino de la mano de la sentencia *WA*¹⁸, que entendió que este precepto era contrario a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y al art. 157 TFUE. En resumen, el TJUE entendió que la anterior redacción del art. 60 LGSS constituía un trato menos favorable para los hombres.

El objetivo de reducir la brecha de género entre las pensiones de mujeres y hombres se ve tergiversado, porque este complemento se destinaba a la protección de las mujeres en su condición de progenitor. Pero pueden darse situaciones comparables entre padres y madres en cuanto al cuidado de los hijos. Siendo cierto que las madres, a menudo, se ven más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos, no se puede ignorar la posibilidad de que sea el hombre el que asuma el cuidado de los hijos y pudiera encontrarse en la misma situación de desventaja en su carrera

¹⁶ P. TUSET DEL PINO, *El reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género a favor de los hombres. Regulación legal, requisitos, compatibilidad y fecha de efectos económicos*, en *Diario La Ley*, 2022, n. 10178.

¹⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, S. GUINDO MORALES, *El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social (El complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social concedido por España a las madres beneficiarias de una pensión que tengan dos o más hijos, debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en virtud de la jurisprudencia del TJUE)*, en *La Ley – Unión Europea*, 2020, n. 85. A este respecto, *vid.* C. GALA DURÁN, *Pensiones. El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA). Complemento por maternidad*, en *La Administración Práctica*, 2020, n. 4.

¹⁸ STJUE 12 diciembre 2019, asunto C-450/18, *WA* c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*. Al respecto, *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: el complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 22.

profesional¹⁹.

Además, el TFUE sostuvo que este complemento por maternidad concedía a las mujeres una ayuda a la hora de reconocerles una pensión, pero no estaba orientado específicamente a compensar situaciones desfavorables que se pudieran haber generado a lo largo de su carrera profesional²⁰.

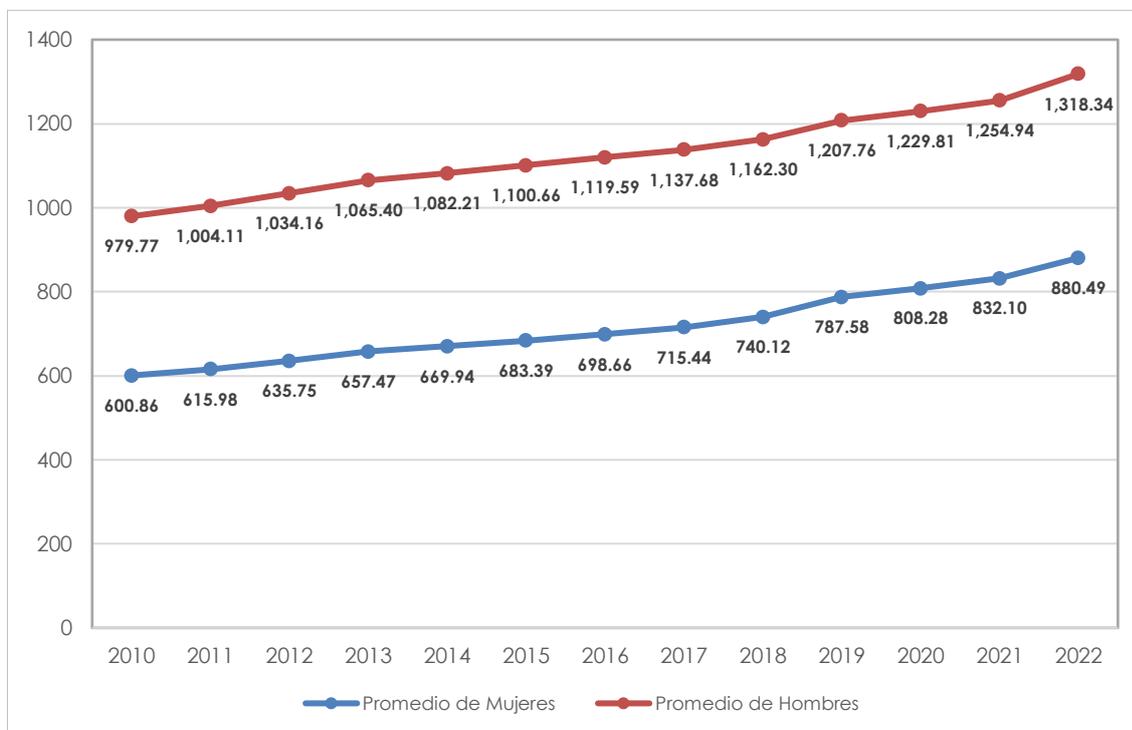
A raíz de esta situación, se promulgó el RD-Ley 3/2021, que modifica el art. 60 LGSS para crear el nuevo «Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género» que corrige la insuficiencia legal del anterior precepto y busca «compensar a aquellas madres que, por su dedicación 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»²¹ pero ahora teniendo el número de hijos como criterio objetivo para articular la medida, ya que se entiende que el nacimiento y el cuidado de los hijos es la principal causa de la brecha de género. No obstante, se busca que el complemento sea equilibrado, en tanto puede otorgarse a un hombre en la misma situación de desventaja por el cuidado de los hijos, aunque se entiende, que proporcionalmente favorecerá más a las mujeres por ser las que tradicionalmente han soportado esta tarea. Más allá de la técnica legislativa de este complemento, el objeto de este análisis es conocer la incidencia real en datos que la anterior y la nueva configuración del complemento ha tenido en la reducción de la brecha de género de las pensiones. A lo largo de esta exposición se han resaltado los factores que la producen y se han mencionado algunas medidas que buscan atenuar la incidencia de estos factores en la brecha de las pensiones, no obstante, este complemento actúa directamente sobre el resultado, es decir, una vez se constata la situación de desigualdad se aplica este complemento para reducirla. Para conocer cómo de desigual es la percepción económica en materia de pensiones contributivas entre mujeres y hombres primero debemos analizar los datos presentados en el Gráfico 4.

¹⁹ *Cfr.* J.L. MONEREO PÉREZ, S. GUINDO MORALES, *op. cit.*

²⁰ *Cfr.* P. TUSET DEL PINO, *op. cit.*, al respecto de la compatibilidad de la prestación, el reconocimiento a los progenitores y el análisis de otras circunstancias como el derecho a complemento en caso de aborto.

²¹ Exposición de Motivos I, RD-Ley 3/2021.

Gráfico 4 – Promedio del total de pensiones contributivas mensuales de hombres y mujeres en España²²



Fuente: elaboración propia basada en los datos INSS (años 2010-2022)²³

Este gráfico muestra la brecha económica que hay entre mujeres y hombres en materia de pensiones. Para el año 2022, el promedio de dinero percibido por las pensiones de los hombres se establecía en 1.318,34 €, mientras que para las mujeres en 880,49 €. Una de las conclusiones a las que se puede llegar gracias a la valoración de este dato es que desde la entrada en vigor del anterior complemento de maternidad en el año 2016²⁴ no hay una

²² Incluye las pensiones de Incapacidad Permanente, pensión, viudedad, orfandad y favor de familiares.

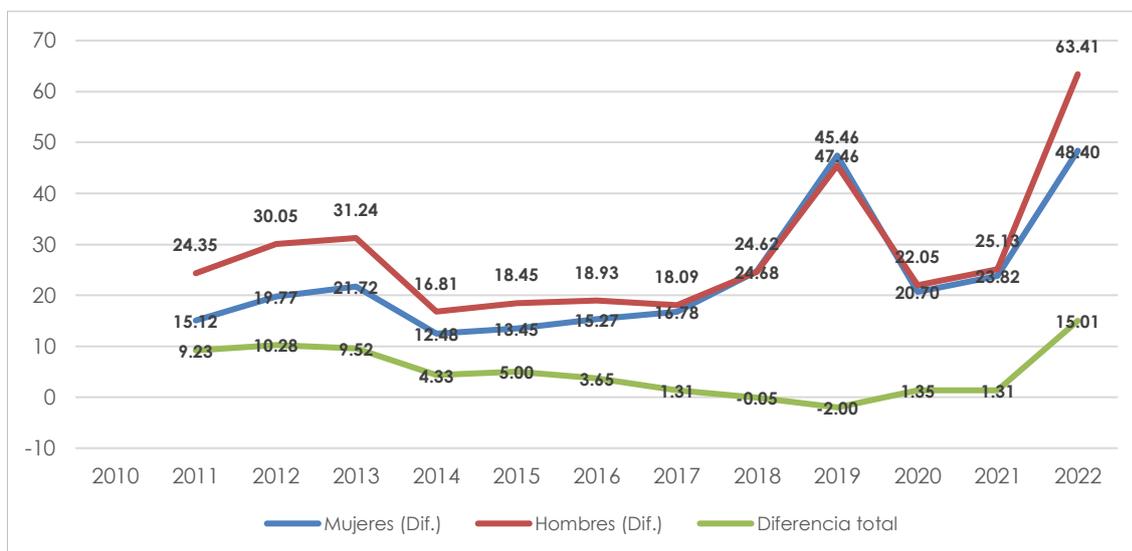
²³ Vid. SEGURIDAD SOCIAL, *Pensiones contributivas en vigor*, en www.seg-social.es, 18 agosto 2022.

²⁴ Recordamos que el “complemento de maternidad” que tras la sentencia *W/A*, cit., se reconfiguró como «complemento para reducir la brecha de género en las pensiones» fue promulgado por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Para conocer sobre anteriores medidas tomadas al respecto de la brecha de las pensiones, vid. J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Luces y sombras del complemento de brecha de género: Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2022, n. 31.

reducción evidente en la tendencia entre los promedios de las pensiones de hombres y mujeres.

En el Gráfico 5 podemos ver calculado de forma exacta cuál ha sido esa variación. Este gráfico muestra en términos netos cuál es la variación de la cuantía anual de las pensiones de hombres y mujeres. Es decir, en 2022 se muestra que el aumento en la pensión de hombres con respecto a 2021 fue de un 63.41 €, mientras que el aumento de la pensión de las mujeres con respecto a 2021 fue de un 48.40 €. Como podemos observar, no solo ha habido una disminución entre las cuantías promedio recibidas entre hombres y mujeres, sino que esta diferencia ha aumentado, sobre todo en 2022.

Gráfico 5 – Crecimiento anual en euros de las pensiones mensuales de hombres y mujeres en España



Fuente: elaboración propia a partir de datos INSS (años 2010-2022)

La diferencia neta entra ambas tendencias está representada en la franja verde. Muestra el cambio neto entre el promedio de la cuantía de la pensión de hombres y mujeres anual. Podemos ver como cada año la diferencia no solo no disminuye, sino que aumenta. En 2022, la pensión de los hombres aumentó 15,01 € más que la pensión de las mujeres. El único año que se corrigió y, por lo tanto, hubo una disminución en la brecha de las pensiones fue en 2019, con una disminución poco significativa de 2 €.

Finalmente, los últimos parámetros a tener en cuenta son aquellos referentes al propio complemento para la reducción de la brecha de género

en concreto. En el Cuadro 1 podemos observar el número de complementos en vigor, tanto el de “por maternidad” anterior como el de por “brecha de género” actual.

Cuadro 1 – Número de complementos por maternidad y para la reducción de la brecha de género en vigor e importe medio del complemento de hombres y mujeres (diciembre 2022)

| | Hombres | Mujeres |
|--|---------|---------|
| Número de complementos en vigor | | |
| Por brecha de género | 28.870 | 359.365 |
| Por maternidad | 27.855 | 811.257 |
| Importe medio del complemento | | |
| Por brecha de género | 42,34 | 62,74 |
| Por maternidad | 103,60 | 63,93 |
| Variación en el último mes | | |
| Por brecha de género | 10% | 6,1% |
| Por maternidad | 28% | -0,2% |
| Variación en el último año | | |
| Por brecha de género | 344,4% | 208,6% |
| Por maternidad | 819,3% | -2,9% |

Fuente: elaboración propia basada en datos INSS (año 2022)²⁵

Del análisis de los datos del Cuadro 1 vemos que el número de ambos complementos es mayor en mujeres que en hombres, lo que muestra que se cumple la voluntad del legislador de que este sea un complemento feminizado a pesar de poder estar destinado a los dos géneros como dictó el citado asunto *W.A.* Otra matización significativa es la escasa presencia de complementos con respecto al total de las pensiones que, en diciembre de 2022, según el INSS, eran de 9.994.836²⁶. Al respecto de las variaciones, se explica el crecimiento del reformado complemento de maternidad por el trámite de solicitudes en 2022, ya que, como se ha comentado, el complemento por la brecha de género entra en vigor tras la reforma del art. 60 LGSS por el RD-Ley 3/2021. Aun así vemos que el crecimiento del

²⁵ *Vid.* SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*

²⁶ *Vid.* Web del INSS *op. cit.*

complemento por maternidad es notable con respecto al año anterior, lo que sugiere que su poca incidencia en las variaciones totales de las pensiones que hemos visto en los Gráficos 4 y 5 se deba a que no está extendido aún a todas las personas beneficiarias.

4. Conclusiones

Varias conclusiones se pueden extraer de este análisis de factores y datos sobre los complementos destinados a hacer menguar la desigualdad entre las pensiones percibidas por los hombres y aquellas destinadas a mujeres.

Primero, el análisis de los factores que provocan la brecha de género de las pensiones nos ha mostrado que el problema es estructural de todo el mercado de trabajo femenino. Siendo muchos factores relevantes a nivel europeo. Por lo tanto, las medidas deben tomarse no solo contra la brecha de las pensiones mediante complementos, sino también se deben articular medidas que consigan amortiguar la diferencia entre hombres y mujeres en los factores desencadenantes. Medidas que deben ser tomadas por el legislador español, pero también por el europeo. Es cierto que en muchos casos ya se están realizando esfuerzos legislativos en este sentido, como es el caso de los planes de igualdad para combatir la brecha salarial y el llamado “techo de cristal”, la asimilación de permisos por nacimiento y cuidado del menor orientados a que no sea la mujer la que soporte únicamente el cuidado familiar y de los hijos y por tanto tenga mayor presencia en los contratos a jornada parcial, entre otras medidas.

Segundo, el volumen de pensiones es bastante elevado (9.994.836 de pensiones) en comparación con el número total de complementos por maternidad y reducción de la brecha de género que se ha concedido a mujeres hasta el momento (1.170.622), además el importe medio de los complementos que perciben las mujeres se encuentra en torno a 60 € mensuales, lejos de salvar la brecha de 437,85 € que separó las pensiones de hombres y mujeres de media en 2022. No obstante, hay que ser consciente que es un complemento que tiene poco recorrido aún y no hemos visto aún todo su potencial. Mantiene un crecimiento bastante notable, lo que indica que sigue concediéndose a potenciales beneficiarios.

Tercero, la nueva fórmula legal del complemento para la reducción de la brecha de género del art. 60 LGSS del RD-Ley 3/2021 viene a corregir la discriminación que según la sentencia *W/A* implicaba el anterior complemento de maternidad. Además, lo hace de forma acertada, porque está llegando mayoritariamente a mujeres, que es el objetivo del mismo, sin discriminar a los hombres que pueden haberse visto en condiciones

similares a ellas a lo largo de su vida laboral.

Cuarto, el complemento para la reducción de la brecha de género está teniendo aún un impacto económico limitado, puesto que la brecha de género se mantiene estable desde que fue creado como vemos en el Gráfico 4. Llegamos a ver incluso, que la tendencia es que la brecha siga en aumento, según nos indican los datos del Gráfico 5 que muestran el crecimiento anual del promedio de las pensiones contributivas de hombres y mujeres.

Finalmente se puede determinar que el complemento para la reducción de la brecha de género, aun suponiendo un esfuerzo positivo porque realmente se están beneficiando mayoritariamente mujeres, no está teniendo un impacto significativo en la reducción de la distancia entre el total de pensiones de hombres y mujeres. Es cierto que el fuerte crecimiento de benefactores implica que no está aún siendo percibido por los usuarios potenciales. Esta situación nos lleva a concluir que, en los próximos años, este complemento pueda tener un impacto mayor.

Para acabar con la brecha de género hay que desarticular un mercado laboral totalmente masculinizado y transformar la concepción social que ha relegado a las mujeres mayoritariamente al servicio y cuidado de hijos y familiares. Esto es un esfuerzo cultural de todo el entramado social y laboral que claramente lleva cambios paulatinos y que deben tomarse a diferentes niveles de la vida laboral de las mujeres. Estos cambios se están haciendo, van en el camino acertado como nos enseña la evolución de los factores desencadenantes de la brecha de género, pero en muchos casos su impacto es aún escaso.

5. Bibliografía

COMISIÓN EUROPEA (2014), *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*

EIGE (2015), *Gender gap in pensions in the EU. Research note to the Latvian Presidency*

GALA DURÁN C. (2020), *Pensiones. El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA). Complemento por maternidad*, en *La Administración Práctica*, n. 4

GRAU PINEDA C. (2021), *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones*, en *Trabajo y Derecho*, n. 73

HERRAIZ MARTÍN M.S. (2021), *El contrato a tiempo parcial y el papel de las horas complementarias: una regulación jurídica decadente e ignorada, ¿a propósito?*, en *Trabajo y Derecho*, n. 79-80

- INE (2022), *Participación de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores con contrato temporal*, en www.ine.es, 3 agosto
- INE (2021), *Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora*, en www.ine.es, 6 enero
- INFORMA D&B (2020), *Presencia de las mujeres en la empresa española*
- LÓPEZ INSÚA B.M. (2018), *La feminización del contrato a tiempo parcial y su impacto en la pensión de jubilación*, en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch
- MARTÍN MUÑOZ M.R. (2021), *Género y sistema de pensiones. Breves notas al nuevo complemento por maternidad*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dir.), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum
- MONEREO PÉREZ J.L., GUINDO MORALES S. (2020), *El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social (El complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social concedido por España a las madres beneficiarias de una pensión que tengan dos o más hijos, debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en virtud de la jurisprudencia del TJUE)*, en *La Ley – Unión Europea*, n. 85
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSÚA B.M. (2022), *Caminando hacia una efectiva igualdad: la judicialización del complemento por maternidad para hombres*, en *Trabajo y Derecho*, n. 89
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), *Luces y sombras del complemento de brecha de género: Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 31
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2020), *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: el complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 22
- SEGURIDAD SOCIAL (2022), *Pensiones contributivas en vigor*, en www.seg-social.es, 18 agosto
- SIERRA HERNÁIZ E. (2020), *Perspectivas del concepto de infrarrepresentación femenina en los planes de igualdad*, en *Trabajo y Derecho*, n. 65
- TUSET DEL PINO P. (2022), *El reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género a favor de los hombres. Regulación legal, requisitos, compatibilidad y fecha de efectos económicos*, en *Diario La Ley*, n. 10178
- VICENTE PALACIO A. (2012), *Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 29-30

La protección internacional de la integridad de las mujeres frente a la violencia basada en su género en el marco del Convenio de Estambul y su extensión al ámbito digital

Carmen MERCADO CARMONA*

RESUMEN: La principal violación de la integridad física y moral de las mujeres proviene de los actos que constituyen violencia por razón de su género. Esta violencia contra las mujeres representa en la actualidad uno de los problemas más graves en materia de derechos humanos que se manifiesta en todos los ámbitos, público y privado, y en todos los contextos, incluido el digital. El uso de las tecnologías de la información y del conocimiento ha facilitado que se prodiguen, amplifiquen e intensifiquen algunas manifestaciones de este tipo de violencia. En este artículo analizamos la protección que ofrece el Convenio de Estambul frente a la violencia de género y la violencia doméstica, para conocer su alcance y eficacia, con especial referencia a su dimensión digital. Nos proponemos, en definitiva, reflexionar sobre la protección que otorga el Derecho Internacional a la integridad de las mujeres como eje sobre el que se fundamentan los ordenamientos jurídicos nacionales.

Palabras clave: Violencia de género, violencia doméstica, Convenio de Estambul, acoso en línea, dimensión digital.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos. 2.1. Delimitación conceptual y protección ofrecida. 2.2. Misma violencia, distinto escenario. 3. Obligaciones de los Estados para erradicar la violencia contra la mujer en todos los contextos. 3.1. Obligaciones generales. 3.2. Obligación de penalizar la dimensión digital de la violencia contra la mujer. 4. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Málaga (España); funcionaria de carrera del Cuerpo Superior de Administradores Generales, Junta de Andalucía (España); jefa de Servicio de Administración Laboral de la Delegación Territorial de Málaga, Consejería de Empleo, Empresas y Trabajo Autónomo (España).

The International Protection of Women's Integrity Against Gender-Based Violence under the Istanbul Convention and Its Extension to the Digital Dimension

ABSTRACT: The main violation of women's physical and moral integrity stems from acts that constitute gender-based violence. This violence against women currently represents one of the most serious human rights problems and it manifests in all areas, public and private, and in all contexts, including digital. The use of information and communications technologies has facilitated the occurrence, amplification and intensification of some manifestations of this type of violence. In this article we analyse the protection offered by the Istanbul Convention against gender-based violence and domestic violence, to know its scope and effectiveness, with special reference to its digital dimension. In short, we intend to reflect on the protection granted by International Law to the integrity of women as the axis on which national legal systems are based.

Key Words: Gender-based violence, domestic violence, Istanbul Convention, on-line harassment, digital dimension.

1. Introducción

La principal violación de la integridad y de la dignidad de las mujeres proviene de actos que constituyen violencia por razón de su género, esto es, por el hecho de ser mujer. El origen de este tipo de violencia se sitúa en las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que ha conducido a la discriminación de la mujer por parte del hombre y que la ha colocado en una situación de inferioridad, impidiéndole el disfrute pleno de sus derechos humanos y libertades fundamentales¹. La violencia contra la mujer o violencia de género se manifiesta a través de múltiples formas, es universal, no está limitada a una cultura o país determinado, ni a un grupo concreto de mujeres, aunque factores, como la raza, la condición económica o la cultura tiñen de particularidad las diferentes manifestaciones de este tipo de violencia.

Hoy por hoy la violencia contra la mujer en todas sus formas (violencia doméstica, mutilación genital femenina, matrimonios infantiles/forzosos, crímenes de honor, violencias sexuales, trata, etc.) es uno de los problemas más graves en materia de derechos humanos. Según la información de los órganos de Naciones Unidas, alrededor de 1.200 millones de mujeres en todo el mundo, están afectadas por alguna forma de violencia contra la mujer². La Relatora Especial de Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, afirma que el 80% de las víctimas de los homicidios

¹ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW), 20 diciembre 1993, A/RES/48/104, Preámbulo, § 6, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por aclamación de los 193 Estados que conforman la ONU.

² Según el Secretario General de Naciones Unidas, más del 35% de las mujeres de todo el mundo han sufrido violencia física o sexual en algún momento de sus vidas, la mayoría de las veces de manos de su pareja. Según las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, entre 100 y 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo están afectadas por la mutilación genital femenina. Según el CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, más de 720 millones de mujeres y niñas se han casado antes de cumplir los 18 años. Según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 3,7 millones de mujeres europeas han sido víctima de violencia sexual. Según la UNODC, el 71% de las víctimas de trata son mujeres y niñas. Otros estudios e informes: ONU MUJERES, *Hechos y cifras: acabar con la violencia contra las mujeres y niñas*, 2013; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Hacer los derechos realidad. Campaña para combatir la violencia contra las mujeres*, 2006; NACIONES UNIDAS, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General*, 2006, A/61/122 (según este último estudio una de cada tres mujeres en el mundo sufrirá algún tipo de violencia durante su vida, y una de cada cinco mujeres se convertirá en víctima de una violación o intento de violación); OMS, *La violencia contra las mujeres*, Factsheet, 2014, n. 239 (según este estudio, entre el 15% y el 71% de las mujeres entrevistadas de diez países diferentes habían sufrido violencia física o sexual a manos de su marido o pareja). Véase también la Campaña del Secretario General de Naciones Unidas lanzada en 2008, *UNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres*.

cometidos por la pareja son mujeres y que, a escala mundial, una de cada tres mujeres y niñas ha sufrido violencia de género y una de cada diez niñas ha sido víctima de una violación³. En el ámbito estrictamente laboral, según el estudio a fondo de todas las formas de violencia contra la mujer encargado por el Secretario General de Naciones Unidas, entre el 40% y el 50% de las mujeres de la Unión Europea ha sufrido alguna forma de acoso sexual o comportamiento sexual no deseado en el lugar del trabajo. Esta violencia en el entorno del trabajo menoscaba el derecho de la mujer a unas condiciones de empleo justas y favorables, como ha apuntado en numerosas ocasiones el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁴.

La violencia contra la mujer se manifiesta en todos los ámbitos, público y privado, y en todos los contextos y entornos, incluido el entorno digital. El uso de las tecnologías de la información y el conocimiento y de la inteligencia artificial ha facilitado, por su accesibilidad e inmediatez, que se prodiguen, amplifiquen e intensifiquen algunas manifestaciones de violencia contra la mujer. Internet y las redes sociales se están convirtiendo en un medio tan accesible y rápido que se está utilizando como una vía fácil para causar daño y sufrimiento a muchas mujeres y niñas, dando lugar, incluso, a nuevas formas de violencia hasta ahora desconocidas. A la extensión de su uso se une el anonimato que proporcionan los medios digitales, que en muchos casos ampara la impunidad de conductas y actos dañinos. La utilización de las herramientas tecnológicas y las redes sociales (uso de teléfonos, cámaras y equipos de grabación, sistemas GPS, relojes inteligentes, rastreadores, dispositivos domésticos y demás aplicaciones móviles) se están convirtiendo, pues, por desgracia, en el escenario más habitual para acechar, acosar, vigilar y controlar. Los datos y estudios

³ NACIONES UNIDAS, *Balance de la iniciativa de creación de observatorios contra el feminicidio*, 2021, A/76/132, § 69; NACIONES UNIDAS, *La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Šimonović*, 2021, A/HRC/47/26.

⁴ NACIONES UNIDAS, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General de la ONU*, cit., § 132; Recomendación General CEDAW n. 19 de 1992, sobre violencia contra la mujer. Otras Recomendaciones del mismo Comité que inciden en la defensa de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral son: Recomendación General n. 13 de 1989, sobre la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor; Recomendación General n. 16 de 1991, sobre las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas; Recomendación General n. 17 de 1991, sobre medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el Producto Nacional Bruto; Recomendación General n. 26 de 2008, sobre trabajadoras migratorias expuestas al abuso y la discriminación.

apuntan claramente que estas prácticas afectan de manera desproporcionada a las mujeres, y sus autores son, en su gran mayoría, hombres con quienes habían mantenido una relación íntima⁵.

El Consejo de Europa aprobó en 2011 un tratado específico para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. El tratado denominado Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul⁶, representa, a juicio de algunos autores, el compromiso de mayor alcance establecido hasta el momento en materia de violencia contra la mujer⁷. El texto ha generado multitud de opiniones favorables y positivas entre la doctrina, las instituciones y las organizaciones de derechos humanos por su carácter pragmático, avanzado y sofisticado, calificándose como un texto *primus inter pares*. El Convenio de Estambul, junto con la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, denominada Convención de Belém do Pará, son los dos únicos tratados que regulan esta materia, por lo que ambos se han convertido en paradigmas en el tratamiento de la violencia contra la mujer ante la ausencia de una norma universal de carácter vinculante que regule de manera específica este problema⁸.

⁵ Según EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results report*, 2014, el 14 % de las mujeres en la UE ha sufrido acoso en forma de comunicaciones ofensivas o amenazantes desde los 15 años; según C. LAXTON, *Virtual World, Real Fear. Women's Aid report into online abuse, harassment and stalking*, Women's Aid, 2014, el 45% de las víctimas de violencia doméstica comunicaron haber sufrido algún tipo de abuso en línea durante su relación y el 48% experimentó acoso o abuso en línea por parte de su ex pareja una vez terminada la relación. Otros estudios: AMNESTY INTERNATIONAL, *Toxic Twitter*, 2018; PLAN INTERNATIONAL, *Free to be online? Girls' and young women's experiences of online harassment. Executive Summary*, 2020.

⁶ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 mayo 2011, CETS n. 210; entrada en vigor: 1º agosto 2014; instrumento de ratificación de España: 18 marzo 2014 (en *BOE*, 6 junio 2014, n. 137). El tratado ha sido ratificado, hasta la fecha, por 37 de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa. La UE, como organización internacional, firmó el Convenio el 13 junio 2017 pero, a fecha de hoy, aún no lo ha ratificado. Véase también el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*.

⁷ Cfr. T. USHAKOVA, *La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género*, en *esta Revista*, 2013, n. 4; ONU MUJERES, *Declaración de Lakshmi Puri. Directora Ejecutiva Adjunta. ONU Mujeres en el evento paralelo del Consejo de Europa: "Violencia contra las mujeres: nuestra preocupación, nuestra respuesta"*, en www.unwomen.org, 4 marzo 2013; E. PETITPAS, J. NELLES, *El Convenio de Estambul: nuevo tratado, nueva herramienta*, en *Revista Migraciones Forzadas*, 2015, n. 49.

⁸ El primer tratado en el tiempo que aborda la violencia contra la mujer de manera específica fue la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, denominada Convención de Belém do Pará, que fue aprobada

La dimensión digital de la violencia contra la mujer, que se está convirtiendo en un problema cada vez más acuciante de dimensiones desconocidas en el futuro del Metaverso, ha sido objeto de atención por parte del órgano de control del Convenio de Estambul. Este organismo internacional denominado GREVIO ha elaborado su primera Recomendación General dedicada a regular la violencia contra la mujer en el entorno virtual para dar respuesta a las grandes lagunas y vacíos que presentan las normas internacionales, y ante la escasa atención que este problema recibe por parte de las leyes nacionales, que rara vez incluyen el contexto digital en la regulación de la violencia de género contra las mujeres en general, y de la violencia doméstica, en particular⁹.

En este artículo queremos abordar la protección que ofrece el Convenio de Estambul frente a la violencia de género y la violencia doméstica, para conocer su alcance y eficacia como herramienta útil para erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y en todos los contextos, con especial referencia a la dimensión digital de este tipo de violencia. Nos proponemos, en definitiva, reflexionar sobre la protección que otorga el Derecho Internacional a la integridad y a los derechos de las mujeres como eje sobre el que se fundamentan los ordenamientos jurídicos nacionales.

2. La violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos

Para el Derecho Internacional Público, la violencia contra la mujer en todas sus formas y en todos los contextos en los que se produce constituye una violación de los derechos humanos. Si bien, ninguno de los grandes tratados universales de derechos humanos como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) incluyen una prohibición de la violencia contra la mujer¹⁰. Ni

en 1994. Ha sido ratificada por 32 de los 35 Estados que forman parte de la OEA. Un estudio comparativo del contenido de ambos tratados en C. MERCADO CARMONA, *La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, n. 30.

⁹ GREVIO *General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women*, 2021, § 17.

¹⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966; ratificado por España el 13 de abril de 1977; forman parte de este tratado 169 Estados. El Pacto

prohíben ni hacen alusión a este problema¹¹. Hasta la última década del siglo pasado la comunidad internacional¹² no abordó la violencia contra la mujer, y lo hizo mediante la proclamación, sin necesidad de votación, de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW) por la Asamblea General de Naciones Unidas. A partir de este momento la violencia contra la mujer se configura como una cuestión de derechos humanos de la que son responsables los Estados en su prevención y erradicación. La DEVAW, junto con otras importantes Recomendaciones Generales de los órganos surgidos de los tratados de derechos humanos, prohíben la invocación de la costumbre, la cultura o la religión como razones para la justificación de la violencia contra la mujer en todas sus formas¹³.

Todos estos instrumentos universales aprobados específicamente para erradicar la violencia contra la mujer tienen un valor indudable e indiscutido pero, su alcance es limitado porque poseen carácter recomendatorio, lo que los convierte en herramientas poco eficientes para establecer obligaciones vinculantes para los Estados y proteger así de manera efectiva la integridad de las mujeres. Pese a ello, al menos en lo que se refiere a la DEVAW, no podemos ignorar sus efectos generadores de una norma consuetudinaria, de una nueva costumbre internacional. Este potencial de la DEVAW ha sido subrayado por la doctrina y por el CEDAW que en la Recomendación General n. 35 afirma: «la *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; ratificado por España el 13 de abril de 1977; forman parte de este tratado 165 Estados. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptada por Resolución de la Asamblea General A/RES/34/180, 18 diciembre de 1979; entrada en vigor: 3 septiembre 1981; ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 con la siguiente reserva: «La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española».

¹¹ C. MERCADO CARMONA, *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2019.

¹² La comunidad internacional entendida como sociedad global no exclusivamente interestatal, teniendo en cuenta las transformaciones que la comunidad internacional ha experimentado en el último siglo y que incluye entre sus componentes no sólo a los Estados soberanos sino también a las organizaciones internacionales y a otros sujetos y actores, sin olvidar la importancia que ha adquirido la persona humana. Véase O. CASANOVAS, Á.J. RODRIGO, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2018.

¹³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n. 19, violencia contra las mujeres, 1992, U.N. Doc. A/47/38 at 1 (1993); Recomendación General n. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, actualiza la anterior, CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017.

mujer ha pasado a ser un principio del Derecho Internacional consuetudinario»¹⁴.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema universal de derechos humanos, el Consejo de Europa aprobó en 2011 un tratado específico, norma vinculante para los Estados miembros en dicha organización internacional, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, el denominado Convenio de Estambul. El tratado, en la actualidad, representa el instrumento de mayor alcance que existe para prevenir, sancionar y proteger a las víctimas de violencia de género, y en ese sentido apunta la opinión mayoritaria de la doctrina y de los organismos internacionales de derechos humanos. A pesar de ello, el Convenio también ha recibido críticas e incluso movilizaciones en su contra en algunos países europeos que lo han presentado como un texto que responde a un compromiso político, en lugar de un texto que protege la vida y los derechos de las mujeres. La comisaria de derechos humanos del Consejo de Europa afirma que este enfoque distorsionado del Convenio de Estambul se ha trasladado en muchos casos a la sociedad y es el que utilizan los políticos opositores al tratado en países como Polonia, Hungría o Turquía¹⁵. En nuestra opinión, esta visión del Convenio de Estambul tiene un claro sesgo androcéntrico que pretende perpetuar el sistema de valores patriarcales que son causa de la discriminación y la violencia contra mujer, lo que supone un claro paso atrás en la erradicación de este tipo de violencia. Esta concepción interesada del tratado pretende romper la respuesta común que Europa ofrece al mundo dando prioridad a las leyes nacionales, aún, cuando éstas se han mostrado insuficientes en la prevención, sanción y protección de las víctimas de la violencia de género. Refuerza nuestro argumento el hecho de que la Unión Europea no haya ratificado todavía el Convenio de Estambul para culminar el proceso de adhesión al tratado, seis años después de haberlo firmado y tras el [Dictamen 1/19](#) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permite la celebración del Convenio sin supeditarla a la comprobación previa de la existencia de un “común acuerdo” de los

¹⁴ H. CHARLESWOTH, C. CHINKIN, *The boundaries of International law: a feminist analysis*, Manchester University Press, 2000, p. 73.; Recomendación General n. 35, cit., § 2. Véase también E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, H. ARBUET-VIGNALI, R. PUCEIRO RIPOLL, *Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras*, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, tomo I, pp. 355-357.

¹⁵ Afirma la comisaria de derechos humanos que la implementación del Convenio de Estambul salva vidas y que, con el pretexto de defender los valores y las tradiciones familiares, las críticas al texto a menudo esconden una agenda misógina y homofóbica. En el caso de Turquía las críticas llegaron hasta el punto de la retirada del Convenio en 2021. Véase D. MIJATOVIC, [El Convenio de Estambul salva las vidas de mujeres](#), en [www.dw.com](#), 11 mayo 2021.

Estados miembros de la UE¹⁶.

En el Convenio de Estambul, la configuración y el origen de la violencia contra la mujer coincide con los estándares internacionales universales en cuanto que se configura como una violación de los derechos humanos que tiene un carácter sistémico y estructural y que representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que ha llevado a la discriminación de la mujer por el hombre¹⁷. Como indican los redactores del Convenio, la erradicación de la violencia contra la mujer debe enmarcarse en un contexto más amplio, el de la lucha contra la discriminación y el logro de la igualdad de género formal y material¹⁸. Con esta perspectiva, el Convenio introduce como novedad el concepto de género que no se identifica con “mujer” ni tampoco con “sexo”, sino que se refiere a una construcción social «a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»¹⁹. Para los redactores del Convenio, la comprensión de la violencia desde el género implica que las diferentes formas de violencia contra la mujer deben abordarse en el contexto de la desigualdad entre hombres y mujeres, los estereotipos existentes, los roles de género y la discriminación contra las mujeres²⁰.

2.1. Delimitación conceptual y protección ofrecida

En correspondencia con lo anunciado en su título, el Convenio de

¹⁶ La solicitud de dictamen fue presentada al Tribunal de Justicia por el Parlamento Europeo. El Dictamen del Tribunal es el siguiente: «Siempre que se respeten plenamente, en todo momento, las exigencias establecidas en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, los Tratados no prohíben que el Consejo de la Unión Europea, actuando de manera conforme con su Reglamento interno, espere, antes de adoptar la decisión de celebración por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), al “común acuerdo” de los Estados miembros para quedar vinculados por este Convenio en los ámbitos del mismo comprendidos en las competencias de estos. En cambio, prohíben que el Consejo añada al procedimiento de celebración establecido en este artículo una fase adicional consistente en supeditar la adopción de la decisión de celebración de dicho Convenio a que previamente se haya constatado tal “común acuerdo”. El pasado 13 de febrero de 2023, los eurodiputados han instado a la UE a que ratifique el Convenio de Estambul a la vista del dictamen del Tribunal de Justicia de 2021.

¹⁷ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., *Preámbulo*.

¹⁸ *Explanatory Report*, cit., §§ 25 y 48-55.

¹⁹ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., art. 3.c.

²⁰ *Explanatory Report*, cit., § 43.

Estambul se aplica a la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, y ofrece definiciones separadas de cada uno de estos conceptos. Así, conforme al art. 3.a a los efectos del Convenio se entiende por violencia contra la mujer:

una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, que incluyen todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

En el término “mujer” el Convenio incluye a las niñas menores de 18 años, ampliando así su protección a todas las mujeres cualquiera que sea su edad²¹. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el Consejo de Europa elabora con este Convenio la definición más completa y avanzada de la violencia contra las mujeres en el panorama jurídico internacional. Otros autores destacan de esta definición la conexión explícita entre la protección de los derechos humanos y la tutela antidiscriminación sexista²².

De manera separada el Convenio define la violencia doméstica en el art. 3.b como «los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima».

La definición de la violencia doméstica es una definición neutra en cuanto al género, que permite considerar como víctimas de este tipo de violencia no solo a las mujeres y a las niñas, sino también a los hombres y a los niños, a pesar de que – como apuntan los redactores del Convenio en el Informe Explicativo – hay escasos datos de este tipo de violencia contra los hombres, hay un infra-registro de la misma porque las estadísticas no son significativas ni completas. Es por ello que los Estados Partes están obligados a aplicar el Convenio a las mujeres víctimas de violencia doméstica, quedando a su decisión extenderlo o no a los hombres que sufran este tipo de violencia²³. La afectación desproporcionada de la

²¹ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., art. 3.f.

²² T. USHAKOVA, *op. cit.*, p. 9 del extracto; J.F. LOUSADA AROCHENA, *El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género*, en *Aequalitas*, 2014, n. 35, p. 9.

²³ El Convenio contempla como víctima a toda persona física – mujer, niña, hombre o niño – que se encuentre sometida a los comportamientos violentos que se describen en el texto. *Vid. Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., art. 3.e; *Explanatory Report*, cit., § 4.

violencia doméstica a las mujeres es lo que permite a algunos autores afirmar que la violencia doméstica que contempla el Convenio es violencia de género²⁴.

Esta diferente categorización de la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres es una de las razones en la que se basa Ventura Franch para afirmar que el Convenio de Estambul representa un retroceso en este aspecto. Piensa la autora que el Convenio, en un intento de acotar conceptos básicos acerca de la violencia contra las mujeres, elaborados fundamentalmente por la teoría feminista, los asume solo parcialmente, y al no hacerlo con todas las consecuencias introduce algunos elementos de confusión²⁵. Thill lamenta el enfoque híbrido que ha adoptado el Convenio de Estambul desmarcándose de la senda seguida por el CEDAW y la Asamblea General de Naciones Unidas, lo que lo convierte, a su juicio, en un texto ambivalente situado entre las convenciones de inspiración iusfeminista y los Pactos de Derechos Humanos androcéntricos²⁶. También la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer considera preocupante que el Convenio de Estambul establezca una clara diferenciación entre la violencia doméstica y la violencia contra la mujer, ya que contradice las ideas internacionalmente aceptadas sobre la violencia de género²⁷.

A nuestro juicio, el concepto de género que, en principio, enriquece el concepto originario de violencia contra la mujer por la dimensión social que le transfiere, propicia cierta confusión cuando se utiliza de manera neutra, esto es, entendiendo la violencia como un fenómeno al que todos podemos estar expuestos, hombres y mujeres. Este punto de vista neutral es el que utiliza el Convenio para catalogar de manera diferente y separada la violencia doméstica y la violencia contra la mujer y, esto, puede dar lugar a confusión, puede ocultar el problema de la violencia contra la mujer y dificultar su erradicación, porque omite el trasfondo: el sistema de dominación del hombre sobre la mujer, que es precisamente la causa que favorece la existencia de una violencia específica contra la mujer. Desde esta perspectiva, el Convenio de Estambul y su concepción diferenciada de la violencia doméstica se apartan de la DEVAW y de otros instrumentos

²⁴ J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ A. VENTURA FRANCH, *El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica*, en *Revista de Derecho Político*, 2016, n. 97, pp. 192, 203 y 206.

²⁶ M. THILL, *El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género*, en *IgualdadES*, 2020, n. 2, p. 192; M. THILL, *El Convenio de Estambul: Un análisis crítico y contextualizado*, en *Labrys*, 2017, n. 31.

²⁷ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, 2015, A/70/209, § 38 (presentado de conformidad con la resolución 69/147 de la Asamblea).

universales que contemplan este tipo de violencia como una manifestación de la violencia contra la mujer en el ámbito de la familia, que participa de su mismo origen y definición, en la que el hombre es el sujeto que la ejerce y la mujer quien la sufre²⁸.

El Convenio incorpora también un tercer concepto de violencia, la violencia contra las mujeres por razón de su género, que define en el art. 3.d como «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

Se trata de una violencia que está arraigada profundamente en los valores sociales y culturales. Dentro de este concepto se incluyen todas las formas de violencia que sufre la mujer por su condición de mujer (aborto forzoso o mutilación genital femenina) y la que sufren de manera desproporcionada en relación con los hombres (violencia sexual, violación, acoso, abuso sexual, violencia doméstica, matrimonio forzoso, esterilización forzosa).

La diferencia entre este tipo de violencia y las anteriores que incorpora el texto, se encuentra, según los redactores del Convenio, en el hecho de que el género de la víctima es en estos casos el principal motivo de los actos violentos, constituyendo una violencia profundamente arraigada en las estructuras, normas y valores sociales y culturales²⁹.

Además de las definiciones y conceptos, el Convenio de Estambul aporta cuestiones novedosas en relación con la protección ofrecida. Una de ellas tiene que ver con la aplicación del Convenio a las situaciones de conflicto armado. Esta particularidad es importante porque significa que el texto puede utilizarse y es complementario de los tratados e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal.

Otro aspecto destacable en la misma línea de amplitud de su ámbito de aplicación es su enfoque transfronterizo, que resulta importantísimo dada la naturaleza transnacional de algunas formas de violencia contra la mujer como, por ejemplo, los matrimonios forzados. El Convenio elimina la regla habitual de la doble incriminación como condición de la persecución de ciertas formas graves de violencia, en concreto, la violencia sexual, los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización forzosa. La perspectiva transnacional obliga a los Estados Partes a ampliar la competencia de sus tribunales respecto de los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales, y hace posible que se persiga a sus residentes³⁰.

²⁸ C. MERCADO CARMONA, *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el Derecho Internacional Contemporáneo*, cit., p. 516.

²⁹ *Explanatory Report*, cit., § 44.

³⁰ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., art. 2.3, art. 44; *Explanatory Report*, cit., § 227 ss.

Finalmente, otro aspecto que añade valor al Convenio en relación con la protección ofrecida es la inclusión de un capítulo específico dedicado a la migración y al asilo. El texto regula cuestiones importantes para la situación de las mujeres extranjeras e incorpora diferentes medidas protectoras como, por ejemplo, la posibilidad de otorgar a las mujeres migrantes víctimas de violencia de género un estatuto de residencia autónomo; la obligación de reconocer la violencia de género contra la mujer como forma de persecución en el sentido del art. 1.A.2 del Convenio de Ginebra relativo al Estatuto de los Refugiados, y de garantizar una interpretación sensible al género cuando se establece la condición de refugiada; la obligación de introducir procedimientos, directrices y servicios de apoyo que tengan en cuenta las cuestiones de género en los procedimientos de asilo; el respeto al principio de no devolución en relación con las víctimas de violencia contra la mujer³¹.

2.2. Misma violencia, distinto escenario

Los conceptos de violencia contra la mujer y violencia doméstica que contempla el Convenio de Estambul no hacen alusión directa a los actos dañinos que se producen en el entorno virtual y que afectan de manera desproporcionada a las mujeres y a las niñas. Los redactores del Convenio únicamente tuvieron en cuenta los medios digitales en su referencia al acoso sexual³². Pero, el uso de las nuevas tecnologías para perpetrar actos que causan daño y sufrimiento a las mujeres está tan extendido en la actualidad y es un problema tan candente que reclamaba una respuesta más explícita de la comunidad internacional³³.

Esta respuesta ha venido de la mano del órgano de control del tratado, el

³¹ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., cap. VII, arts. 59 y 61; *Explanatory Report*, cit., § 300 ss.

³² *Explanatory Report*, cit., §§ 106-107.

³³ En 2016, la Asamblea General de Naciones Unidas y el Consejo de Derechos Humanos se hicieron eco de las nuevas herramientas que estaban surgiendo para cometer actos de violencia contra la mujer. Así, tanto la Resolución 71/170 de la Asamblea General como la Resolución 29/14 del Consejo de Derechos Humanos incluyen los medios digitales como vehículos para perpetrar actos violentos contra la mujer, ampliando el concepto de violencia por razón de género a los actos que causen daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico a las mujeres y las niñas, que se producen en línea. *Cfr.* NACIONES UNIDAS, *Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: la violencia doméstica*, 2017, A/RES/71/170, punto 2; NACIONES UNIDAS, *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica*, 2015, A/HRC/29/L.16/Rev.1.

GREVIO, que ha adoptado su primera Recomendación General centrada exclusivamente en la dimensión digital de la violencia contra la mujer³⁴. No sólo el GREVIO se ha pronunciado sobre este problema, los siete mecanismos internacionales y regionales que componen la Plataforma EDVAW también han elaborado un documento temático sobre la dimensión digital de la violencia contra las mujeres³⁵. Los documentos aprobados, que mantienen un enfoque común e integral, son pioneros en abordar la vertiente digital de la violencia contra la mujer, adentrándose en el presente más actual y poniendo la semilla para el futuro más inmediato. Aunque su valor sea estrictamente recomendatorio desde el punto de vista jurídico, no se puede obviar el alcance que tienen como referencia para los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención, persecución, protección y coordinación de políticas para hacer frente al uso de las tecnologías con la intención de perpetrar daño y sufrimiento a las mujeres y a las niñas.

Los daños que ocasionan las conductas violentas en Internet y en las redes sociales no se limitan exclusivamente a las mujeres víctimas, también la sociedad se ve afectada negativamente. Las mujeres y niñas pueden sufrir daños en todos los aspectos de sus vidas, una llamada “ruptura social”; pueden sufrir daños físicos que provengan de amenazas en línea; daños psicológicos, como depresión, ansiedad, estrés, ideación suicida, etc.; daños económicos y profesionales, en forma de absentismo escolar, falta de empleo, etc. y daños relacionales, como aislamiento, culpabilización, destrucción de confianza, etc. También la sociedad sufre consecuencias nefastas: restricciones a la libertad de expresión de las mujeres por la autocensura que se imponen (voces silenciadas); perpetuación y crecimiento de la brecha digital de género; reducción de la diversidad de los espacios digitales; y consecuencias socioeconómicas adversas por la pérdida de actividad económica y los costes de salud³⁶.

³⁴ GREVIO *General Recommendation No. 1*, cit. Véase también *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., cap. IX, *Mecanismo de seguimiento*, arts. 66-70.

³⁵ CONSEJO DE EUROPA, [La dimensión digital de la violencia contra la mujer abordada por los siete mecanismos de la Plataforma EDVAW](#), 2022, p. 19. Los siete mecanismos que componen la Plataforma EDVAW son: representantes del Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Grupo de Trabajo de la ONU sobre discriminación contra mujeres y niñas, GREVIO, la Relatora sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) y la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.

³⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

La Recomendación General del GREVIO ofrece una interpretación del Convenio de Estambul que demuestra la relevancia del tratado para prevenir y combatir la dimensión digital de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica frente a las legislaciones nacionales, pues, como afirma este organismo, varios Estados han adoptado medidas para abordar aspectos de este problema pero, se han centrado más en garantizar la seguridad y reputación de la persona que en los impactos importantes que estas conductas ocasionan, por ejemplo, en la salud psicológica de las mujeres y niñas. Y estos olvidos se acentúan aún más en el contexto de la violencia doméstica³⁷.

La Recomendación señala, por tanto, cómo se aplica el Convenio para atajar las manifestaciones de violencia en el mundo virtual, estableciendo definiciones de términos y conceptos clave y proponiendo a los Estados acciones específicas en este sentido. Conforme a su visión integral y respuesta holística, el documento recomienda a los Estados la adopción de medidas específicas para poner freno a las conductas digitales de violencia contra la mujer en las áreas de prevención, protección, persecución y políticas coordinadas (las conocidas cuatro “P” del Convenio). En el área de la prevención, el GREVIO recomienda la adopción de medidas en orden a cambiar las actitudes, los roles de género y los estereotipos, junto a otras para fomentar la igualdad de género, campañas de sensibilización, alfabetización digital y de seguridad en línea en todos los niveles educativos. En el campo de la protección, se recomienda establecer servicios de apoyo especializado para las víctimas y sus hijos, aplicar recursos suficientes, velar para que el marco jurídico se aplique a todas las formas de violencia que se cometan en el ámbito digital. En el área de la persecución, se recomienda a los Estados que destinen recursos para la formación de los profesionales de la justicia penal y las fuerzas del orden, garantizar el acceso efectivo a la justicia penal y poner fin a la impunidad de los actos digitales de violencia contra la mujer. Finalmente, en el ámbito de las políticas coordinadas, se recomienda, entre otras medidas, introducir la dimensión digital de la violencia contra la mujer en los planes de acción nacionales sobre la materia, la recopilación de datos sobre historial de acoso, acecho o violencia psicológica en la esfera digital que haya sufrido la víctima e involucrar al sector de las TIC y a los intermediarios de Internet en los esfuerzos para erradicar estas conductas dañinas³⁸.

El concepto más interesante que incluye la Recomendación, a nuestro juicio, por su amplitud, es el de violencia contra la mujer en su dimensión

³⁷ GREVIO *General Recommendation No. 1*, cit., §§ 15-17.

³⁸ *Ibidem*, §§ 49-57.

digital. Esta violencia abarca tanto las actividades realizadas en línea (actividades y datos disponibles en Internet, incluidos los intermediarios de Internet en la web superficial y en la web oscura) como las actividades facilitadas por la tecnología (el uso de tecnología y equipo de comunicación, incluyendo hardware y software) que conllevan comportamientos dañinos contra las mujeres y las niñas. Por tanto, incluye cualquier uso de herramientas tecnológicas con el fin de acechar, acosar, vigilar y controlar a las víctimas: el uso de teléfonos inteligentes, cámaras, equipos de grabación, sistemas de posicionamiento global (GPS) u otros dispositivos conectados a Internet, relojes inteligentes, rastreadores de actividad física y dispositivos domésticos inteligentes, y demás aplicaciones móviles que puedan facilitar la violencia³⁹.

Nos interesa mucho destacar la idea en la que hace hincapié tanto el GREVIO como los organismos internacionales que se han pronunciado sobre esta materia. Se trata del reconocimiento de que la amplia gama de actos en línea, que comprende el concepto de dimensión digital de la violencia contra la mujer, forman parte de un “continuo” de violencia que experimentan las mujeres y las niñas por razón de su género. Esto es, se trata de la misma violencia en distinto escenario. Este es el enfoque que adoptan todos los mecanismos internacionales y regionales que componen la Plataforma EDVAW que insisten en la conexión entre las experiencias de violencia que sufren las mujeres en línea y las que sufren fuera de línea⁴⁰. Desde esta perspectiva de *continuum* de violencia, el documento elaborado por la Plataforma EDVAW extrae otros enfoques clave con los que habría que abordar este problema: la visión multifactorial, en cuanto que la dimensión digital de la violencia afecta a las mujeres en función de diferentes factores como, por ejemplo, la discapacidad, la religión, la afiliación política o el origen social; la necesidad de adoptar medidas de prevención; la penalización específica de la dimensión digital de la violencia contra las mujeres; el compromiso de las empresas de internet como elemento esencial en la prevención y erradicación de las manifestaciones de violencia en el entorno digital⁴¹.

En nuestra opinión, todas las manifestaciones de violencia contra la mujer, independientemente del entorno en las que se produzcan, incluido el ámbito digital, deben abordarse y resolverse dentro del marco de la discriminación por razón de género que sufren las mujeres en relación con los hombres, y que las colocan en una situación de inferioridad en el

³⁹ *Ibidem*, § 22 ss.

⁴⁰ CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 19-23.

ejercicio de sus derechos humanos. Este aspecto es clave, a nuestro juicio, a la hora de analizar el problema de la violencia contra las mujeres en línea. No estamos ante un nuevo concepto sino ante un nuevo escenario en el que se manifiesta la misma violencia de género que sufren las mujeres y las niñas en el mundo físico; por ello, en numerosas ocasiones, las formas de violencia contra la mujer en el mundo digital y en el mundo físico se superponen, no se excluyen entre sí. La apreciación es importante porque si ignoramos el patrón de violencia de género que hay detrás de los actos violentos en el entorno digital, corremos el riesgo de pasar por alto la violencia contra la mujer en la sociedad y sus causas subyacentes basadas en la desigualdad, discriminación y nociones estereotipadas de hombres y mujeres.

Ante la inquietante realidad que se avecina con el Metaverso y la creación de mundos virtuales (realidades mixtas o realidades aumentadas), con consecuencias todavía por determinar en todos los campos del Derecho, la mera existencia de la Recomendación General GREVIO n. 1 y del documento aprobado por la Plataforma EDVAW se nos antoja muy valiosa para la protección internacional de los derechos de las mujeres en estos nuevos escenarios. Siendo valiosos estos documentos también pensamos que son insuficientes si tenemos en cuenta, como apuntan algunos autores, que el Derecho Internacional carece actualmente de regulación jurídica para las figuras clave en el desarrollo del Metaverso. Lo que no significa que exista un desierto jurídico, porque son de aplicación las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las obligaciones asumidas por los Estados de prevención y lucha contra la violencia de género independientemente del espacio en el que se produzca. La permisividad jurídica, señala Nisa Ávila, es máxima para el tratamiento de datos, perfilado, creación de hardware, software, entornos virtuales o uso de tecnologías *hápticas* que interactúan directamente con la biología humana. En opinión del autor, la ausencia total de derecho para los usuarios es un escenario propicio para el nacimiento de Estados nación privados virtuales y pone como ejemplo Vanuatu, un país del Pacífico Sur que desaparecerá bajo el agua y cuyo gobierno ha solicitado traspasarlo al Metaverso para seguir subsistiendo en el mundo virtual⁴².

⁴² J.A. NISA ÁVILA, *El Derecho internacional como eje en la transición de derechos al Metaverso*, en elderecho.com, 5 enero 2023.

3. Obligaciones de los Estados para erradicar la violencia contra la mujer en todos los contextos

Además del enfoque de género, el Convenio de Estambul adopta un enfoque holístico, integral y centrado en la víctima, que le otorga un gran valor añadido. Desde este punto de vista, el Convenio representa un modelo global para los Estados y exige de éstos una respuesta integrada al problema de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en todos los contextos. Los Estados están obligados a adoptar medidas de prevención, de persecución, de protección y de coordinación o políticas integradas (las conocidas cuatro “P”). Todas estas acciones se consideran imprescindibles para crear una Europa libre de violencia contra la mujer y de violencia doméstica.

3.1. Obligaciones generales

De forma general, el Convenio impone a los Estados dos tipos de obligaciones, una obligación de “no hacer”, la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer, y una obligación positiva de “hacer”, la obligación de tomar medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización a las víctimas por los actos de violencia cometidos por actores no estatales. El incumplimiento de ambas obligaciones hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional⁴³.

En el ámbito de la prevención, el Convenio implica a toda la sociedad en el cumplimiento de este objetivo. A los Estados, en particular, les impone obligaciones específicas para que adopten medidas en diferentes sectores como, por ejemplo, la educación. Los redactores del Convenio resaltaron el importante papel de los hombres como agentes activos en la prevención de este tipo de violencia⁴⁴. En el ámbito de la protección y apoyo a las víctimas, el Convenio establece obligaciones en relación con la instauración de servicios de apoyo especializados y servicios más generales para satisfacer las necesidades de las víctimas: información, acceso a los mecanismos de denuncia, casas de acogida, guardias telefónicas, apoyo específico a las víctimas de violencia sexual, apoyo específico a los menores expuestos a la violencia, y medidas en relación con la presentación de

⁴³ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., art. 5; *Explanatory Report*, cit., § 57 ss.

⁴⁴ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., cap. III, *Prevención*, arts. 12-17; *Explanatory Report*, cit., § 88.

denuncias por parte de cualquier persona que presencie actos de violencia y por parte de los profesionales que intervengan en estos casos⁴⁵.

El ámbito de la persecución supone, como han destacado los autores, la gran innovación del Convenio de Estambul puesto que obliga a los Estados a adoptar medidas concretas que afectan a todo su Derecho material. Obliga a modificar el derecho sustantivo y esto es realmente efectivo y relevante. Así, en el orden civil, los Estados deben asegurar que las víctimas dispongan de recursos adecuados contra el autor del acto violento. Estos recursos pueden consistir en: órdenes judiciales, indemnización, medidas en relación con los derechos de visita y custodia de los hijos y en relación con las consecuencias civiles de los matrimonios forzados⁴⁶. En el campo de la investigación y del Derecho Procesal, los Estados deben evitar que los incidentes de violencia reciban poca prioridad y para ello deben garantizar que las investigaciones y procedimientos judiciales se lleven a cabo sin demora injustificada y de manera eficaz. En el ámbito estrictamente procesal el texto introduce obligaciones para los Estados que, en nuestra opinión, tienen un gran calado. La primera de ellas consiste en no admitir como pruebas los antecedentes sexuales y el comportamiento sexual de la víctima. Esto también lo exigen los Tribunales Penales Internacionales en los crímenes de violencia sexual y tiene que ver con la especificidad de la prueba en esta materia. La segunda, la obligación de establecer que las investigaciones y los procedimientos relativos a ciertos delitos – violencia física, violencia sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzados – no dependan totalmente de la denuncia de la víctima y se puedan continuar, aunque ésta se retracte o retire la denuncia.

Centrándonos en el orden penal, el Convenio es pionero en exigir a los Estados que criminalicen las formas de violencia contra la mujer relacionadas en el texto, esto es, la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual, incluida la violación, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y esterilización forzados y el acoso sexual⁴⁷. El mandato explícito de criminalizar estas

⁴⁵ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., cap. IV, *Protección y apoyo*, arts. 18-28.

⁴⁶ *Ibidem*, arts. 29-32; *Explanatory Report*, cit., §§ 157-178.

⁴⁷ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., arts. 33-40. La violencia psicológica supone un atentado grave contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas. El acoso supone un comportamiento repetido amenazador contra otra persona que lleva a ésta a temer por su seguridad. La violencia física comprende la comisión de actos de violencia física sobre otra persona. La violencia sexual, incluida la violación, se tipifica como: «a) la penetración vaginal, anal u oral no

conductas en las legislaciones internas de los Estados es un valor añadido del Convenio con respecto a otros instrumentos internacionales. Pese a ello, en nuestra opinión, en este punto el Convenio se queda corto por no incluir otras manifestaciones de violencia contra la mujer que han sido señaladas por las Relatoras Especiales sobre violencia contra la mujer de Naciones Unidas, por ejemplo, la trata de mujeres.

En relación con las conductas tipificadas en el Convenio de Estambul queremos reflexionar sobre tres aspectos⁴⁸. El primero de ellos es sobre la criminalización de estas conductas. A pesar de que el tratado obliga a los Estados Partes a sancionar estas conductas, ello no significa que las legislaciones nacionales deban introducir necesariamente disposiciones penales para su castigo. En el caso, por ejemplo, de la violencia psicológica y del acoso, los Estados pueden imponer otro tipo de sanciones que no sean de naturaleza penal. El segundo aspecto que queremos resaltar es el enfoque neutral en cuanto al género que adopta el Convenio en la definición de los delitos. El texto define las conductas de tal manera que el sexo de la víctima no se considera un elemento constitutivo del delito. Así, salvo la mutilación genital femenina y el aborto y esterilización forzosa, que rompen con el principio de neutralidad de género, el resto de las formas de violencia que tipifica el Convenio se refieren a las personas – mujeres, niñas, hombres y niños – y no específicamente a las mujeres. La neutralidad del Convenio, en cuanto al género, le lleva a Ventura Franch a pensar que el texto parece huir de la tríada sobre la que se sustenta la violencia contra las mujeres, esto es, patriarcado, género y violencia⁴⁹. También Thill achaca al Convenio esta

consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; y c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero». Los matrimonios forzados consisten en obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio. Las mutilaciones genitales femeninas incluyen: «a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; y c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin». El aborto y esterilización forzados consisten en la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, o en la intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento. El acoso sexual supone toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona.

⁴⁸ C. MERCADO CARMONA, *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el Derecho Internacional Contemporáneo*, cit., pp. 409-411.

⁴⁹ A. VENTURA FRANCH, *op. cit.*, p. 192.

neutralidad en la definición de los delitos, a pesar de que representan la casi totalidad de la violencia machista que se produce en las sociedades europeas. En su opinión, son delitos “generizados” que se pretenden procesar desde un abordaje ciego al género⁵⁰. Otros autores, en cambio, piensan que la neutralidad tiene que ver con la idea de impedir la invisibilidad de los hombres objeto de violencia de género que, aunque en menor proporción, también la sufren⁵¹. En esta línea es oportuno recordar que ONU Mujeres distingue, entre sus términos clave, la violencia de género y la violencia contra las mujeres y las niñas. La violencia de género incluye a los hombres como posibles víctimas, por tratarse de un tipo de violencia dirigido contra una persona o grupo de personas en razón de su género; en cambio, la violencia contra las mujeres se refiere a los actos de violencia, basados en el género, que se dirigen exclusivamente contra las mujeres por el hecho de ser mujeres⁵².

El tercer aspecto que nos interesa señalar es el estándar mínimo que representa el Convenio y que no impide que los Estados puedan establecer en su Derecho interno normas más estrictas para castigar las conductas que tipifica el tratado.

Específicamente sobre las violencias sexuales es interesante apuntar que el consentimiento sigue siendo un elemento constitutivo del delito de violación y violencia sexual y que la violación marital, aunque está tipificada en el Convenio, requiere para ser castigada que el Derecho interno de cada país determine la aplicación expresa a estas violaciones.

Sobre la práctica de la mutilación genital femenina, una de las dos infracciones cuyas víctimas son necesariamente mujeres y niñas – la otra es el aborto forzoso –, el Convenio reconoce que esta violencia es una realidad en Europa, que causa daños irreparables y de por vida y que generalmente se realiza sin el consentimiento de la niña o mujer. El principio de extraterritorialidad que incorpora el tratado contribuye de manera positiva a la erradicación de esta práctica nociva. Algunos autores consideran que el Convenio de Estambul representa una oportunidad única para romper el silencio que rodea la mutilación genital femenina en Europa⁵³.

⁵⁰ M. THILL, *El Convenio de Estambul: Un análisis crítico y contextualizado*, cit.

⁵¹ V. LORUBBIO, *Violenza contro le donne e limiti delle convenzioni internazionali: solo una questione di diritti?*, en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2022, pp. 1177-1200; D. MORONDO TARAMUNDI, *Gender-based violence against women and international protection needs. The contribution of the Istanbul Convention*, en J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds.), *International Law and Violence Against Women*, Routledge, 2020.

⁵² ONU MUJERES, *Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*, en www.unwomen.org, 25 noviembre 2020.

⁵³ E. PETITPAS, J. NELLES, *op. cit.*, pp. 83-87.

En cuanto a los delitos de aborto y esterilización forzosos, el tratado los tipifica como delitos cuando se realizan de forma intencionada sin el consentimiento previo e informado de la víctima. Esta disposición del Convenio que pretende enfatizar la importancia de los derechos reproductivos de las mujeres es muy importante para la protección de la integridad de las mujeres con discapacidad, colectivo especialmente vulnerable a sufrir estas formas de violencia.

No podemos terminar este apartado sobre las obligaciones de los Estados sin hacer mención de su control, elemento imprescindible para garantizar la efectividad del Convenio. En el caso del Convenio de Estambul el órgano de control de su cumplimiento es el GREVIO, compuesto por expertos que actúan a título individual, con independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función de supervisión⁵⁴. La labor del GREVIO consiste, además de la posibilidad de elaborar Recomendaciones Generales sobre la aplicación del tratado, en el examen de los informes que los Estados están obligados a presentar sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al Convenio. La garantía de independencia del GREVIO, la difusión de sus informes y conclusiones, y la intervención obligada de los órganos parlamentarios del Consejo de Europa, son los aspectos más destacables, a nuestro juicio, del mecanismo de seguimiento diseñado en el Convenio.

En el caso de España, el GREVIO ha emitido ya un informe de evaluación que recoge los puntos que nuestro ordenamiento jurídico tiene que mejorar. Así, aún, reconociendo que España ha tenido un papel pionero en el desarrollo de un enfoque integral para el tratamiento de la violencia de género infringida por la pareja o expareja – a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género – y los esfuerzos realizados desde la ratificación del Convenio, sin embargo, existen formas de violencia contra la mujer que no se abordan de manera muy eficiente. Según el GREVIO, dado que las competencias en esta materia se comparten entre el gobierno central y los gobiernos autonómicos, existen marcadas diferencias entre los territorios en cuanto al alcance de la legislación autonómica, la prestación de servicios, y la financiación asignada. Es preciso, pues, que nuestro ordenamiento mejore en relación con aquellas formas de violencia que reciben menos atención en la legislación, en particular, la violencia sexual, el acoso sexual, el matrimonio forzoso, la mutilación genital femenina y el aborto y

⁵⁴ *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., cap. IX, *Mecanismo de seguimiento*, arts. 66-70. El Convenio también establece un órgano político, denominado Comité de las Partes, compuesto por los representantes de los Estados Partes del Convenio que coadyuvan en esta labor de control. *Vid. Explanatory Report*, cit., § 337.

esterilización forzosos⁵⁵.

3.2. Obligación de penalizar la dimensión digital de la violencia contra la mujer

La obligación general de aplicar la diligencia debida para la erradicación de las conductas y actos violentos contra las mujeres comprende también el ámbito digital. Los Estados están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para la prevención, investigación, sanción y reparación de los actos de violencia contra las mujeres y niñas facilitados o perpetrados a través de los medios digitales.

Además de esta obligación general, la Recomendación General del GREVIO añade que ciertas conductas perpetradas a través de medios digitales, en particular, la violencia psicológica, el acoso o acecho, y el acoso sexual, tienen un carácter intencional, por lo que los Estados deben sancionarlas penalmente.

La violencia psicológica en línea tiene su encaje en el art. 33 del Convenio que la tipifica como una conducta intencional que tiene como fin menoscabar gravemente la integridad psíquica de una persona mediante coacción o amenazas. La Recomendación General del GREVIO afirma que todas las formas de violencia contra la mujer perpetradas en el ámbito digital tienen este tipo de impacto y, por tanto, podrían catalogarse como violencia psicológica ejercida en línea y con el uso de la tecnología. Estas conductas pueden consistir en intimidación, amenazas a las víctimas o sus familiares, insultos, vergüenza, difamación, incitación al suicidio o a las autolesiones o abuso económico. Conductas todas ellas acentuadas y amplificadas por la cobertura que ofrece el anonimato en la red. El abuso económico es definido como el control de la capacidad de la mujer para adquirir, utilizar y mantener los recursos económicos y se puede manifestar en forma de control de las cuentas bancarias y las actividades financieras de la víctima a través de la banca por Internet, el daño de la capacidad crediticia de la víctima mediante el uso de tarjetas de crédito sin permiso o la presentación de contratos financieros a nombre de la víctima y sin hacer los pagos a tiempo.

El impacto de la violencia psicológica se acentúa y radicaliza en el contexto de la violencia doméstica, que adquiere una nueva dimensión cuando, por ejemplo, la pareja está en posesión de imágenes íntimas de la víctima o

⁵⁵ GREVIO, *Primer informe de evaluación de España*, 2020, GREVIO/Inf(2020)19, *Observaciones Finales*, § 303 ss.

utiliza la tecnología para rastrear su paradero. En estos casos, el coste mental y físico de la violencia es devastador para las mujeres. Conviene recordar que todas estas conductas son delictivas en sí mismas, con independencia de la dimensión de género, si bien, el documento del GREVIO se centra en su especificidad en cuanto que se producen en el marco de lo que constituye violencia contra la mujer.

Un aspecto interesante que destaca la Recomendación General del GREVIO es la posibilidad de que conductas individuales que en principio no constituyen delito puedan evolucionar con el tiempo en violencia psicológica, cuando se combinan con la repetición incontrolada por Internet. Es el caso, por ejemplo, de la burla intencionada que se difunde entre un gran número de personas y de forma repetitiva⁵⁶.

El acoso en línea, y facilitado por el uso de las TIC, es una conducta que puede encajar en el tipo de acoso recogido en el art. 34 del Convenio que lo tipifica como «conducta intencional consistente en realizar repetidamente una conducta amenazante dirigida a otra persona que le haga temer por su seguridad». Las prácticas de acoso en línea incluyen amenazas de carácter sexual, económico, físico o psicológico; daños en la reputación; seguimiento y recopilación de información privada de la víctima; suplantación de identidad; hostigamiento con cómplices para aislar a la víctima; vigilancia o espionaje a la víctima en sus redes sociales o plataformas de mensajería, correos electrónicos y teléfono; robo de contraseñas; *hackeo* de sus dispositivos para acceder a espacios privados; suplantación de identidad de la víctima o seguimiento a través de dispositivos tecnológicos⁵⁷.

El acoso sexual en línea comprende una larga lista de comportamientos que recoge la Recomendación General del GREVIO y que se pueden incluir en el art. 40 del Convenio que define este tipo de acoso como «cualquier forma de conducta verbal, no verbal o física no deseada de carácter sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando crea un entorno intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo». Constituye acoso sexual en línea los actos que impliquen compartir imágenes o videos sin consentimiento; producir o adquirir de manera no consentida imágenes o videos íntimos; ejercer la explotación, coerción y amenazas; acosar sexualmente; y realizar prácticas que constituyen el denominado *cyberflashing*, entre las que se encuentran: el intercambio no consentido de imágenes desnudas o sexuales de una persona o las amenazas de hacerlo (también conocido como “pornografía

⁵⁶ GREVIO *General Recommendation No. 1*, cit., §§ 42-48.

⁵⁷ *Ibidem*, §§ 40-41.

de venganza”); la toma, producción o adquisición no consentida de imágenes o videos íntimos, así como, la producción de imágenes alteradas digitalmente en las que la cara o el cuerpo de una persona se superponen en una imagen pornográfica (conocido como “pornografía falsa”); la extorsión sexual, amenazas de violación, suplantación de identidad; la circulación de rumores sobre el presunto comportamiento sexual de una víctima, publicación de comentarios sexualizados debajo de las publicaciones o fotos de la víctima, “exhibir” a alguien sin su consentimiento con el fin de asustar, amenazar y avergonzar su cuerpo; el envío de imágenes sexuales no solicitadas a través de aplicaciones de citas o mensajería (*flasheo* cibernético)⁵⁸. En este punto hubiese sido interesante que la Recomendación General hubiese incorporado una cláusula abierta que permitiese incluir otras conductas de la misma naturaleza que vayan surgiendo en función de los avances tecnológicos.

Compartimos con el GREVIO la asociación de estas conductas con el discurso del odio. Muchos de los actos de *cyberflashing* contribuyen a crear un clima social en el que las mujeres son degradadas y esa degradación es el primer paso en el proceso hacia la violencia física, el abuso sexual, e incluso la violación. Por esta razón, según la Recomendación General del GREVIO, el discurso de odio sexista se entendería tipificado como una conducta que los Estados están obligados a sancionar en aplicación del art. 40 del Convenio de Estambul⁵⁹.

4. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

No cabe duda de que la valiosa jurisprudencia de los tribunales internacionales ha contribuido de manera efectiva a la protección de la integridad de las mujeres frente a las distintas formas de violencia basada en su género. Las deficiencias y lagunas del sistema universal y de los sistemas regionales de derechos humanos han sido suplidas gracias a la labor desarrollada por los tribunales de derechos humanos y los Tribunales Penales Internacionales. Un lugar destacado hay que otorgarle al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas decisiones han permitido que los derechos de las mujeres frente a actos de violencia basados en su género hayan encontrado amparo en las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁰.

⁵⁸ *Ibidem*, §§ 37-38.

⁵⁹ *Ibidem*, § 39.

⁶⁰ C. MERCADO CARMONA, *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el Derecho Internacional Contemporáneo*, cit., pp. 388-392.

La doctrina ha señalado una evolución positiva de la jurisprudencia del TEDH en el tratamiento de la violencia contra las mujeres. De la ausencia de cualquier referencia a la cuestión de género en sus primeras decisiones sobre agresiones a las mujeres, el tribunal evolucionó hacia una progresiva ampliación de los derechos que se ven lesionados en casos de violencia contra la mujer. Esta evolución ha tenido su máxima expresión a partir de la primera década de este siglo, en la que se puede observar un incremento de los casos resueltos con un mismo enfoque y consideración de que este tipo de violencia lesiona los derechos fundamentales establecidos en el CEDH, tales como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), o el derecho a no sufrir tortura o malos tratos (art. 3 CEDH). Este reconocimiento muestra la importancia que otorga el tribunal a las agresiones contra las mujeres basadas en su género, aunque se produzcan en un ámbito íntimo y por actores privados.

La mayoría de los asuntos presentados ante el TEDH han consistido en agresiones sexuales a mujeres, aunque en los últimos años han proliferado los asuntos referidos a violencia doméstica, en los que la víctima ha sido objeto de maltrato por parte de su pareja durante la relación o una vez acabada ésta. El asunto más emblemático y representativo del TEDH es el caso *Opuz vs Turkey*⁶¹, cuya sentencia representa un hito, a juicio de la doctrina, por los valiosos y valientes pronunciamientos en relación con la violencia doméstica contra las mujeres, considerada en la sentencia como un acto de carácter discriminatorio. El Tribunal consideró que el art. 2 CEDH, que garantiza el derecho a la vida, impone al Estado, no solo una obligación negativa de abstenerse de privar a alguien de su vida, sino también una obligación positiva de tomar medidas para salvaguardar las vidas de las personas que están bajo su jurisdicción y que no sean objeto de tortura, o de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por individuos privados. En el asunto *B. vs The Republic of Moldova*⁶², el tribunal señala de nuevo que el art. 1 del Convenio, en conjunción con el art. 3, impone a los Estados obligaciones positivas para asegurar a las personas que están bajo su jurisdicción la protección contra todas las formas de malos tratos, incluso cuando esos malos tratos provienen de un particular. Estos mismos argumentos fueron esgrimidos por el tribunal en el asunto *Eremia and Others vs The Republic of Moldova*⁶³. En otras sentencias importantes – casos *Izvebekhai and Others vs Ireland*⁶⁴,

⁶¹ STEDH 9 junio 2009, Application n. 33401/02.

⁶² STEDH 6 julio 2013, Application n. 61382/09.

⁶³ STEDH 28 agosto 2013, Application n. 3564/11.

⁶⁴ STEDH 17 mayo 2011, Application n. 43408/08.

*Rantsev vs Cyprus and Russia*⁶⁵, *Branko Tomašić and Others vs Croatia*⁶⁶, *Durmaz vs Turkey*⁶⁷, *Kurt vs Austria*⁶⁸, *S.M. vs Croatia*⁶⁹, *Volodina vs Russia*⁷⁰ – el tribunal se pronuncia también sobre la mutilación genital femenina, la trata y las obligaciones positivas de los Estados en orden a garantizar el derecho a la vida de las mujeres.

Los casos de agresión y violencia sexual se han enjuiciado como una infracción del art. 8 CEDH – respeto a la vida privada y familiar – y como una forma de tortura y malos tratos contraria al art. 3 CEDH. Así, en el asunto *X and Y vs The Netherlands*⁷¹ el tribunal estimó que un acto de violencia contra una mujer cometido por un particular infringía el derecho a la vida privada y familiar. En el asunto *Aydin vs Turkey*⁷² consideró que las agresiones sexuales sufridas por la víctima se podían considerar como una forma de tortura. En el asunto *MC vs Bulgaria*⁷³, afirmó que la obligación positiva de los Estados consiste en promulgar disposiciones de Derecho Penal que penalicen eficazmente la violación y en aplicar dichas disposiciones mediante investigaciones y procesos judiciales eficaces.

La necesidad de que el Estado lleve a cabo una investigación oficial eficaz fue tratada en el citado asunto *Branko Tomašić*, en el que el tribunal apuntó que el aspecto procesal del art. 2 CEDH implica el deber de llevar a cabo una investigación efectiva para asegurar la aplicación de las leyes nacionales que protegen el derecho a la vida. Lo mismo señala en el citado asunto *Durmaz*, caso de violencia doméstica con resultado de muerte, en el que advierte que cualquier deficiencia en una investigación puede dar lugar al incumplimiento de la norma de la debida diligencia por parte del Estado⁷⁴. Siguiendo la estela positiva de la jurisprudencia del TEDH, la reciente sentencia del caso *Buturuga vs Romania*⁷⁵ cobra una especial relevancia porque hace referencia por primera vez a la dimensión digital de la violencia

⁶⁵ STEDH 7 enero 2010, Application n. 25965/04.

⁶⁶ STEDH 15 enero 2009, Application n. 46598/06.

⁶⁷ STEDH 13 noviembre 2014, Application n. 3621/07.

⁶⁸ STEDH 4 julio 2019, Application n. 62903/15.

⁶⁹ STEDH 19 julio 2018, Application n. 60561/14.

⁷⁰ STEDH 9 julio 2019, Application no. 41261/17.

⁷¹ STEDH 26 marzo 1985, Application n. 8978/80.

⁷² STEDH 25 septiembre 1997, 57/1996/676/866.

⁷³ STEDH 4 diciembre 2003, Application n. 39272/98.

⁷⁴ Cfr. los asuntos *Opuz vs Turkey*, cit., §§ 128, 153 y 159; *B. vs The Republic of Moldova*, cit.; *Eremia and Others vs The Republic of Moldova*, cit. § 49; *Branko Tomašić and Others vs Croatia*, cit., §§ 49, 61 y 62; *Durmaz vs Turkey*, cit.; *X and Y vs The Netherlands*, cit., § 23; *Aydin vs Turkey*, cit., § 86; *MC vs Bulgaria*, cit.; STEDH 24 septiembre 2013, N.A. c. *Republique de Moldova*, requête n. 13424/06, §§ 63 y 65; *Kurt vs Austria*, cit.; *S.M. vs Croatia*, cit.; *Volodina vs Russia*, cit.

⁷⁵ STEDH 11 febrero 2020, Application n. 56867/15.

contra la mujer en un caso de violencia doméstica. En esta importante sentencia, el tribunal considera el ciberacoso, esto es, la utilización de los medios tecnológicos para llevar a cabo conductas dañinas, como una forma de violencia contra las mujeres que puede adoptar múltiples formas: violaciones cibernéticas a la privacidad, captura de información, acceso a ordenadores, intercambio y manipulación de datos e imágenes, etc.

En el caso que nos ocupa, la Sra. Buturuga denunció a su ex marido por haber accedido a sus cuentas de correo electrónico y redes sociales sin su permiso, para copiar conversaciones privadas, documentos y fotografías. Rumanía desestimó su denuncia por no considerar que esta conducta tuviera suficiente gravedad para considerarla delito y negó que estos hechos estuvieran relacionados con las amenazas de violencia física y amenazas de muerte que la mujer recibía de su exmarido. Frente a ello, el TEDH argumentó que el Estado rumano no había abordado los hechos denunciados de manera correcta, como integrantes de un caso de violencia doméstica, que incluye la utilización de medios tecnológicos y cuestionó a las autoridades rumanas por no considerar estos hechos suficientemente graves ni emprender una investigación con perspectiva de género. Rechazó los argumentos del Estado rumano concluyendo que éste había incumplido sus obligaciones positivas en relación con el art. 3 CEDH (prohibición de tortura, tratos o penas inhumanas o degradantes) y en relación con el art. 8 CEDH (prohibición de injerencia en la vida privada y familiar).

Algunos autores reprochan al tribunal que la sentencia haya examinado las cuestiones vinculadas a los malos tratos en relación con el art. 3 CEDH, y los hechos relativos a la violación de la privacidad en relación con el art. 8 CEDH, de lo que infieren que para el tribunal la violencia digital no está incluida como una forma especial de maltrato. También se le ha reprochado al tribunal que la sentencia no tenga en cuenta el contexto discriminatorio contra las mujeres en el Estado que sucedieron los hechos, poniendo de manifiesto que la perspectiva de género continúa siendo una deuda pendiente en la agenda del TEDH que debe abordar con mayor profundidad⁷⁶.

Sin dejar de lado estas opiniones, lo destacable, a nuestro modo de ver, es el valor que tiene el pronunciamiento de un tribunal internacional de derechos humanos sobre la dimensión digital de la violencia contra la mujer. Esta sentencia sentará doctrina y obligará a los Estados a considerar el ciberacoso y las conductas dañinas contra las mujeres mediante el uso de medios tecnológicos, en un contexto digital, como una forma de violencia

⁷⁶ J.T. ÁLVAREZ, *Ciberacoso, violencia de género, TEDH, Case of Buturuga v. Romania, 11 de febrero de 2020*, en *Debates sobre Derechos Humanos*, 2020, n. 4.

contra la mujer y violencia doméstica, un continuo de la violencia de género que sufren las mujeres en la vida real y no como episodios aislados neutros al género de violación de la privacidad.

Los pronunciamientos del TEDH en esta sentencia no han tenido aún reflejo en nuestro Tribunal Supremo, a tenor de su reciente Sentencia STS 15/2023, de 19 de enero, en la que se ha enjuiciado un caso similar, una conducta dañina hacia una mujer por parte de su expareja utilizando los medios tecnológicos. En este caso, el exmarido instaló una cámara de vigilancia en el dormitorio de la mujer con la lente enfocada a su cama y con la intención de controlar sus movimientos. La cámara la activaba con la clave privada de la mujer de acceso al rúter. La sentencia del Supremo condena a prisión al hombre como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal (CP), con la agravante de parentesco. Aunque la mujer se sentía intimidada y acosada por su expareja y esto le provocaba crisis de ansiedad – así lo recoge la sentencia – el tribunal se planteó el asunto desde la perspectiva neutral de la protección de secretos.

En nuestra opinión, si se aplicase al caso un enfoque de género y se tuviesen en cuenta los estándares internacionales que hemos visto en epígrafes anteriores sobre la dimensión digital de la violencia contra la mujer, los hechos constituirían un supuesto de ciberacoso que encaja en la definición de las conductas de acoso tipificadas en el art. 34 del Convenio de Estambul. Este delito fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma del CP español de 2015 (art. 172-ter) para dar cumplimiento al Convenio de Estambul⁷⁷, si bien, el delito se recoge de manera neutra, en cuanto al género, y el autor de este delito recibe un castigo inferior al previsto para el autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Esto nos hace pensar en la timidez y cortedad de nuestras reformas legislativas a la hora de adaptarse a las normas internacionales y, en particular, al Convenio de Estambul, y pone en evidencia, a nuestro juicio, que nuestro legislador no le ha dado aún a estas formas de violencia contra la mujer la importancia y relevancia que le han dado las normas internacionales.

⁷⁷ La reforma del Código Penal de 2015 introdujo modificaciones relativas a: la incorporación de la agravante de género; el nuevo tipo de acoso, hostigamiento, acecho o *stalking*; la tipificación de los matrimonios forzados; el castigo penal a la divulgación no autorizada de imágenes o sexting; la incorporación de la trata de seres humanos o de la apología de la violencia de género como delito de odio (LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español). El art. 172-ter CP recoge el delito de acoso.

5. Conclusiones

El Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, Convenio de Estambul, trajo consigo los avances más significativos que ha conseguido el Derecho Internacional contemporáneo en materia de violencia contra la mujer por vía convencional. Es destacable el enfoque integral que incorpora el tratado – las denominadas cuatro “P”: prevención, protección, persecución y políticas integradas – y su enfoque transfronterizo; la extensión de su ámbito de aplicación a las niñas, a situaciones de conflicto armado y a las mujeres migrantes y solicitantes de asilo; la plasmación explícita del principio de la debida diligencia como fundamento de la responsabilidad de los Estados; su incidencia en el Derecho material de los Estados que en el ámbito penal se materializa en la criminalización de algunas formas de violencia contra la mujer.

Han sido los organismos y mecanismos internacionales especializados en la defensa de la integridad y los derechos de las mujeres los que han tomado la iniciativa para establecer directrices que orienten a los Estados a hacer frente a la dimensión digital de la violencia contra las mujeres y las niñas, que no es más que un *continuum* de la violencia que sufren en el mundo físico por razón de su género. La Recomendación General GREVIO n. 1 y el documento aprobado por los mecanismos y organismos internacionales que componen la Plataforma EDVAW representan un claro compromiso de la comunidad internacional para la erradicación de la violencia contra la mujer en el entorno digital, un entorno complejo, cambiante, aún desconocido, donde proliferan actos y conductas dañinas hacia las mujeres y las niñas.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular del TEDH, ha contribuido de forma muy valiosa y efectiva a la protección de los derechos de las mujeres frente a las distintas formas de violencia basada en su género que se producen en todos los contextos, incluido el virtual.

En nuestra opinión, las herramientas que se han mostrado hasta el momento más útiles y eficaces para proteger la integridad física y moral de las mujeres frente a los ataques que reciben por razón de su género, en todos los ámbitos y contextos, provienen del Derecho Internacional. Tenemos el convencimiento de que los Estados no cambiarán sus leyes, políticas e instituciones para erradicar este problema social sin el mandato y orientación de la norma internacional.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ J.T. (2020), *Ciberacoso, violencia de género*, TEDH, *Case of Buturuga v. Romania*, 11 de febrero de 2020, en *Debates sobre Derechos Humanos*, n. 4, pp. 361-366
- AMNESTY INTERNATIONAL (2018), [Toxic Twitter](#)
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2006), *Hacer los derechos realidad. Campaña para combatir la violencia contra las mujeres*
- CASANOVAS O., RODRIGO Á.J. (2018), *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos
- CHARLESWOTH H., CHINKIN C. (2000), *The boundaries of International law: a feminist analysis*, Manchester University Press
- CONSEJO DE EUROPA (2022), [La dimensión digital de la violencia contra la mujer abordada por los siete mecanismos de la Plataforma EDVAW](#)
- COUNCIL OF EUROPE (2011), *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2014), *Violence against women: an EU-wide survey. Main results report*
- GREVIO (2020), *Primer informe de evaluación de España*, GREVIO/Inf(2020)19
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA E., ARBUET-VIGNALI H., PUCEIRO RIPOLL R. (2005), *Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras*, Fundación de Cultura Universitaria, tomo I
- LAXTON C. (2014), [Virtual World, Real Fear. Women's Aid report into online abuse, harassment and stalking](#), Women's Aid
- LORUBBIO V. (2022), *Violenza contro le donne e limiti delle convenzioni internazionali: solo una questione di diritti?*, en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, pp. 1177-1200
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2014), *El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género*, en *Aequalitas*, n. 35, pp. 6-15
- MERCADO CARMONA C. (2019), *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga
- MERCADO CARMONA C. (2017), *La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 30, pp. 213-239
- MIJATOVIC D. (2021), [El Convenio de Estambul salva las vidas de mujeres](#), en [www.dw.com](#), 11 mayo
- MORONDO TARAMUNDI D. (2020), *Gender-based violence against women and international protection needs. The contribution of the Istanbul Convention*, en J. NIEMI, L.

- PERONI, V. STOYANOVA (eds.), *International Law and Violence Against Women*, Routledge
- NACIONES UNIDAS (2021), *Balance de la iniciativa de creación de observatorios contra el feminicidio*, A/76/132
- NACIONES UNIDAS (2021), *La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Dubravka Šimonović, A/HRC/47/26
- NACIONES UNIDAS (2017), *Intensificación de los esfuerzos para prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas: la violencia doméstica*, A/RES/71/170
- NACIONES UNIDAS (2015), *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, A/70/209
- NACIONES UNIDAS (2015), *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: eliminación de la violencia doméstica*, A/HRC/29/L.16/Rev.1
- NACIONES UNIDAS (2006), *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General*, A/61/122
- NISA ÁVILA J.A. (2023), *El Derecho internacional como eje en la transición de derechos al Metaverso*, en elderecho.com, 5 enero
- OMS (2014), *La violencia contra las mujeres*, Factsheet, n. 239
- ONU MUJERES (2020), *Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*, en www.unwomen.org, 25 noviembre
- ONU MUJERES (2013), *Declaración de Lakshmi Puri, Directora Ejecutiva Adjunta, ONU Mujeres en el evento paralelo del Consejo de Europa: "Violencia contra las mujeres: nuestra preocupación, nuestra respuesta"*, en www.unwomen.org, 4 marzo
- ONU MUJERES (2013), *Hechos y cifras: acabar con la violencia contra las mujeres y niñas*
- PETTIPAS E., NELLES J. (2015), *El Convenio de Estambul: nuevo tratado, nueva herramienta*, en *Revista Migraciones Forzadas*, n. 49, pp. 83-87
- PLAN INTERNATIONAL, *Free to be online? Girls' and young women's experiences of online harassment. Executive Summary*, 2020
- THILL M. (2020), *El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género*, en *IgualdadES*, n. 2, pp. 157-196
- THILL M. (2017), *El Convenio de Estambul: Un análisis crítico y contextualizado*, en *Labrys*, n. 31, pp. 1-14
- USHAKOVA T. (2013), *La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 31-48

VENTURA FRANCH A. (2016), *El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica*, en *Revista de Derecho Político*, n. 97, pp. 179-208

Páginas web

Case-Law of the European Court of Human Rights: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>

Consejo de Europa: <https://www.coe.int/es/web/portal/home>

General Recommendations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations>

Istanbul Convention: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/home>

News of the European Parliament: <https://www.europarl.europa.eu/news/en>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: https://www.ohchr.org/es/ohchr_homepage

World Health Organization (WHO): <https://www.who.int/>

El cómputo del Servicio Social de la Mujer para acceder a la pensión de jubilación anticipada y jubilación parcial

Matthieu CHABANNES*

RESUMEN: Hasta fechas muy recientes, el tiempo que las mujeres invirtieron en el Servicio Social Femenino (1937-1978) no computaba a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización requerido para acceder a la jubilación anticipada o parcial, algo que, sin embargo, si se tuvo siempre en cuenta con el tiempo que los hombres prestaron en el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria. Esta diferencia de trato discriminatoria fue corregida por el Tribunal Supremo en 2020. La STS 115/2020 tuvo gran trascendencia práctica puesto que, llevó al Tribunal Superior de Justicia a reconocer este mismo derecho para el Régimen de Clases Pasivas y al legislador a modificar el régimen jurídico de la jubilación anticipada y parcial (arts. 207, 208 y 215 LGSS). Con esta aplicación de la perspectiva de género se elimina una de las numerosas discriminaciones históricas que han sufrido las mujeres en el ámbito laboral y de la Seguridad Social lo que contribuye a avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria.

Palabras clave: Jubilación anticipada, jubilación parcial, periodo mínimo de cotización, servicio social de la mujer, principio de igualdad de trato y de oportunidades.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Jubilación anticipada, período de carencia y Servicio Social de la Mujer. 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo 115/2020, de 6 de febrero de 2020. 2.2. La trascendencia práctica de la doctrina. 2.3. El Servicio Social de la Mujer y jubilación anticipada en el Régimen de Clases Pasivas del Estado: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 102/2022, de 9 de marzo de 2022. 3. Reflexiones finales. 4. Bibliografía.

* Profesor e Investigador Contratado (FPU) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid (España).

Computation of the Women's Social Service to Access Early Retirement and Partial Retirement Pension

ABSTRACT: Until very recently, the time that women invested in the Women's Social Service (1937-1978) did not count towards reaching the minimum contribution period required to access early or partial retirement, something that, however, was always taken into account with the time that men served in mandatory military service or alternative social service. This discriminatory treatment was corrected by the Supreme Court in 2020. Ruling No. 115/2020 had great practical significance, as it led the Higher Court of Justice to recognize this same right for the Passive Classes Regime and the legislature to modify the legal regime of early and partial retirement (arts. 207, 208 and 215 of the General Law on Social Security). With this application of a gender perspective, one of the numerous historical discriminations that women have suffered in the workplace and in the Social Security system is eliminated, contributing to advancing towards a more just and egalitarian society.

Key Words: Early retirement, partial retirement, minimum contribution period, women's social service, equal treatment and opportunities.

1. Introducción

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga a los trabajadores que han dejado de trabajar total o parcialmente debido a su edad y que cumplen con los requisitos legales. Tanto por el número de perceptores, su cuantía como por su carácter de pensión vitalicia, constituye la piedra angular de nuestro sistema de Seguridad Social. No obstante, las tendencias demográficas actuales como el envejecimiento de la población (consecuencia del aumento de la esperanza de vida y de la disminución de la tasa de natalidad), están alterando la estructura de la pirámide de la población y la relación entre los pensionistas y la población activa. Para abordar estos desafíos el legislador ha venido implementando reformas con el fin de garantizar unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles a corto, medio y largo plazo. La Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y posteriormente el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo modificaron sustancialmente el régimen jurídico de la jubilación, para asegurar la viabilidad del sistema. Se incrementó la edad de acceso a la jubilación, el cálculo de la base reguladora y la escala que determina el número de años cotizados necesarios para tener derecho al cien por cien de la base reguladora, y se endurecieron los requisitos para acceder a las modalidades de jubilación anticipada y parcial. Respecto a estas últimas, la Ley General de Seguridad Social (LGSS) reconoce varias posibilidades para jubilarse con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación:

- la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador: El art. 207 LGSS permite jubilarse a una edad que sea inferior a cuatro años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación según el período cotizado en el momento del hecho causante. Así, a partir del año 2027, la edad mínima exigida será de 61 o 63 años según acredite más o menos de 38 años y 6 meses de cotización, respectivamente. Además, la persona interesada debe acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años;
- la jubilación anticipada por voluntad del trabajador: El art. 208 LGSS permite jubilarse a una edad que sea inferior a dos años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación según el periodo cotizado en el momento del hecho causante. Así, a partir del año 2027, la edad mínima exigida será de 63 o 65 años según acredite más o menos de 38 años y 6 meses de cotización respectivamente. Para esta modalidad de jubilación anticipada, se exige además un período mínimo de cotización efectiva de

35 años;

- la jubilación parcial (anticipada con contrato de relevo): el art. 215 LGSS exige tener cumplida en la fecha del hecho causante la edad de 65 o de 63 años cuando se acrediten 36 años y 6 meses de cotización, si bien tales requisitos entrarán plenamente en vigor a partir del 1º de enero de 2027. Además, se exige un periodo mínimo de cotización de 33 años.

Por tanto, se aprecia como el legislador exige la acreditación de periodos mínimos de cotización muy extensos (33 o 35 años) lo que hace realmente difícil su acceso y, por tanto, limitado a las personas con carreras de cotización más largas y estables. Además, esta condición que en principio parece neutra no presenta las mismas repercusiones para las mujeres que para los hombres.

Por un lado, las mujeres presentan carreras de cotización más cortas que las de los hombres porque son ellas las que ven perjudicadas sus carreras de cotización por la maternidad y los cuidados de hijos y familiares. En este sentido, el número de mujeres que acceden a las modalidades de jubilación anticipada es considerablemente inferior al de los hombres. Según las últimas estadísticas facilitadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en 2022, para el número de altas por jubilación por modalidad y género, se constata que las mujeres que acceden a las jubilaciones anticipadas suponen un 24,6% del total frente a un 37,31% para los hombres¹.

Por otro lado, para la jubilación anticipada (voluntaria e involuntaria) las pocas mujeres que consiguen cumplir y acceder a estas modalidades se encuentran con otro elemento penalizador: los coeficientes reductores. Como es sabido, la penalización que se aplica mediante los coeficientes reductores es mayor cuando se acredita un menor tiempo de cotización. En este sentido, las mujeres no solamente tienen más dificultades para acceder a la jubilación anticipada, sino que además serán las que sufrirán los coeficientes más regresivos.

Al respecto, cabe señalar la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha introducido importantes modificaciones en relación con la jubilación anticipada. Siguiendo la línea reformista operada durante la última década, se trata de fomentar la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación, favorecer las carreras de cotización más largas con el propósito principal de reforzar la sostenibilidad del sistema. Conservando los

¹ MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Informe Económico-Financiero para los Presupuestos de la Seguridad Social de 2023*, 2022, p. 219.

elementos estructurales de las modalidades de jubilaciones anticipada, esta reforma ha incidido en dos aspectos relevantes, a saber, en los coeficientes reductores que pasan a ser mensuales en lugar de trimestrales y que, a partir de ahora, se aplican sobre la cuantía de la pensión y no sobre la base reguladora, como ocurría hasta ahora². Los requisitos de acceso a la jubilación anticipada, relacionados en los apartados del art. 207.1 LGSS, no han sido modificados, salvo un añadido en su letra *b* para considerar como período cotizado el del “servicio social femenino obligatorio”.

En cualquier caso, tanto para los supuestos de jubilación anticipada como para la jubilación parcial, la norma establecía dicha reforma que para acreditar los períodos mínimos de cotización efectiva se reconoce el período de prestación del servicio de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. Este precepto ha dado lugar a pronunciamientos dispares por parte de nuestros tribunales para determinar si el Servicio Social de la Mujer debe tenerse en cuenta para acreditar el período mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria para los hombres. Este litigio fue resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 115/2020, de 6 de febrero de 2020 (rec. 3801/2017), que pasamos a analizar seguidamente. En segundo lugar, pretendemos poner de relieve la trascendencia práctica de la doctrina por el impacto significativo e inmediato que causó con la modificación del criterio del INSS, así como del régimen jurídico de la jubilación parcial y anticipada. Por último, centraremos nuestro análisis en la sentencia del TSJ de Madrid 102/2022, de 9 de marzo, que basándose en la doctrina del TS, extiende dicho reconocimiento a las mujeres funcionarias integradas en el Régimen de Clases Pasivas.

2. Jubilación anticipada, periodo de carencia y Servicio Social de la Mujer

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo 115/2020, de 6 de febrero de 2020

El día 6 de febrero de 2020, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 115/2020, siendo Ponente la excma Sra. Magistrada Dña. María

² Ley 21/2021.

Luisa Segoviano Astaburuaga³.

Los antecedentes de hecho son sencillos. La demandante nacida en 1952 solicitó en 2016 pensión de jubilación anticipada que le fue denegada por el INSS por no acreditar el periodo mínimo de cotización, al faltarle 7 días para completar la carencia exigida. En efecto, la interesada acredita 12.677 días y necesita 12.684 días. La actora presentó reclamación administrativa previa en la que aportó un certificado del Ministerio de Hacienda en el que consta que se incorporó al Servicio Social de la Mujer el día 1º de abril de 1968, terminando el mismo y expidiéndose certificado ordinario de la prestación el 9 de mayo de 1968, obteniendo además una bonificación de 100 días. En este sentido, la actora pide que este tiempo le sea computado para completar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada. No obstante, el INSS desestimó dicha reclamación porque entendió que el Servicio Social Femenino no servía para acreditar el periodo mínimo exigido ya que este supuesto no viene contemplado en el art. 208 LGSS.

Contra dicha desestimación de su reclamación administrativa, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social n. 33 de Barcelona, que dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2017, estimando la pretensión de la demandante y reconociendo el derecho de esta a acceder a la pensión de jubilación anticipada, condenando al INSS a su abono desde la fecha del hecho causante. Sin embargo, la representación letrada del INSS formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia en fecha 15 de junio de 2017 (rec. 2308/2017), en la que estima el recurso de suplicación que formula el INSS y revoca la resolución de instancia. La Sala consideró que el tiempo que la actora realizó el Servicio Social de la Mujer no implicaba obligación por parte de las autoridades competentes en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización y por tanto no cabe reconocérsele dicho período a efectos del cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación que tiene reconocida.

Contra dicha sentencia, la parte actora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 11 de octubre de 2016 (rec. 1821/2016)⁴. En esta sentencia, la Sala de lo Social del TSJ ha

³ Para un análisis completo de la Sentencia ver B. GARCÍA ROMERO, *Cómputo del tiempo de prestación del Servicio militar de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social. STS-SOC núm. 115/2020, de 6 de febrero*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 2.

⁴ Para un comentario sobre esta sentencia, *vid.* E. ERRANDONEA ULAZIA, *La jubilación anticipada y el servicio social femenino. ¿Debe incluirse dicho servicio social femenino dentro de la prestación*

reconocido a una mujer a la que le faltaban 19 días de cotización para acceder a la jubilación anticipada el tiempo que dedicó al Servicio Social de la Sección Femenina. El juzgado entendió que ese servicio social es, a estos efectos, equiparable a la prestación social sustitutoria del servicio militar y que ha de ser computado para causar pensión de jubilación en aras a evitar discriminación por razón de sexo, deduciendo que habría durado al menos los 90 días pretendidos, por ser la duración mínima, en línea con una resolución previa del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura⁵.

Pues bien, el Tribunal Supremo empieza recordando que el Decreto de 7 de octubre de 1937 creó el Servicio social obligatorio de la mujer, aprobándose su Reglamento por Decreto de 28 de noviembre de 1937. Posteriormente, su régimen fue modificado por los Decretos de 31 de mayo de 1949 y 9 de febrero de 1944, sin que dichas modificaciones afectaran sustancialmente a los principios a los que se basaba el Servicio Social. Además, se deben tener en cuenta las órdenes ministeriales de 21 de noviembre de 1944 y de 26 de noviembre de 1946. El Servicio Social femenino fue creado dentro de la Sección Femenina de la Falange Española y desempeñó un papel importante en el campo del auxilio social durante el régimen franquista. Este servicio tenía como objetivo cumplir una función similar al servicio militar obligatorio para hombres. Era una prestación obligatoria para mujeres solteras entre 17 y 35 años que deseaban acceder a trabajos remunerados, títulos académicos u oficiales, unirse a asociaciones, obtener pasaportes o licencias de conducir. El Servicio Social Femenino podía durar entre 6 meses y 3 años y abarcaba diversas actividades, desde la colaboración en hospitales hasta la ayuda en orfanatos o comedores infantiles, y la asistencia en tareas de bibliotecas. Finalmente, el RD 1914/1978, de 19 de mayo, suprimió el Servicio Obligatorio de la mujer.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo aclara desde un primer momento que, de acuerdo con los arts. 4 y 15 de la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), la interpretación de las normas debe favorecer el principio de igualdad de trato y oportunidades como un principio fundamental del ordenamiento jurídico. En este sentido, se debe realizar una ponderación para determinar cuál de las soluciones posibles es más efectiva para garantizar dicho principio. Por su parte, el art. 1.4 del Código Civil reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y oportunidades, la cual se aplica cuando no existe una norma específica aplicable al caso. En nuestro ordenamiento

social sustitutoria del servicio militar? Comentario a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de octubre de 2016, rec. núm. 1861/2016, en Trabajo y Seguridad Social – CEF, 2017, n. 406.

⁵ STSJ Extremadura 438/2014, de 9 de septiembre.

jurídico, no hay ninguna norma que considere el Servicio Social de la mujer como periodo cotizado para cumplir con el periodo mínimo de cotización requerido para la jubilación parcial, lo que refleja la falta de consideración del valor de igualdad de sexos que debió haberse tenido en cuenta.

A continuación, el Tribunal Supremo recuerda que el principio de integración de la dimensión de género es vinculante para todos los poderes del Estado, incluyendo el legislativo, ejecutivo y judicial. Por lo tanto, los jueces y tribunales tienen la obligación de considerar la perspectiva de género al ejercer su poder jurisdiccional, como lo estipula el art. 117.3 CE. Además, el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres es un principio rector del ordenamiento jurídico y debe tenerse en cuenta en la interpretación de las leyes.

En concreto, el art. 208.1 LGSS reconoce, a los solos efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada, el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. Sin embargo, el servicio militar obligatorio sólo era realizado por los hombres, lo que significa que se estaba reconociendo un periodo no cotizado, a efectos de acceder a la jubilación anticipada, únicamente a los varones.

No se puede argumentar que a las mujeres no se les podía reconocer dicho derecho ya que no realizaban el servicio militar, ya que a estas se les exigía a cambio la realización del Servicio Social de la mujer. A pesar de esto, dicho periodo no era reconocido a efectos de acceder a la jubilación anticipada. En ambos casos, la prestación del servicio era obligatoria, pero el legislador decidió computar únicamente el servicio militar obligatorio de los hombres para complementar el periodo de cotización exigido en el art. 208.1.b LGSS⁶.

Es importante resaltar que la finalidad de ambas prestaciones era similar, y en ninguna de las dos prestaciones existía obligación de cotizar a la Seguridad Social. Por ello, solo mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto – art. 208.1.b, último párrafo, LGSS –, se puede lograr la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo podría llevar a una violación de dicho principio y supondría un trato discriminatorio de

⁶ Al respecto, D. VALLÈS MUÑO, *Situaciones asimiladas al alta en supuestos relacionados con el franquista: el servicio social. Comentario de la sentencia n. 1950/2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en *IUSLabor*, 2016, n. 3, señala que igualdad de trato del Servicio Social y servicio militar ya se estableció en la normativa de 1976, previa a la Constitución española de 1978 y que, sorprendentemente, fue derogada por el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

las mujeres respecto a los hombres.

En consecuencia, los magistrados del Tribunal Supremo concluyen que la interpretación con perspectiva de género lleva a entender que el periodo en que se presta el Servicio Social de la mujer debe ser considerado para acceder a la jubilación anticipada, de manera similar al servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria. En este sentido, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina que la actora presentó frente al INSS y declara la firmeza de la sentencia de instancia.

2.2. La trascendencia práctica de la doctrina

Esta Sentencia del Tribunal Supremo causó un impacto significativo e inmediato.

En primer lugar, el INSS publicó un Criterio de gestión en el que indica que «a efectos de completar el periodo mínimo de cotización conforme a lo dispuesto en los artículos 207.1.c), 208.1.b), 215.2.d) y en la disposición transitoria cuarta, apartado 6, letra f) del TRLGSS, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del “Servicio Social de la Mujer” – siempre que dicho periodo de tiempo no figure cotizado –, en los mismos términos establecidos para el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria»⁷.

En segundo lugar, la Ley 21/2021 incluyó modificaciones en los arts. 207 y 208 LGSS. Estas modificaciones reconocen el cómputo del servicio social femenino obligatorio por un año máximo a efectos de cumplir el período mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada tanto por causas no imputables a la persona trabajadora como por voluntad propia. De esta manera, el servicio social femenino se equipara a la prestación del servicio militar obligatorio y a la prestación social sustitutoria, tal y como ya se establecía en la LGSS.

A pesar del avance legislativo introducido por la Ley 21/2021, relativa a la jubilación anticipada en relación con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, las mujeres seguían estando en una situación más desfavorable que los hombres a la hora de acceder a la pensión puesto que seguía sin tenerse en cuenta el tiempo de servicio social femenino en el cómputo de los años requeridos para la jubilación parcial. Sin embargo, es importante destacar que esta omisión por parte del legislador no ha tenido efectos prácticos perjudiciales para las mujeres, ya que el INSS sí ha considerado el periodo de servicio femenino para completar el periodo

⁷ Criterio de gestión INSS 3/2020, de 18 de febrero.

mínimo de cotización según lo establecido en el art. 215.2.d que regula la jubilación parcial, como se ha reflejado en el criterio de gestión previamente mencionado⁸.

No obstante, esta falta de previsión normativa fue corregida mediante la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial, que mediante la modificación del art. 215.2.d LGSS otorga al tiempo de prestación del servicio social de la mujer los mismos efectos en el acceso a la jubilación parcial que en el acceso a la jubilación anticipada. Es decir, se procede al reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial.

2.3. El Servicio Social de la Mujer y jubilación anticipada en el Régimen de Clases Pasivas del Estado: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 102/2022, de 9 de marzo de 2022

Es importante tener en cuenta que la regulación del reconocimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria para efectos de jubilación varía entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas. En el primero, se reconoce solo a efectos de cumplir con el periodo mínimo de cotización requerido para la jubilación anticipada y parcial (33 o 35 años). Mientras tanto, en el segundo régimen, es decir, Clases Pasivas, el reconocimiento se realiza del tiempo que excede del servicio militar o de la prestación social sustitutoria obligatorios y se aplica tanto para cumplir con el periodo mínimo de servicio requerido para la jubilación voluntaria (30 años) o el periodo mínimo exigido para tener derecho a una pensión contributiva (15 años) en caso de jubilación forzosa. Además, este tiempo se utiliza para calcular la cuantía de cualquier modalidad de jubilación, según lo establecido en el art. 32.3 del RDL 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

En este sentido, para la determinación de las pensiones de los funcionarios, se tienen en cuenta el servicio militar obligatorio y la prestación social equivalente a efectos de derechos pasivos, siempre y cuando se hayan

⁸ R. VELA DÍAZ, *La deficiente perspectiva de género en la reforma del sistema de pensiones*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*, Laborum, 2022, vol. 2, p. 1315.

cumplido después de su ingreso en la Función Pública. En caso de haber prestado este servicio antes de adquirir la condición de funcionario, solo se computará el tiempo que sobrepase el servicio militar obligatorio. Si el servicio militar o la prestación social sustitutoria se llevaron a cabo después del ingreso en la función pública, se considera como una situación de servicios especiales y se contabiliza todo el tiempo. En cambio, si el servicio se prestó antes del ingreso en la función pública, solo se contabiliza el tiempo que exceda el límite legalmente establecido en la época en que se prestó dicho servicio.

No obstante, tal y como ocurría con los arts. 207, 208 y 215 LGSS, en el Régimen de Clases Pasivas del Estado no existe precepto alguno que considere que el tiempo excedido del servicio social de la mujer pueda ser computable a efectos de derechos pasivos.

Pues bien, sobre esta cuestión se ha pronunciado el 9 de marzo de 2022 la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 102/2022 (rec. 666/2020).

Los antecedentes de hecho son los siguientes: la recurrente interpuso recurso contencioso administrativo frente a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y tenía reconocida una pensión de jubilación anticipada voluntaria acreditando un total de 34 años de servicios al Estado. No obstante, solicitaba que se tuviera en consideración la parte excedente del periodo obligatorio de la prestación de servicio de la mujer, el cual estaba previsto como un deber obligatorio de 9 meses, pero que ella había prestado durante 20 meses y 29 días. La parte recurrente argumentó que, aunque el Servicio Social Femenino no estaba incluido como un servicio efectivo al Estado en el art. 32 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, el tiempo que excede el período obligatorio del servicio militar se cuenta como tiempo efectivo para los hombres a efectos de derechos pasivos. Por lo tanto, la recurrente pidió que se incrementaran sus años de servicio al Estado y que se obligara a la parte demandada a pagar la pensión resultante y las diferencias desde la fecha de acceso a la pensión de jubilación. Invocando la STS 115/2020, de 6 de febrero, señala que la interpretación del art. 32 de la Ley de Clases Pasivas del Estado que realiza la Dirección General de Costes de Personal resulta discriminatoria por razón de sexo y contraria al art. 14 CE.

En contraste, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social solicita que se confirme la resolución impugnada, ya que la Ley de Clases Pasivas del Estado no considera como servicios efectivos al Estado ni el servicio militar obligatorio ni la prestación social sustitutoria, a los cuales se pretende equiparar el tiempo de Servicio Social prestado por la parte demandante. Según su argumento, el art. 32 de la Ley de Clases Pasivas del Estado

enumera de manera taxativa los servicios que se consideran efectivos al Estado. La abogada también sostiene que la sentencia mencionada por la recurrente no es aplicable en este caso, ya que se refiere a la normativa existente en la LGSS, no al régimen de Clases Pasivas del Estado. Además, la sentencia solo considera el tiempo de Servicio Social como cotizado para completar la carencia durante un máximo de un año (en este caso, 7 días), mientras que la demandante en este caso solicita que se compute todo el tiempo de Servicio Social para aumentar la cuantía de su pensión. En resumen, la sentencia del Tribunal Supremo no guarda relación alguna con la demanda contencioso-administrativa, ya que se trata de una pensión de Clases Pasivas de jubilación voluntaria que ya cumple con la carencia necesaria.

La solución aportada por el TSJ de Madrid no puede ser más clara. En línea con lo defendido con la parte recurrente y siguiendo la doctrina recogida en la STS 115/2020 que, a pesar de ser dictada en el orden social, es aplicable en este caso y manifiesta en su sentencia:

Y así teniendo en cuenta que, a tener del artículo 4 de la LO 3/2007, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de ser observado en la interpretación de las leyes, no cabe la interpretación del artículo 32 de la LCPE de forma rígidamente literal que realiza la resolución recurrida, porque la interpretación literal conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en materia de clases pasivas.

La Sala está de acuerdo con la argumentación presentada por la parte recurrente. Esta sostiene que, de acuerdo con la Ley de Clases Pasivas del Estado, el tiempo que sobrepasa el periodo obligatorio de servicio militar se computa para los hombres a efectos de derechos pasivos. Por tanto, se concluye que el tiempo que excede del servicio social obligatorio de las mujeres también debe ser computado para estos mismos efectos.

Por lo tanto, el Tribunal, basándose en lo expuesto anteriormente, decide estimar el recurso contencioso-administrativo presentado y anular la resolución de la Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Haciendas que reconocía la pensión ordinaria de jubilación voluntaria. Además, reconoce el derecho de la recurrente a que se le compute, a efectos de su jubilación voluntaria, el tiempo que excede del tiempo obligatorio del Servicio Social Femenino como servicios prestados al Estado, incrementándose así sus años de servicio al Estado y, por lo tanto, la cuantía de su pensión.

3. Reflexiones finales

Hasta fechas muy recientes, la Ley de la Seguridad Social no ha estado reconociendo el tiempo que muchas mujeres dedicaron al Servicio Social Femenino (entre 1937 y 1978) para completar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada y parcial, algo que, sin embargo, sí se tuvo siempre en cuenta con el tiempo que los hombres prestaron en el Servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria. Esta flagrante discriminación ha dado lugar a demandas judiciales contra el INSS y tras varias sentencias contradictorias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, el caso ha llegado finalmente al Tribunal Supremo. Así, los magistrados de la Sala IV de lo Social, en su sentencia 115/2020, de 6 de febrero (rec. 3801/2017), aplicando la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del art. 208 LGSS, vinieron a equiparar el tiempo de ambos servicios a los efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para la jubilación anticipada. Este reconocimiento se basa en el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y en la necesidad de eliminar una de las numerosas discriminaciones históricas que han sufrido las mujeres en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Se pone fin a una omisión legislativa incomprensible que contradecía diversas disposiciones normativas internacionales, europeas y nacionales que obligan a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como la Recomendación 17 del Pacto de Toledo que mandata al legislador a equiparar la cobertura de pensiones entre mujeres y hombres.

La desigualdad de género es un problema estructural en nuestra sociedad y se manifiesta en diversos ámbitos, incluyendo el sistema de protección social. Las sentencias analizadas de los Tribunales Superiores de Justicia, así como del Tribunal Supremo son buena prueba de que los Tribunales son actores clave en la aplicación de la perspectiva de género en el ámbito de la protección social contribuyendo significativamente a avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria⁹. Desafortunadamente las normas no son siempre neutrales desde el punto de vista de género. Es decir, aunque las normas se presenten de manera aparentemente neutra, en la práctica pueden tener un impacto diferenciado entre mujeres y hombres. En su construcción histórica, las leyes han se han impregnado de los estereotipos

⁹ Vid. C. BLASCO JOVER, *Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Labos*, 2022, n. 3, pp. 130-152; J. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, *La perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Diario La Ley*, 2023, n. 10204.

de género prevalentes en la sociedad en que se originaron. Casos como los que hemos analizado son buena prueba de que en materia de pensiones aún perviven discriminaciones históricas que hay que zanjar. De esta forma, se trata de corregir los sesgos y estereotipos de género que pueden estar presentes en la normativa y que pueden dar lugar a situaciones injustas o discriminatorias para las mujeres. No se trata de favorecer a la mujer, sino de impartir justicia libre de estereotipos de género para poder conseguir la igualdad real y efectiva¹⁰.

Por su parte, el legislador español también viene haciendo esfuerzos en tiempos recientes para reducir las brechas de género en materia de protección social del sistema de Seguridad Social. Muchas veces a remolque de los pronunciamientos judiciales. A raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, el legislador procedió a modificar el régimen jurídico de la jubilación anticipada y parcial equiparando el servicio social de la mujer al servicio militar o a la prestación social sustitutoria que ya tenían reconocidos esta condición, tratando así de poner fin a una situación que estaba produciendo una diferencia de trato absolutamente injustificada y claramente discriminatoria. Una reforma que, sin embargo, quizás llegue tarde. En la práctica, pocas mujeres podrán acogerse a ella ya que, por edad, ya se jubilaron. Puede que su impacto para las mujeres sea más bien simbólico, aunque si beneficia a una sola mujer ya es suficiente.

Sea como fuere, no cabe duda de que todavía hay mucho por hacer para eliminar la discriminación de las mujeres en el ámbito de la protección social, especialmente en lo que respecta a la brecha de género en las pensiones.

Al respecto, debemos recordar que el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 eliminó el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria como situaciones asimiladas al alta en caso de suspensión del contrato de trabajo. En consecuencia, estos periodos son válidos únicamente para completar la carencia en caso de que sea necesario para jubilaciones anticipadas no voluntarias, voluntarias y parciales. En este sentido, actualmente, la Seguridad Social aún no reconoce, con carácter general, los meses de servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria como tiempo cotizado a la hora de acceder a una pensión de jubilación. Es más, nuestro legislador no parece que tenga previsto hacerlo pues, desde la Ley 27/2011 que reformó el sistema de pensiones, año tras año y en base a su disposición adicional 28ª, hasta ahora todos los Presupuestos Generales del Estado han incorporado una disposición que “aplaza” la aprobación de esta normativa. Una de las razones por las que se

¹⁰ B. GARCÍA ROMERO, *op. cit.*

podría estar posponiendo su aprobación es el impacto financiero que tendría para las arcas de la Seguridad Social.

Por otra parte, nos sumamos a la doctrina que argumenta que tanto la Ley 21/2021 como la Ley 24/2022 perdieron la oportunidad de incluir medidas de acción positiva para reducir la brecha de género en las pensiones de jubilación. El legislador podría haber valorado la posibilidad de extender el límite máximo de un año establecido por la LGSS para el cómputo efectivo del período de cotización, permitiendo que las mujeres que han prestado servicio social femenino por más de tres años puedan acceder a la jubilación anticipada y parcial. Además, sería razonable permitir que las mujeres con carreras insuficientes para acceder a una pensión contributiva puedan contar todo el tiempo dedicado al servicio social para cumplir con el período mínimo de cotización¹¹.

4. Bibliografía

BLASCO JOVER C. (2022), *Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Labos*, n. 3, pp. 130-152

DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR L. (2022), [Ley 24/2022, de 25 de noviembre: reconocimiento del tiempo de prestación del Servicio Social Femenino para acceder a la jubilación parcial](#), en www.aedtss.com, 2 diciembre

ERRANDONEA ULAZIA E. (2017), *La jubilación anticipada y el servicio social femenino. ¿Debe incluirse dicho servicio social femenino dentro de la prestación social sustitutoria del servicio militar? Comentario a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de octubre de 2016, rec. núm. 1861/2016*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 406, pp. 187-190

GARCÍA ROMERO B. (2020), *Cómputo del tiempo de prestación del Servicio militar de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social. STS-SOC núm. 115/2020, de 6 de febrero*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 2, pp. 1-11

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2022), *Informe Económico-Financiero para los Presupuestos de la Seguridad Social de 2023*

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ J. (2023), *La perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social*, en *Diario La Ley*, n. 10204

¹¹ L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, [Ley 24/2022, de 25 de noviembre: reconocimiento del tiempo de prestación del Servicio Social Femenino para acceder a la jubilación parcial](#), en www.aedtss.com, 2 diciembre 2022.

VALLÈS MUÑO D. (2016), *Situaciones asimiladas al alta en supuestos relacionados con el franquista: el servicio social. Comentario de la sentencia n. 1950/2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 1-21

VELA DÍAZ R. (2022), *La deficiente perspectiva de género en la reforma del sistema de pensiones*, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)*, Laborum, vol. 2

La protección social de las familias monoparentales en España*

Aída CABELLO ROLDÁN**

RESUMEN: La diversidad familiar es una realidad cambiante que va en aumento año tras año, adquiriendo nuevas identidades, perfiles y necesidades sociales, por lo que deben implementarse políticas públicas y un marco jurídico adecuado que dé respuestas a esta realidad social, a la que pertenece el colectivo de las familias monoparentales. Este cuenta con unas características sociodemográficas que le sitúan en un panorama de una posible exclusión social, viéndose agravada esta situación cuando la persona progenitora soltera es una mujer, que es la situación más común. Debido a las discrepancias entre las distintas comunidades autónomas y las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las mismas, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo, unificando doctrina, en su Sentencia 167/2023, de 27 de febrero, alegando que existe en España la ausencia de un marco legal que proteja a este colectivo y que determine las prestaciones o los permisos a los que las familias monoparentales tienen derecho, considerando el interés del menor y evitando en todo caso situaciones de discriminación a este colectivo.

Palabras clave: Familia monoparental, protección social, exclusión social, permiso doble por cuidado de hijo, discriminación, madre soltera.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y protección en el ordenamiento jurídico español de las familias monoparentales. 3. Las familias monoparentales en España: datos y necesidades sociales. 3.1. Datos sociodemográficos de las familias monoparentales. 3.2. Análisis de las necesidades de las familias monoparentales. 4. La protección de las familias monoparentales por el sistema de la Seguridad Social: el permiso por cuidado de hijos. 4.1. Regulación normativa del permiso por cuidado de hijos. 4.2. Evolución jurisprudencial de los permisos monoparentales dobles. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco de la Red de I+D, *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores*.

** Becaria de investigación, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

The Social Protection of Single-Parent Families in Spain

ABSTRACT: Family diversity is a changing reality that is increasing year by year, acquiring new identities, profiles and social needs, which is why public policies, and an adequate legal framework must be implemented to respond to this social reality, to which this collective of single-parent family belongs. This has some sociodemographic characteristics that place him in a scenario of possible social exclusion, this situation being aggravated when the single parent is a woman, which is the most common situation. Due to the discrepancies between the different autonomous communities in Spain, as well as the resolutions of the Superior Courts of Justice of them, the Supreme Court has recently ruled unifying doctrine, in its Judgement No. 167/2023, of 27 February, alleging that in Spain there is an absence of a legal framework that protects this group and that determines the benefits or permits to which single-parent families are entitled, considering the interest of the minor and avoiding in any case, situations of discrimination against this group.

Key Words: Single-parent family, social protection, social exclusion, double leave for childcare, discrimination, single mother.

1. Introducción

La diversidad es un aspecto que enriquece las sociedades, tanto plurales como democráticas. Es importante que la legislación se adecúe a la realidad cambiante en la que nos encontramos, y las familias monoparentales son una de las realidades del presente (aunque también del pasado y del futuro). Esto es, realmente nos encontramos ante un modelo familiar que está en continuo cambio y crecimiento, y si no existe un marco jurídico y social en el que pueda encuadrarse, nos encontraremos ante vacíos legales y sociales que darán lugar a diversas controversias.

Es necesario, por lo tanto, que se realice un análisis de la situación de dicho colectivo para que así puedan diseñarse políticas públicas para situaciones más diversas como es que esté a cargo de la familia una persona progenitora, en lugar de basarse siempre en el modelo tradicional biparental, que lo que ocasiona es que ocurran múltiples discriminaciones, en contradicción de lo dispuesto en el art. 39 CE, que establece que: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil».

Analizaremos, por lo tanto, la situación de las familias monoparentales en la actualidad, en lo referente a sus necesidades como colectivo vulnerable y la protección social que tienen en nuestro país, con especial referencia a una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, donde se deniega la solicitud de una progenitora de familia monoparental de una prestación por nacimiento y cuidado de hijo adicional a la que había disfrutado (para obtener un total de 32 semanas de permiso). El Tribunal ha basado su decisión estableciendo que el Régimen Prestacional de la Seguridad Social es una competencia que le corresponde de manera exclusiva al legislador, y que se debía introducir en la Ley modificaciones en este sentido, decidiendo la solución que fuese más conveniente tanto para la persona progenitora como para el menor.

2. Concepto y protección en el ordenamiento jurídico español de las familias monoparentales

Siempre han existido familias lideradas por una sola persona adulta. No obstante, no siempre ha sido igual el papel que han tenido que asumir las madre o padres que no tienen el apoyo de una pareja, sobre todo en lo relacionado con la vía de acceso a distintos tipos de protección social que se han ido estableciendo con el paso de los años. Principalmente, este tipo

de configuración familiar se debía a aquellos nacimientos que se daban en situaciones de separaciones por motivos migratorios, de guerra o de ruptura de la pareja, por el fallecimiento del cónyuge o al margen del matrimonio¹. Sin embargo, hoy en día las causas son más diversas, siendo el principal motivo el gran número de divorcios o separaciones, así como la elevada cantidad de mujeres que toman la decisión de formar una familia en solitario sin pareja, de forma que se rompe con el modelo tradicional de una familia biparental voluntariamente.

Realmente, se trata de una realidad que ha existido siempre, pero que ha ido cambiando la aceptación de su concepto y las razones de éste. El término monoparentalidad ha llevado, consecuentemente, a una serie de cambios en el ámbito social en las últimas décadas que ha ido moldeando tanto las vías de acceso al mismo como las percepciones que se tenían de este tipo de modelo familiar. Por lo tanto, podemos establecer que las familias que se encontraban encabezadas por una sola persona siempre han existido, pero el concepto en sí, ha surgido modificaciones recientemente.

En este sentido, se diferenciaba claramente la familia monoparental por voluntad propia, que era conocida como “familia nuclear parsoniana”, y que era discriminada en todas las clases sociales y de absoluto rechazo social, sin ni siquiera entenderse o considerarse como una familia; de aquella por razones involuntarias, como podía ser el fallecimiento de la pareja (viudedad del cónyuge), las cuales suscitaban compasión. Este tipo de pensamiento fue disminuyendo levemente ya que se entendía que se estaba perjudicando el bienestar de los niños y niñas², si bien se entendía que se debía por errores de las personas adultas o por decisiones egoístas. Sin embargo, las viudas eran consideradas como víctimas que necesitaban de protección pública.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, se produce un cambio de valores profundo en el que se comenzó a favorecer la autorrealización y la libertad de los individuos, dando lugar a otras formas de convivencia y liberándoles de la tradicional obligación de formar una familia. De esta forma, aumentó la tasa de divorcio y disminuyeron las tasas de fecundidad y mortalidad, por lo que, unido a esta nueva concepción social, aumentaron las situaciones de monoparentalidad de forma bastante rápida. Sin embargo, por el contexto histórico español, no es hasta la transición democrática cuando se introduce el término de “familia monoparental” propiamente dicho, a raíz de cambios sociales, jurídicos y demográficos que permitían que las mismas dejaran de entenderse como desviadas y marginales socialmente. De tal forma, «pocas

¹ M. AVILÉS HERNÁNDEZ, *Origen del concepto de monoparentalidad. Un ejercicio de contextualización socio histórica*, en *Papers*, 2013, n. 2.

² P. DE URIBE GIL, V. ASSIEGO CRUZ, *Retrospectiva de la monoparentalidad en España*, Instituto de las Mujeres, 2021, pp. 18 y 23.

expresiones han adquirido tan fulminante éxito en las ciencias sociales como la de familias monoparentales»³.

A pesar de que se fue generalizando el uso del concepto monoparentalidad, no existe consenso en relación a su alcance, principalmente debido a la gran diversidad de modelos de convivencia que existen en la actualidad. En ese sentido, existen normativas autonómicas que realizan una diferenciación entre familia monoparental y situaciones de monoparentalidad, y cada una de ellas lo hace de forma distinta, por lo que falta una definición unívoca de este concepto. A modo ilustrativo, se ha escogido la definición dada por la última Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias del Gobierno⁴, publicada anualmente, que la define de la siguiente forma:

Las familias monoparentales son aquellas que están integradas por una persona adulta sola con uno o más hijas o hijos a cargo. La situación de monoparentalidad puede derivarse de realidades muy diferentes, como son el fallecimiento del otro progenitor, la ruptura conyugal o de pareja y tiene que ver en muchos casos con una elección individual, la decisión de asumir una maternidad o paternidad al margen de cualquier convivencia estable.

No obstante, esta definición es tan amplia que existe cierta inoperancia en el momento en que una de estas familias tiene que acceder a las prestaciones o deducciones que el Estado proporciona y que le corresponderían por tener precisamente esta condición. A este respecto, para el sistema de la Seguridad Social español la única situación para la que prevé una protección concreta y específica es para la de viudedad (por vínculo matrimonial). Por lo tanto, existe tanto un vacío prestacional como legal en el sentido de las familias monoparentales y las diversas formas en las que se dan, puesto que tampoco existe una normativa concreta en la que se especifique su concepto o condiciones, por lo que sus derechos quedan algo difusos.

3. Las familias monoparentales en España: datos y necesidades sociales

Como hemos expuesto con anterioridad, ha crecido de manera constante el número de familias monoparentales no solo en España, sino también en Europa. Principalmente, este fenómeno se debe al incremento de divorcios y al surgimiento de uniones no matrimoniales. Tal dato se muestra en todas

³ J. IGLESIAS DE USSEL, *La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares*, en J. IGLESIAS DE USSEL (coord.), *Las familias monoparentales*, Instituto de la Mujer, 1988, p. 26.

⁴ Guía actualizada a fecha 15 de mayo de 2022.

las estadísticas, si bien existe bastante disparidad entre los distintos países, según la importancia de éstas en los mismos.

A continuación, se expondrán algunos datos sociodemográficos de dichas familias, principalmente en España aunque con una breve comparación con la Unión Europea, así como las necesidades sociales que consideramos que tiene este colectivo, que a veces se encuentra algo desprotegido.

3.1. Datos sociodemográficos de las familias monoparentales

La estructura social de España y de la Unión Europea está registrando un cambio bastante importante, observando un aumento progresivo de las familias formadas por un solo adulto. Por ejemplo, según los resultados de la Encuesta de Población Activa, en el año 2000 había registradas en España 182.000 familias monoparentales (con un 6,2%) y, a mediados del año 2003, solo tres años más tarde, alcanzaba los 320.000 (un 7% de los hogares)⁵. Según los datos recopilados en el pasado año 2022, en España habría un total de 1.878.500 familias monoparentales, por lo que es evidente que este número no para de aumentar (siendo 1.538.200 de ellos hogares monomarentales).

Sin embargo, estos datos españoles están por debajo de la media de la UE (con cifras superiores al 9%), aunque las cifras son variables según el país de que se trate, llegando a alcanzar un 22% en Suecia, según datos recogidos por el Panel de Hogares de la Unión Europea.

El rasgo determinante del perfil de familia monoparental es la feminización, estando las madres al frente del 89,13% de las mismas (por lo que, solo un 10,87% de los hogares monoparentales se encabezan por hombres). Esto es, en 9 de cada 10 hogares monoparentales la jefatura familiar es ostentada por la madre, por lo que es la que sufre la acumulación de responsabilidades tanto familiares como laborales, aunque si bien es cierto que, en los últimos años, se está dando un incremento relevante de las familias monoparentales que están integradas por hombres⁶.

La Encuesta Continua de Hogares del INE (ECH) es una investigación que proporciona información anual sobre las características demográficas de la población y de los hogares y viviendas que habitan. Esta estadística es la que se utiliza para conocer cuál es el número de familias monoparentales en España, aunque presenta la limitación de que se refiere a los hogares,

⁵ De conformidad con los datos recogidos por el INE y referidos en *El País*, 25 octubre 2003, p. 27.

⁶ J.L. GOÑI SEIN, *La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer*, en *Temas Laborales*, 2005, n. 82, p. 14.

esto es, a las unidades de convivencia, en lugar de a las unidades familiares⁷. La primera se refiere a las personas que viven en un mismo domicilio, bien porque estén unidas por un vínculo matrimonial o hayan constituido una pareja de hecho, y sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, adopción, acogimiento familiar, etc. Sin embargo, una unidad familiar es la que se compone exclusivamente por la persona progenitora y los hijos/as que tiene a su cargo y conviven con la misma.

Esta encuesta, cuya edición más reciente es la del año 2020, ofrece datos concretos sobre las familias monoparentales, estableciendo que el número aumentó un 3,0% respecto a 2019 (creciendo el de la madre un 3,4% y el del padre solo un 1,6%). Es llamativo el dato de que el tipo de hogar que más ha crecido ha sido el compuesto por un progenitor con uno o más hijos menores de 25 años, en un 6,8%. A continuación, podemos establecer en una tabla estos datos:

Cuadro 1 – Evolución de los hogares monoparentales en España 2019-2020

| | 2020 | 2019 | Variación relativa (%) |
|--------------------------------------|-----------|-----------|------------------------|
| Total | 1.944.800 | 1.887.500 | 3 |
| Madre con hijos | 1.582.100 | 1.530.600 | 3,4 |
| Madre con hijos (menores de 25 años) | 815.800 | 764.000 | 6,8 |
| Padre con hijos | 362.700 | 356.900 | 1,6 |
| Padre con hijos (menores de 25 años) | 190.200 | 178.100 | 6,8 |

Fuente: elaboración propia basada en INE, [Encuesta Continua de Hogares \(ECH\), Año 2020](#), 2021

Por otra parte, si observamos las estadísticas relativas a dichos hogares monoparentales según el estado civil de sus integrantes, con respecto a los hombres, la razón más frecuente es por estar soltero (59,7% del total), y en el caso de las mujeres es por estar viudas (45,5%). Estos datos pueden observarse en el Gráfico 1.

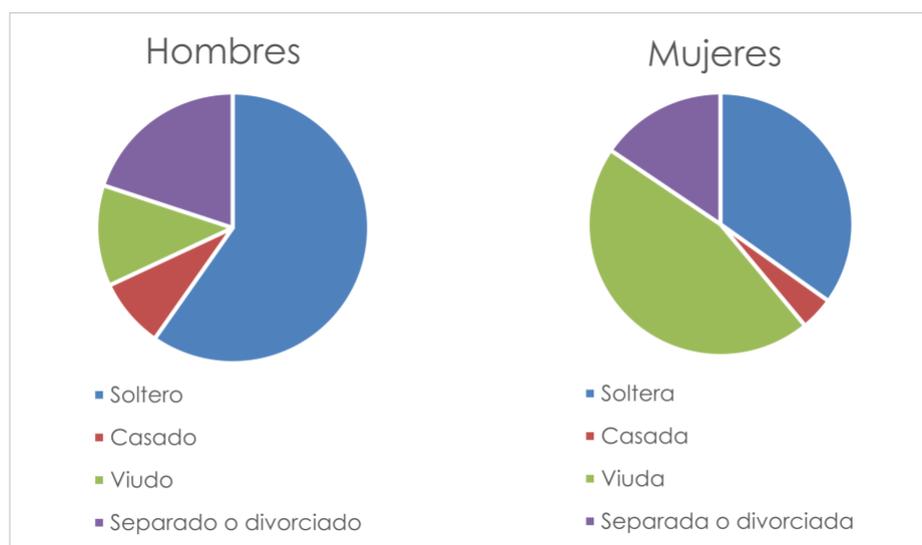
Por lo tanto, podemos establecer que en el surgimiento del hogar monoparental intervienen una serie de factores, donde se ha analizado la existencia de tres posibles «causas precipitadoras de la monoparentalidad»⁸,

⁷ V. ASSIEGO CRUZ, *Las familias monoparentales en España: datos, problemas y necesidades*, Instituto de las Mujeres, 2020, p. 113.

⁸ S. BARRÓN LÓPEZ, *Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica*, en

que son: a) la quiebra del vínculo matrimonial o aquellas situaciones de separación en casos de ausencia de conyugalidad (pareja de hecho); b) la viudedad; c) la maternidad solitaria o maternidad extraconyugal.

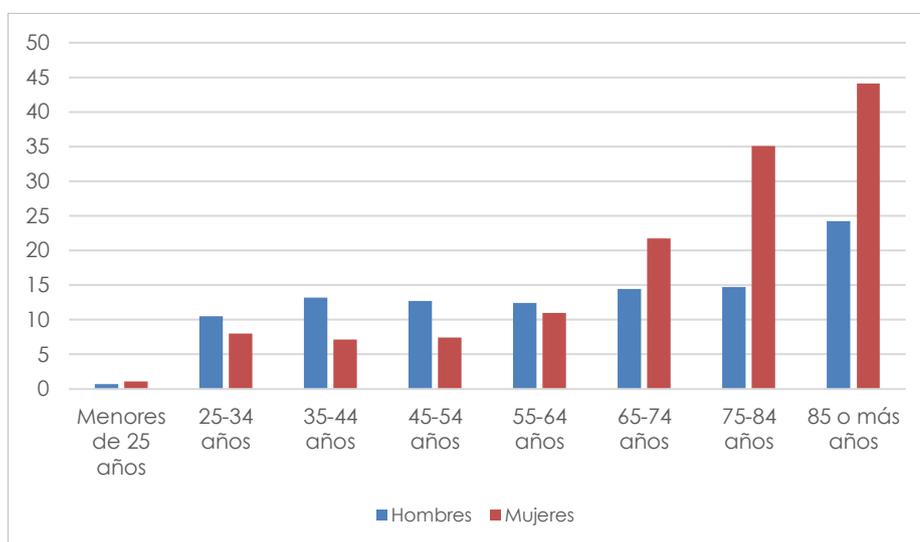
Gráfico 1 – Hogares unipersonales según el estado civil, año 2020



Fuente: elaboración propia basada en INE, [Encuesta Continua de Hogares \(ECH\), Año 2020](#), 2021

En relación a la edad y el sexo, observamos como el 44,1% de las mujeres con más de 85 años vivían solas, frente a un 24,2% de los hombres (dato que se relaciona directamente con la esperanza de vida, que en España es mayor en mujeres que en hombres).

El número de personas que viven solas difiere tanto por sexo como por edad. En ese sentido, hasta los 64 años fue más elevado en hombres, pero a partir de los 65 años fue mayor en las mujeres. Sin embargo, a edades más tempranas (de menos de 25 años) tienen una mayor propensión a vivir solas las mujeres, con un 1,1%, mientras que los hombres tienen un 0,7%. Estos datos pueden verse reflejados en el Gráfico 2.

Gráfico 2 – Personas que viven solas según el sexo y la edad, año 2020 (%)

Fuente: elaboración propia basada en INE, [Encuesta Continua de Hogares \(ECH\). Año 2020](#), 2021

Por último, en cuanto al nivel de vida de las familias monoparentales según los ingresos asignados a cada miembro de la unidad familiar, se encuentra un 23% por debajo del resto en el caso de que tenga hijos/as, y un 27% del total de la población española. Si observamos estos datos en Europa, la brecha es muy variada, siendo la más evidente en Reino Unido, aunque en países como Luxemburgo, Grecia o Austria es casi inexistente (con cerca de un 93%). De esta manera, varios estudios concluyen que uno de cada cuatro hogares monoparentales es pobre en Europa, entendiéndose como tales aquellos en los que los ingresos son inferiores a las rentas medias de un país en la mitad de los mismos. En este sentido, según estadísticas de la Comisión Europea, una tercera parte de estas familias unipersonales se encuentran en riesgo de pobreza si se compara con el 18% de la población, siendo aún más pronunciado en los casos de familias numerosas, donde el riesgo de pobreza supera el 24%⁹.

Si bien en el presente estudio no se analizan, existen numerosas variables sociodemográficas que influyen en las familias monoparentales y, en todas ellas puede observarse claramente que existe una tendencia a que estas estén compuestas por mujeres más que por hombres. Asimismo, estos datos nos

⁹ Cfr. Commission Staff Working Document, *Demography Report 2008: Meeting Social Needs in an Ageing Society*, SEC(2008)2911.

servirán para determinar las necesidades que tiene este colectivo, para así poder paliarlas mediante políticas públicas y legislación que les proteja y les ampare ante dicha situación de vulnerabilidad social y económica.

3.2. Análisis de las necesidades de las familias monoparentales

La monoparentalidad lleva consigo una serie de dificultades y de problemas de índole muy diversa, derivada precisamente de la ausencia parental de un progenitor. No todas están relacionadas a la integración sociolaboral o a la posición económica de la misma, sino que también tiene consecuencias en el desarrollo social y emocional de los hijos/as, por ejemplo, en el caso de una ruptura conyugal.

Cabe mencionar que los estudios sobre la exclusión social señalan a este modelo familiar, junto con otros como las familias numerosas, uno de los colectivos que son más vulnerables a la situación de pobreza¹⁰. De hecho, el Consejo Económico y Social español señala que «convivir con un solo progenitor, en el seno de un hogar monoparental, incrementa también de forma considerable el riesgo de pobreza infantil, especialmente en aquellas situaciones de baja intensidad laboral (desempleo, trabajo a tiempo parcial, discontinuidad del empleo, etc.) del progenitor con el que conviven, que normalmente es la madre»¹¹.

De promedio, las familias unipersonales tienen un nivel de vida bastante inferior al del resto de familias, precisamente por su propia estructura. Son situaciones en las que, además, suele ser común que la persona que ostenta la jefatura familiar carece de una cualificación profesional y, por ello, tiene acceso a trabajos más precarios en condiciones laborales de inestabilidad, sueldos más bajos, condiciones demasiado flexibles en materia de jornada (turnos partidos, jornadas muy extensas), por ejemplo.

Ahora bien, la propia estructura familiar no es la única variable que afecta a la determinación del grado de pobreza de los casos de monoparentalidad, ya que existen otros factores importantes como el género, la edad o el nivel de formación del titular del hogar. Un ejemplo evidente de exposición a la exclusión social es el de las madres solteras inmigrantes, donde en muchas ocasiones no se encuentran la madre y los hijos/as en el mismo país, puesto que pueden estar pendientes de reagrupación familiar.

Otra gran problemática es la dificultad en la compatibilización de la vida

¹⁰ MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE, *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010*, 2008.

¹¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*, 2007, p. 552.

personal y profesional de la persona progenitora, que se ve como el único responsable en ambos ámbitos. Asimismo, si consideramos el hecho de que suele ocurrir más en mujeres, con la existencia de una clara brecha laboral de género en España, con que además existe una mayor participación de mujeres en los sectores más precarios, nos queda claro que estas familias suelen afrontar fuertes tensiones, puesto que no existe otra figura parental que pueda dedicarse al cuidado de los hijos/as.

En definitiva, estos datos muestran que existe una necesidad por parte del legislador de cubrir las carencias observadas que inciden en los hogares de una sola persona progenitora, aunque es cierto que estas necesidades son extrapolables al resto de familias, solo que en estos casos se da, en general, un agravamiento de la situación.

4. La protección de las familias monoparentales por el sistema de la Seguridad Social: el permiso por cuidado de hijos

El sistema de la Seguridad Social en España no prevé que la situación de la monoparentalidad sea un riesgo social susceptible para ser una situación protegida por sí misma¹². A pesar de que la aprobada Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por el nacimiento o la adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, introducía algunas mejoras puntuales en ciertas prestaciones, no se establecía ninguna mención para los que tuviesen que hacerse cargo de sus hijos/as en solitario. Por lo tanto, como regla general, las personas progenitoras solas reciben exactamente la misma protección que la del resto de familias, puesto que el factor que se considera relevante es la cualidad materno/paterno filial (diferenciación de la filiación biológica de la referida a la adopción), sin importar el estado civil¹³. En todo caso, se dispensa la existencia de protección a los hijos/as, independientemente de que puedan serlo de madre o de padre solteros.

En concreto, las familias monoparentales pueden acceder a una serie de prestaciones sociales otorgadas por la Seguridad Social. Por ejemplo, nos encontramos con la prestación por nacimiento o adopción de hijo/a para el caso de familias numerosas, monoparentales (que es la de nuestro interés) o progenitores con una discapacidad igual o mayor al 65%. Para el año 2022,

¹² N. PULMAR BELTRÁN, *La revisión de la protección de las familias monoparentales por parte de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 120.

¹³ J.L. GONI SEIN, *op. cit.*

el límite de ingresos se ha fijado en 12.913,00 euros anuales, por lo que en realidad la prestación es de cuantía bastante reducida, tanto que a veces «casi nada aporta al mantenimiento de las necesidades familiares, que se abona en supuestos muy concretos de nacimiento o adopción»¹⁴ (en los casos que se han expuesto anteriormente, de especial vulnerabilidad).

Hasta hace relativamente pocos años, esta prestación se denominaba por maternidad y paternidad pero, a partir del 1º de abril de 2019, a raíz de la aprobación del RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se han unificado en una prestación que se ha denominado “prestación por nacimiento y cuidado del menor” y que, por lo general es de una duración de 16 semanas. En el supuesto de que se trate de una familia u hogar monoparental, se debatirá este asunto con posterioridad en relación a doctrina reciente del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de agrupar este permiso (como un permiso doble por el cuidado de hijos/as) en la misma persona progenitora si se trata de una familia monoparental.

Por otro lado, existe la ayuda por hijo a cargo, destinada a aquellas madres solteras con hijos/as menores de 18 años, para cubrir la posible situación de necesidad económica que produce, para determinadas personas, el tener responsabilidades familiares por el nacimiento o adopción de hijos/as.

En relación a la pensión de viudedad, que es la razón principal por la que existe un número tan elevado de madres solteras con hijos/as a su cargo, pese a que se ha ampliado la protección también a las parejas de hecho¹⁵, son numerosas las parejas que conviven de forma marital que se quedan fuera de la protección por los requisitos tan exigentes que exige la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por RDL 8/2015, de 30 de octubre, para la determinación de la existencia o no de una pareja de hecho, sumado a la exigencia de una dependencia económica previa de la pareja superviviente.

En cualquier caso, para evitar huecos o vacíos de protección podría ser recomendable seguir las iniciativas que otros países europeos han adoptado, reformulando la pensión de viudedad para intentar proteger, aunque sea de manera temporal o transitoria, las situaciones de monoparentalidad. Esta regulación debe asumir el fin prioritario de reducir los casos o situaciones de pobreza infantil, por ejemplo, protegiendo las situaciones comunes de

¹⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección a las familias en la Seguridad Social*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2022, n. 5, p. 70.

¹⁵ F. VILA TIerno, *Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2015 (RCUD 3070/2014)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, n. 9, p. 152.

desamparo de los menores cuando hayan sido abandonados por uno o por ambos progenitores cuando no se encuentren en situación de acogimiento. En cuanto a las prestaciones no contributiva, cabe expresar de manera muy breve que no toman en consideración en su valoración de la necesidad el hecho de la monoparentalidad, así como tampoco para la determinación de la cuantía de la misma. Esto es, este tipo de pensiones tienen las mismas exigencias para las familias biparentales y para las monoparentales, cuando quizás sea oportuno realizar una diferenciación, por la clara evidencia de que, como regla general, las familias unipersonales tienen más dificultades, en relación a esto, en el ámbito económico.

El sistema de la Seguridad Social ha ido adaptando las prestaciones sociales vinculadas a los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar que se viene debatiendo en las últimas reformas laborales (precisamente en la aprobada por RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, por ejemplo), de forma que, de manera progresiva, tanto el ámbito de cobertura como la flexibilización de las condiciones de su ejercicio.

4.1. Regulación normativa del permiso por cuidado de hijos

Desde 2009, la Fundación Isadora Duncan y la Federación de Asociaciones de Familias Monoparentales (FAMS), que lideran el tejido asociativo de las familias monoparentales, vienen reclamando la aprobación de una Ley a nivel estatal de Familias Monoparentales que de lugar a un marco jurídico y legal que ampare la realidad diversa de este modelo familiar. Es necesario que exista un marco que defina inequívocamente la familia monoparental, no en función del número de hijos/as, sino en relación al hecho de que hay una crianza en solitario de los mismos por parte de la madre o del padre.

Asimismo, una Ley de tal calibre permitiría la existencia de un desarrollo legislativo armonizado para todos los niveles de Administración y en los distintos ámbitos (por ejemplo, para evitar que se den diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas simplemente por razones territoriales). Actualmente, existen un gran número de ayudas y accesos que difieren en función del lugar en el que residan las familias monoparentales, aspecto que agrava la situación de vulnerabilidad de estas.

Por lo tanto, es importante que se elaboren respuestas contundentes, sin que procedan de la emergencia y se aprueben por la vía rápida (mediante la aprobación de Reales Decretos-Ley), sino a través del planteamiento de un marco elaborado de políticas públicas y de medidas integrales que tengan

impacto estatal para regular y reconocer la monoparentalidad como parte importante de la diversidad familiar, sin olvidar que debe de encontrarse en un plano de igualdad con respecto de otros modelos familiares.

Recientemente, en octubre del año 2020, fue aprobado en el Senado una Moción que requiere al Gobierno al reconocimiento de los derechos de las familias monoparentales, así como a dotarlas de un marco jurídico a nivel estatal que sirva de referencia, incluyendo una definición inclusiva para tal colectivo, y homogénea para permitir el acceso a acciones protectoras en igualdad de oportunidades adecuada desde el nacimiento o la adopción de hijos/as, similar o equiparable a las que disfrutaban actualmente las familias numerosas. Este ha sido uno de los pasos adelante en el trayecto hacia la aprobación de una ley estatal.

Tal y como hemos descrito, existen diversas leyes, decretos y órdenes en el ámbito autonómico, que dan lugar a una extraordinariamente compleja y dispar en cada comunidad autónoma o municipio. En este sentido, el mapa actual autonómico normativo cuenta con varios niveles de atención, que pueden ser resumidos en el Cuadro 2.

Cuadro 2 – Consideración de la monoparentalidad en las Comunidades Autónomas de España, año 2021

| Comunidades Autónomas | Norma específica | Ley de familia (s) | Menciones transversales en mujer | Preparando norma específica |
|------------------------|------------------|--------------------|----------------------------------|-----------------------------|
| Andalucía | | | | |
| Aragón | X | | | |
| Principado de Asturias | | | | X |
| Islas Baleares | X | X | | |
| Canarias | | | | |
| Cantabria | X | | | |
| Castilla y León | | X | X | |
| Castilla-La Mancha | | | | |
| Cataluña | X | | X | |
| C. Valenciana | X | | X | |
| Extremadura | | | | |
| Galicia | | X | | |
| C. de Madrid | | | | X |
| Región de Murcia | | | | X |

| | | | | |
|---------------------|---|---|--|--|
| C. Foral de Navarra | X | | | |
| País Vasco | | X | | |
| La Rioja | | | | |

Fuente: elaboración propia basada en FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS, [Las familias monoparentales en España](#), Instituto de las Mujeres, 2021

A modo de conclusión, son únicamente ocho las comunidades autónomas que cuentan con una definición de familia monoparental (sin incluir a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, por tener sus competencias en este asunto centralizadas). De estas, solamente seis de ellas tienen una regulación expresa sobre el hogar unipersonal, con una normativa específica. Es decir, una aprobación puntual en esta materia y *con cuenta gotas* no es suficiente, aunque si bien es bienvenido este pequeño avance, pero no es adecuado en relación a la protección y la garantía de los derechos ni en el caso de las mujeres ni de la infancia.

4.2. Evolución jurisprudencial de los permisos monoparentales dobles

El antiguamente denominado “permiso por maternidad” en España tiene una duración de 16 semanas para cada persona progenitora, lo que implica que los hijos/as de las familias biparentales pueden disfrutar del cuidado de sus progenitores durante un total de 32 semanas, aspecto que, sobre todo, las madres solteras consideran que es discriminatorio para sus hijos/as, que solamente disfrutarían de 16 semanas.

Las demandas relativas sobre estos asuntos están llegando a los tribunales, siendo ya varios los que se han pronunciado sobre el posible derecho de las madres solteras de acumulación del permiso que hubiese disfrutado la otra persona progenitora. El TSJ del País Vasco, en su sentencia 396/2020, de 6 de octubre, fue el primero en conceder una baja completa a una madre soltera. En el mismo sentido se han pronunciado otros Tribunales, como el TSJ de Cataluña, en su sentencia 9227/2022, de 29 de noviembre, en la que se realiza un profundo análisis del art. 48 ET, que si bien no toma en consideración las necesidades concretas o las particularidades de estas familias, quizás debería de introducirse una diferenciación de trato respecto de estos colectivos para una mayor conciliación de la vida laboral y familiar. Dicho Tribunal basa su decisión en el razonamiento de que

establecer la duración de la prestación en función del número de

progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer los criterios interpretativos cuya aplicación postulamos, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, y para evitar tan perniciosos efectos y garantizar trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la persona progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir otro progenitor, esto es, 32 semanas, por cuanto las necesidades del menor son idénticas y no disminuyen en atención a la existencia de uno o de más personas progenitoras.

Por otro lado, otros tribunales han reconocido el derecho de acumulación de los permisos que recoge la normativa para las familias biparentales, pero excluyendo las primeras seis semanas, que está establecido que son de goce obligatorio entre ambos progenitores, concediendo por tanto un total de 26 semanas, que es el permiso que disfrutaría una familia biparental en un caso de alternancia entre ambos progenitores (en vez de disfrutarlo de manera conjunta)¹⁶. Este es el caso de la reciente sentencia del TSJ de Extremadura 704/2022, de 23 de diciembre.

En contraposición a toda esta argumentación, recientemente, la Sala VI del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina¹⁷, ha dictado una sentencia en relación a este asunto, en base a un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una solicitud de una madre soltera de una prestación por nacimiento y cuidado de un hijo/a adicional a la que ya había disfrutado previamente por carecer de un segundo progenitor y, consecuentemente, de su respectivo permiso. Su decisión se centra en que no existe cobertura legal para avalar dicho permiso doble para el caso de familias unipersonales, puesto que su función es «la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho», que deberá hacerse por parte del legislador, ya que es a este a quien le corresponde ponderar los intereses en juego y decidir la solución que considere más conveniente (interés del menor y progenitor, y corresponsabilidad en el cuidado del niño/a).

Sin embargo, es llamativo como en el año 2021, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) aceptó una reclamación por una jueza que solicitaba la ampliación de su permiso de maternidad por ser una madre soltera, a partir de la cual, se ha establecido que aquellas magistradas que ostenten la

¹⁶ I. BALLESTER PASTOR, *Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 8, p. 3.

¹⁷ STS 167/2023, de 27 de febrero.

jefatura familiar en solitario tendrán derecho al disfrute de dicho permiso doble. Esta decisión fue consensuada en base a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁸, que en su art. 2 regula la no discriminación de los menores.

Sin embargo, ni para el Ministerio Público ni para el Alto Tribunal existe una discriminación indirecta por razón de sexo a la mujer por el mero hecho de que haya un mayor número de familias monoparentales lideradas por mujeres que por hombres, «pues el término de comparación sería con las familias biparentales, integradas salvo escasísimas excepciones por hombres y mujeres por igual». De hecho, en la citada sentencia del Tribunal Supremo este alega en su Fundamento de Derecho cuarto.³ que «no tiene sentido la invocación de la perspectiva de género cuando la norma a interpretar afecta exactamente por igual y sin distinción alguna a mujeres y hombres, de forma que carezca de cualquier incidencia en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades. Bien al contrario, la indebida apelación a esa herramienta supone sin duda cierta devaluación de tan relevante mecanismo legal para la interpretación de las leyes». Por lo tanto, no se considera que exista discriminación a la mujer, sino un «eventual déficit de protección».

En definitiva, lo que se plantea es que es el legislador a quien le corresponde la determinación tanto del alcance como del contenido de la protección que deberá dispensarse para este tipo de modelo familiar, considerando que, en caso contrario, esto supondría la creación de una prestación contributiva nueva en beneficio de las personas progenitoras de familias unipersonales que estaría limitada estrictamente a la duplicación de la duración de esta¹⁹.

5. Conclusiones

Las familias monoparentales, sobre todo aquellas en las que está al frente una mujer (familias monomarentales), son una realidad creciente en nuestro país desde los últimos años. Tras analizar los datos sociodemográficos, que precisamente muestran una clara evidencia de que la mujer es la parte que se ve más afectada (siendo casi un 50% de los casos debido a la viudedad) y las necesidades sociales que tiene este modelo familiar, resulta de suma importancia la necesidad de una normativa que regule este tipo de familias.

¹⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

¹⁹ M.J. ANDRADE SANTANA, *La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2023, n. 472, p. 202.

Un aspecto importante a proponer sería una mejora de las políticas públicas en relación a la provisión, por ejemplo, de los servicios para el cuidado de los hijos/as en edad preescolar. En numerosas ocasiones, la única vía que tienen muchas familias monoparentales para compatibilizar la familia y el empleo es una ayuda externa, por lo que, en ese sentido, contar con unos servicios adecuados de atención y cuidado de hijos/as menores de cuatro años o en edad preescolar resulta absolutamente crucial (sobre todo en los casos en los que se deniegue el permiso doble de maternidad).

El Tribunal Supremo ha expresado la absoluta necesidad de llenar tal gran vacío regulador existente sobre las familias monoparentales, puesto que no es a este a quien le compete determinar asuntos relativos a su protección o a la de los hijos/as menores a cargo (en relación a la posibilidad de tener un permiso de maternidad o paternidad doble), aunque si bien los Tribunales Superiores de Justicia de diversas comunidades autónomas ya se habían pronunciado al respecto de forma positiva.

Sin embargo, esto no es una tarea sencilla, ya que se tienen que barajar una serie de derechos, como el del bienestar e interés del menor, con otros tales como el derecho a una prestación por el nacimiento o adopción de hijos/as que, en principio, se supone que es un derecho individual e intransferible entre personas progenitoras. Por lo tanto, se tendrá que determinar cuál es el derecho que debe imponerse frente al otro y establecer si en ese caso se podría o no obtener un permiso doble. Esto traería consigo problemas de determinación de los requisitos para ello, por ejemplo, si es necesario que exista relación matrimonial, controversias en cuanto a las parejas de hecho, revisiones concretas para evitar que una única persona progenitora pueda obtener ambos permisos mientras que la otra continúa ejerciendo funciones laborales (que normalmente será un hombre), etc.

Por último, en materia de Seguridad Social, se ha venido utilizando un sistema de protección reforzado muy similar al que se dispensa para las familias numerosas, aunque otorgando un tratamiento diferenciado según la ayuda de que se trate, así como de la entidad que la gestiona²⁰. Por ende, entraríamos en el debate de si debe igualarse el derecho entre los distintos modelos de familia (biparental y monoparental u otros), de tal manera que los hijos/as puedan recibir los cuidados necesarios con independencia de que tengan una solo o ambas personas progenitoras.

²⁰ M.A. DÍAZ MORDILLO, *Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada*, en *Trabajo y Seguridad Social* – CEF, 2023, n. 473.

6. Bibliografía

ANDRADE SANTANA M.J. (2023), *La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho? A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 472, pp. 198-205

ASSIEGO CRUZ V. (2020), *Las familias monomarentales en España: datos, problemas y necesidades*, Instituto de las Mujeres

AVILÉS HERNÁNDEZ M. (2013), *Origen del concepto de monoparentalidad. Un ejercicio de contextualización socio histórica*, en *Papers*, n. 2, pp. 263-285

BALLESTER PASTOR I. (2022), *Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 8, pp. 1-10

BARRÓN LÓPEZ S. (2002), *Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 40, pp. 177-183

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2007), *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*

DE URIBE GIL P., ASSIEGO CRUZ V. (2021), *Retrospectiva de la monoparentalidad en España*, Instituto de las Mujeres

DÍAZ MORDILLO M.A. (2023), *Seguridad Social y familia monoparental: los inconvenientes de una protección inacabada*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 473, pp. 61-86

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MADRES SOLTERAS (2021), [Las familias monoparentales en España](#), Instituto de las Mujeres

GOÑI SEIN J.L. (2005), *La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer*, en *Temas Laborales*, n. 82, pp. 11-46

GORELLI HERNÁNDEZ J. (2022), *La protección a las familias en la Seguridad Social*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 5, pp. 65-100

IGLESIAS DE USSEL J. (1988), *La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares*, en J. IGLESIAS DE USSEL (coord.), *Las familias monoparentales*, Instituto de la Mujer

INE (2021), [Encuesta Continua de Hogares \(ECH\). Año 2020](#)

LANDERO HERNÁNDEZ R. (2006), *Apoyo social en mujeres de familias monoparentales y biparentales*, en *Psicología y Salud*, n. 2, pp. 149-157

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE (2008), *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010*

PULMAR BELTRÁN N. (2010), *La revisión de la protección de las familias monoparentales por parte de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración

RODRÍGUEZ SUMAZA C., LUENGO RODRÍGUEZ T. (2003), *Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales*, en *Papers*, pp. 59-82

VILA TIerno F. (2016), *Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho. A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2015 (RCUD 3070/2014)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 9, pp. 151-157

Brecha digital, género y derechos laborales*

José Iván PÉREZ LÓPEZ**

RESUMEN: La disrupción digital en la sociedad contemporánea ha traído consigo determinados aspectos específicos que afectan a la igualdad entre hombres y mujeres. Pese al abanico de derecho conseguidos durante los siglos XX y XXI, la inminente aparición de un nuevo escenario laboral, como lo es el trabajo a distancia y, por consiguiente, la necesaria adquisición de competencias digitales para los trabajadores, ha generado sesgos específicos de género que deben ser estudiados minuciosamente para su erradicación. El trabajo digital, basado fundamentalmente en las competencias de las TIC, ha traído consigo una discriminación basada en la dificultad añadida y particular para las mujeres a la hora de acceder el empleo del futuro, basada en la mano de obra digital. Un gran porcentaje de mujeres, sufren en la práctica, carencias formativas en competencias digitales que les impide, por una parte, el acceso a determinados puestos de trabajo y, por otro, un esfuerzo añadido de aprendizaje de determinadas habilidades en las que son especialmente vulnerables, pues no se ha tenido en cuenta, desde una perspectiva de género, la implementación de medidas de fomento y de formación de las mujeres para ayudarlas en el futuro a adaptarse a las necesidades del mercado laboral. Se hace urgente la creación de un paquete concreto de medidas que ponga fin a dicha desigualdad, a fin de conseguir una verdadera igualdad entre hombres y mujeres cuyo ámbito de protección abarque la igualdad y los derechos digitales y, en definitiva, un acceso justo al empleo del futuro.

Palabras clave: Género, brecha digital, discriminación, igualdad, mujeres, competencias digitales, sesgos específicos de género, equidad, competencias TIC.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La brecha digital de género. 3. Medidas y legislación referentes a la igualdad y la brecha digital de género. 4. La brecha digital en el trabajo a distancia y la importancia de la prevención de riesgos laborales. 5. Estadísticas de la brecha de género digital. 6. Otros datos para tener en cuenta. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Este artículo ha sido realizado en el marco de la Red de I+D+i de la Universidad de Málaga *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida*.

** Becario de investigación, Universidad de Málaga (España).

Digital Divide, Gender and Labour Rights

ABSTRACT: The digital disruption in contemporary society has brought with it certain specific aspects to the equality between men and women. Despite the range of rights gained during the 20th and 21st century, the imminent appearance of a new work scenario, like remote work and, therefore the necessary acquisition of digital skills for the workers, has created specific twists of gender that should be studied thoroughly for its eradication. The digital work, fundamentally based on ITC skills, has brought with it a discrimination based on the added difficulty and especially for women when applying for employment in the future, based on digital manual labour. A great percentage of women, suffer in the practice, digital training deficiencies which prevents them, on one side, to access certain job positions and on the other, and added effort to learn certain skills in which they are especially vulnerable, as it has not been taken into account, from a gender perspective, the implementation of measures of promotion and training by women to help them adapt to the labour market needs in the future. It becomes urgent the making of a package of particular measures that alleviate said inequality, to gain a true equality between men and women whose protection scope covers the digital equality and the digital rights and, definitely, a fair access to future employment.

Key Words: Gender, digital divide, discrimination, equality, women, digital skills, specific gender biases, equity, ICT skills.

1. Introducción

A partir de los años 60, desde el auge de la sociedad de la información y más concretamente tras el desarrollo de los nuevos medios de comunicación (móvil, ordenador...), se produjo un mayor acceso a las fuentes de información. Sin embargo, esto no ha sido equitativo entre países, puesto que los aquellos con más renta per cápita han podido tener mayor acceso a los medios, pero no ocurrió lo mismo con aquellos países subdesarrollados (y ni siquiera entre los países desarrollados se puede hablar de equidad). Esta tendencia, sin duda, se ha convertido en una nueva desigualdad social propia del siglo XXI entre aquellos países que tienen acceso a Internet y los que no.

Ahora bien, sería un error considerar que solo hay un tipo de brecha digital entre países ricos y pobres. Es por ello por lo que Meso Ayerdi y Ganzabal Learreta¹ nos mencionan una brecha de acceso, brecha de uso, brecha de contenido y brecha de habilidades tecnológicas y Alva de la Selva² nos habla de tres brechas digitales, brecha digital de uso (entre personas que se lo pueden permitir y quienes no), brecha digital de género (en la que a continuación profundizaremos) y brecha digital entre los nativos y no nativos digitales, existiendo una clara diferencia entre el conocimiento informático de las nuevas generaciones a las que se educa usando herramientas digitales y quienes no han dispuesto de herramientas digitales hasta hace poco.

2. La brecha digital de género

Cuando hablamos de brecha digital de género, nos referimos a la disparidad que existe entre hombres y mujeres a la hora de tener acceso a un dispositivo digital, ya sea este un móvil, tablets o PC (primera brecha digital). Ahora bien, hay que señalar que no existe sólo un tipo de brecha digital de género, es decir, esta diferencia no se da solamente en función del acceso o no a las TIC por parte de mujeres³, sino que, aun teniendo las

¹ K. MESO AYERDI, M. GANZABAL LEARRETA, *La brecha digital de género en España*, en A. LARRONDO URETA, K. MESO AYERDI (eds.), *III Jornadas Mujeres y medios de comunicación*, Universidad del País Vasco, 2011, p. 156.

² A.R. ALVA DE LA SELVA, *Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo XXI: La brecha digital*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2015, n. 223, p. 278.

³ Realmente la primera brecha digital de género ya se está erradicando en España y en Europa, pues según datos de Eurostat, en 2019 un 90% de hogares en la Unión Europea cuenta con acceso a internet, unos 30 puntos porcentuales más que en 2008. Este

mismas oportunidades de acceso, también influyen otros factores en esa brecha como el uso que se dé al contenido, el conocimiento técnico entre otros factores. Es por ello por lo que Castaño Collado⁴ afirma la existencia de una segunda brecha digital de género relacionada con la brecha del conocimiento⁵, es decir, con la diferencia en el manejo de las TIC, en la sociedad actual entre hombres y mujeres. Otros autores como Andrés del Campo, Collado Alonso y García-Lomas Taboada⁶ nos mencionan una tercera brecha digital referida a los usos tecnológicos avanzados, los que vendrían siendo aquellos dispositivos de última generación con multitud de posibilidades de uso.

Para medir el grado en la brecha digital, Castaño, Martín y Martínez⁷ propusieron un grupo de indicadores denominados SIGTIC (Sistema de Indicadores de Género y TIC), para calcular el grado de igualdad de género no solo entre hombres y mujeres en España sino también en otros 31 países europeos. Para el análisis tuvieron en cuenta las siguientes variables: Frecuencia de uso del ordenador e internet, uso del correo electrónico, uso de las TIC para asuntos como búsqueda de empleo, salud o educación, uso del ordenador y móvil como herramienta de ocio (viajes, juegos, música), acceso a Administración Pública y uso de la banca electrónica o gestión de comercios. Analizando dicho artículo con los datos de 2011, las mujeres españolas estaban por debajo de la media europea femenina en intensidad de uso (puesto 27 de 31) y usos de comercio y banca electrónicos (puesto 22), sin embargo, estaban por encima de la media en los usos de relación

incremento se debe en gran parte al aumento en el uso de dispositivos móviles: el 73% de las personas utilizaron un teléfono móvil o smartphone para conectarse a internet en 2019. Esta cifra es aún mayor en España, donde alcanza el 86%, un drástico aumento con respecto al 17% que se observaba en 2011, datos recogidos por P. BARBERÁ, *Internet y Política: Consecuencias políticas y sociales de la revolución digital*, en *Revista de las Cortes Generales*, 2020, n. 108, p. 227. Los números deben ser aún más tenidos en cuenta cuando vemos que según recogen N. VADILLO BENGOA, J. GALLARDO CAMACHO, *La brecha digital de género en Aragón*, en N. VADILLO BENGOA, J. GALLARDO CAMACHO (coords.), *Las nuevas tecnologías audiovisuales frente a los procesos tradicionales de comunicación*, Sociedad Latina de Comunicación Social, 2014, p. 173, usando las fuentes del Observatorio de Igualdad de la UCM sacan unas estadísticas según la cuales en 2009 un 35,5% de la población española no había usado internet (siendo este porcentaje el 38,7% en las mujeres).

⁴ C. CASTAÑO COLLADO, *La segunda brecha digital y las mujeres*, en *Telos*, 2008, n. 75, p. 4.

⁵ El término “segunda brecha digital” fue acuñado por Paul Gilster en 1997 que lo denominó *Digital Literacy*, como recogen S.A. DEL CAMPO, R. COLLADO ALONSO, J.I. GARCÍA-LOMAS TABOADA, *Brechas digitales de género. Una revisión del concepto*, en *Etic@net*, 2020, n. 20, y C. CASTAÑO COLLADO, *op. cit.*, p. 4.

⁶ S.A. DEL CAMPO, R. COLLADO ALONSO, J.I. GARCÍA-LOMAS TABOADA, *op. cit.*, p. 45.

⁷ C. CASTAÑO, J. MARTÍN, J.L. MARTÍNEZ, *La brecha digital de género en España y Europa: medición con indicadores compuestos*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2011, n. 136.

con las Administraciones Públicas (puesto 16) y de ocio (puesto 10). Pero la pregunta en cuestión debería ser ¿por qué las mujeres viven esa segunda brecha digital⁸? Entre los motivos podemos identificar varios. Según Martínez Cantos y Castaño Collado⁹ y Castaño Collado¹⁰, podríamos señalar que el motivo principal sería la educación familiar y en la escuela en base a unos estereotipos de género entre los que se inculca la diferencia en las responsabilidades e intereses entre hombres y mujeres, en palabras de la propia autora podríamos decir que «Se tiende a identificar feminidad y masculinidad con determinados atributos. Si los niños adoran los ordenadores y los videojuegos (y es evidente que los prefieren a la televisión), esto no está inscrito en su naturaleza, sino que se les ha ido inculcando desde pequeños». En cambio, continúa la autora, «a las niñas se les inculca la responsabilidad, el cuidado de los demás, una visión más sufrida que utiliza las herramientas (en este caso el ordenador o Internet) para resolver problemas más que para jugar». Se insiste, por tanto, en una especie de prototipo de mujer abnegada.

Todo esto ocurre en la familia y la escuela a edades tempranas. A esto podemos añadir como señalan Meso Ayerdi y Ganzabal Learreta¹¹ y Berrio Zapata, Marín Arraíza, Ferreira da Silva y das Chagas Soares¹² que las mujeres han asumido en exclusiva el mantenimiento y cuidado del hogar¹³ y de las personas dependientes, por ello han dispuesto de menos tiempo que los hombres para dedicárselo al ocio y al propio conocimiento informático.

Por lo tanto, en el aula se les inculca desde pequeñas que, la educación científica es más propia de niños que de niñas y por eso a ellas se les pregunta menos, se les hace menos partícipes y por ende, adquieren menos conocimientos digitales.

⁸ Aparte de los motivos citados, A.J. RAMOS LLANOS, M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *Brecha digital de género en España. Consecuencias sociales y económicas*, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2009, n. 76, nos mencionan tres motivos, siendo divididos estos en; motivos laborales (las mujeres con empleo acceden más a internet que las que no tienen empleo), contenidos en red adaptados a hombres; falta de tiempo y déficit en la formación académica en materia tecnológica.

⁹ J.L. MARTÍNEZ CANTOS, C. CASTAÑO COLLADO, *La brecha digital de género y la escasez de mujeres en las profesiones TIC*, en *Panorama Social*, 2017, n. 25, pp. 56-57.

¹⁰ C. CASTAÑO COLLADO, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹¹ K. MESO AYERDI, M. GANZABAL LEARRETA, *op. cit.*, p. 165.

¹² C. BERRIO ZAPATA, P. MARÍN ARRAÍZA, P. FERREIRA DA SILVA, E. DAS CHAGAS SOARES, *Desafíos de la inclusión digital: antecedentes, problemáticas y medición de la brecha digital de género*, en *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, 2017, n. 7, p. 173.

¹³ En una encuesta sobre empleo de tiempo realizada en 2011 por el INE se estableció que las mujeres dedican cada día dos horas y cuarto más que los hombres a las tareas del hogar y esto hace que tengan menos tiempo para dedicarlo al uso de las TIC.

Esto según Castaño Collado¹⁴, como se da ya desde edad infantil, termina influyendo en la forma de ser de los niños/as cuya personalidad se va desarrollando en la edad adolescente y sus aficiones van dependiendo de cómo hayan sido educados al igual que sus intereses¹⁵.

Y precisamente, el hecho de que a las chicas no se les anime a interesarse por las disciplinas STEM (entre ellas la informática), provoca una falta de representación femenina en estos campos. En España, como recogen Sánchez Vadillo, Ortega Esteban y Vall-Llovera¹⁶, solo el 17%¹⁷ de estudiantes de informática son mujeres¹⁸ y solo el 35% de las mujeres con edad entre 16 y 24 años tienen un nivel de habilidades alto en informática (en cambio en los hombres es el 48%).

Estos datos son aún más significativos si tenemos en cuenta que en España, durante el curso universitario 2020-2021 hubo un 43% de hombres y un 57% de mujeres, pero las mujeres fueron apenas un 26% en carreras como Ingeniería o Arquitectura. Por ello, según los datos del *Women in Digital Scoreboard* de la Comisión Europea, en 2019, España presentó 12 mujeres (y 30 hombres) graduadas en carreras STEM por cada mil habitantes entre 20 y 29 años (mientras que en la UE hubo 14 mujeres y 28 hombres por cada mil habitantes entre 20 y 29 años)¹⁹.

Por otra parte, relacionado con el sector de la informática no podemos dejar de lado el sector de los juguetes y los videojuegos así como la influencia que estos tienen a la hora de perpetuar los roles de género. Respecto a los videojuegos, según estadísticas de la Interactive Digital Software Association (IDSA), solo un 19% de los juegos de ordenador producidos en la actualidad están orientados a las chicas, pero en cambio, hay un 43% de usuarias de juegos de ordenador. Y respecto a los juegos, nos

¹⁴ C. CASTAÑO COLLADO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵ Para un estudio de que es lo que buscan los adolescentes en internet, véase M.-A. MASANET, F. PIRÉS, L. GÓMEZ-PUERTAS, *Riesgos de la brecha digital de género entre los y las adolescentes*, en *Profesional de la Información*, 2021, n. 1.

¹⁶ N. SÁNCHEZ VADILLO, O. ORTEGA ESTEBAN, M. VALL-LLOVERA, *Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica*, en *Athenea Digital*, 2012, n. 3, pp. 115-117.

¹⁷ Observando datos de 2018 aparecidos en ONTSI, *Brecha digital de género*, 2022, p. 31, España presentaba una cifra de graduadas en carreras STEM por cada mil individuos entre 20 y 29 años, seis puntos porcentuales por debajo de la media de los países de la UE.

¹⁸ Para conocer casos individuales de mujeres que han estudiado la carrera de informática y como han llegado a optar por esa carrera (gracias al interés de un padre informático, el gusto por los videojuegos desde edad infantil), véase N. SÁNCHEZ VADILLO, O. ORTEGA ESTEBAN, M. VALL-LLOVERA, *op. cit.*

¹⁹ Los datos aquí recogidos aparecen en ONTSI, *op. cit.*, pp. 25-26.

encontramos cuestionarios²⁰ que nos indican cuales son las preferencias de juegos de niños/as encontrándose que los primeros ante tener que decidir entre un muñeco Action Man y una muñeca Barbie eligieron el primero y las chicas el segundo juguete.

Esta ausencia de referentes femeninos que anime a las menores a interesarse por las carreras, precisamente para aumentar el interés de las mujeres en el estudio de las disciplinas STEM y aumentar el nivel de conocimiento informático, autores como Gil-Juarez, Vitores, Feliu y Vall-Llovera²¹ han propuesto una serie de medidas, como exponer experiencias y modelos femeninos²² en el ámbito de las TIC a niñas y jóvenes (lo que se conoce como patrocinio activo). Un ejemplo podría ser Elena García Armada (investigadora del CSIC) que ha desarrollado el primer exoesqueleto biónico para niños/as con atrofia muscular espinal²³.

Esta ausencia de referentes femeninos que animen a las menores a interesarse por las carreras tecnológicas conlleva a que, según datos recogidos por la OCDE en 2018, sólo el 0,5% de las adolescentes de 15 años de los países de la OCDE se planteen tener profesiones en el ámbito de las nuevas tecnologías digitales, frente al 5% de los adolescentes.

Se hace necesario la implementación de programas de formación en competencias tecnológicas a todos los niveles (básico, medio y avanzado), dirigidos a mujeres con titulaciones no tecnológicas (esto lo propone Duran Bernardino²⁴. Al hilo de esto, precisamente, el RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, se centra en la mejora de las competencias digitales

²⁰ Vid. A. ESCOFET ROIG, M.J. RUBIO HURTADO, *La brecha digital: género y juegos de ordenador*, en *Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 2007, n. 1.

²¹ A. GIL-JUAREZ, A. VITORES, J. FELIU, M. VALL-LLOVERA, *Brecha digital de género: Una revisión y una propuesta*, en *Education in the Knowledge Society*, 2011, vol. 12, n. 2, pp. 31-32.

²² Solo el 7,6% de los referentes científicos incluidos en los libros de texto de la ESO son mujeres y no se estudian personajes como Marie Paulze Lavoisier autora del *Tratado elemental de química* en 1879 considerado el primer tratado de química moderno o Lady Lovelace primera mujer programadora de la historia en Inglaterra en el siglo XIX. Estas figuras femeninas han quedado en el olvido por el conocido como “efecto Matilda” como señalan T. DONOSO VÁZQUEZ, S. ESTRADÉ ALBIOL, N. VERGÉS BOSCH, *Brecha digital de género*, Documentos de Trabajo Fundación Carolina, 2022, n. 70. Para ver más información sobre el efecto Matilda, véase A. LLORENTE, *Día de la Mujer: qué es el “efecto Matilda” que invisibiliza a las mujeres en la ciencia*, en www.bbc.com/mundo, 8 marzo 2021, y N. MENESES, *Del efecto Matilda a las científicas de hoy: así se ayuda a visibilizar las contribuciones de la mujer a la ciencia*, en elpais.com, 10 febrero 2023.

²³ Vid. SERVIMEDIA, *La brecha de género aumentó en las últimas décadas en informática y matemáticas en Bachillerato, FP y Universidad*, en www.economista.es, 7 febrero 2022.

²⁴ M. DURAN BERNARDINO, *Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2021, n. 21, p. 24.

para que esto ayude al empleo²⁵. Romper con los estereotipos masculinos asociados a la profesión. Promover políticas de captación y mantenimiento de mujeres en el entorno académico y/o laboral de las TIC, son prioridades políticas de primer orden.

En definitiva, como señalan Donoso Vázquez, Estradé Albiol y Vergés Bosch²⁶ lo más importante es la educación en el aula y la erradicación de los estereotipos para que las mujeres no tengan prejuicios a la hora de escoger una carrera y no se sientan inferiores a los hombres, ya que esto puede derivar en el llamado “síndrome de la impostora”²⁷, en el que las mujeres se vean a sí mismas no como personas con valía que han conseguido un logro debido a su esfuerzo, sino a su “suerte” y que eso les produzca miedo por la decepción o el fracaso de quedar “señaladas”. Por ello lo fundamental es hacerles ver que no dependen de la valoración de nadie. Las autoras mencionadas abogan por enseñar a los profesores perspectiva de género en la universidad, y para ello, han posibilitado que en la universidad de Barcelona, acorde al III Plan de Igualdad, se proponga una asignatura transversal que involucre ciencia, tecnología y género.

3. Medidas y legislación referentes a la igualdad y la brecha digital de género

En el marco jurídico español, la igualdad es uno de los pilares fundamentales y ésta queda recogida en una serie de leyes, comenzando por la Carta Magna de la Constitución española de 1978 (CE):

- art. 1 CE («España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»);
- art. 9.2 CE («Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»);
- art. 14 CE (igualdad ante la ley);
- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación;
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y

²⁵ Vid. ONTSI, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ T. DONOSO VÁZQUEZ, S. ESTRADÉ ALBIOL, N. VERGÉS BOSCH, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Para ver más acerca del síndrome véase S. NIETO, *El síndrome de la impostora. Sus cinco tipos, ¿te reconoces en alguno de ellos?*, en www.elmundo.es, 6 marzo 2021.

mujeres (posteriormente reforzada con el *Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres*)²⁸.

La LO 3/2007 tiene su origen en la Directiva 2002/73/CE, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que, en su Título II califica como *Políticas públicas para la igualdad*. El art. 28 arroja por tanto, como afirman Ramos Llanos y Rodríguez Sánchez²⁹ y Meso Ayerdi y Ganzabal Learreta³⁰, las siguientes conclusiones:

1. todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución;
2. el Gobierno promoverá la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando las de colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural;
3. el Gobierno promoverá los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información;
4. en los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas.

Aparte, como señalan Caridad Sebastián y Ayuso García³¹ en el art. 20.b de la Ley se señala que se deben «Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias de los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interpretación en la realidad que se vaya a analizar». Y el artículo 30, dedicado al *Desarrollo rural*, incluye la premisa de que «los poderes públicos fomentaran la igualdad de oportunidades en el acceso a las TIC mediante el uso de políticas y actividades dirigidas a las mujeres rurales y la aplicación de soluciones

²⁸ Junto al plan, como recogen J.L. MARTÍNEZ CANTOS, C. CASTAÑO COLLADO, *op. cit.*, p. 64, se elaboró la Agenda Digital para España (2013) que incluyó las cuestiones de género, de inclusión y alfabetización digital en su art. 6. Para alcanzar dichos objetivos se propusieron 121 medidas orientadas a la formación de mujeres en condiciones vulnerables, la organización de jornadas o la difusión de contenidos y recursos digitales.

²⁹ A.J. RAMOS LLANOS, M. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 246.

³⁰ K. MESO AYERDI, M. GANZABAL LEARRETA, *op. cit.*, p. 167.

³¹ M. CARIDAD SEBASTIÁN, M.D. AYUSO GARCÍA, *Situación de la brecha digital de género y medidas de inclusión en España*, en *Investigación Bibliotecológica*, 2011, n. 55, p. 233.

alternativas tecnológicas allá donde la extensión de estas tecnologías no sea posible».

Por otra parte, como medida para promocionar la igualdad dentro de las empresas, en 2010, se redactó el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (este Real Decreto sería modificado en 2020 por el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro³². Esta igualdad es un pilar legislativo también en la normativa europea, aparte de la Directiva 2002/73/CE ya mencionada, otra directiva a tener en cuenta ha sido la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y de ocupación y la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE reconoce la igualdad de género como un derecho fundamental en su art. 23 señalando que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

Pero fuera del ámbito legislativo, en el siglo XXI estamos siendo protagonistas de la digitalización de la sociedad, este auge de las TIC ha cambiado la forma de relacionarse, buscar información e incluso trabajar. En este último aspecto, para no dejar atrás del avance a nadie (en este caso nos referimos a las mujeres), y no acentuar la brecha digital, se han propuesto una serie de medidas tanto a título individual (ya mencionadas algunas previamente), como desde el ámbito nacional, europeo.

Alva de la Selva³³ nos menciona los planes en México para acabar con la brecha digital, mientras que, en el caso de España, se han propuesto varios planes para acabar con la brecha digital: el Plan Avanza (junto a este plan en Asturias se puso en marcha el plan *Mujer piensa en TIC*), como mencionan Caridad Sebastián y Ayuso García³⁴, el *Plan de Acción para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información*, el *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades* (2008-2011) y el plan *España Digital 2025*³⁵ o el *Programa*

³² Vid. ONTSI, *op. cit.*, p. 34.

³³ A.R. ALVA DE LA SELVA, *op. cit.*, pp. 282-283.

³⁴ M. CARIDAD SEBASTIÁN, M.D. AYUSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 248.

³⁵ En el plan *España Digital 2025* se han planteado los siguientes objetivos: mejorar las competencias básicas digitales de toda la ciudadanía para que toda la población pueda vivir en la nueva era digital sin ningún tipo de exclusión, y así reducir la brecha digital entre los colectivos con más dificultades para obtener estas competencias; garantizar que todos los

CERES³⁶ de formación en materia de alfabetización digital y empoderamiento de las mujeres rurales con perspectiva de igualdad, este plan consiste en formar a mujeres del ámbito rural en habilidades básicas como el uso de ordenadores, la búsqueda de información.

En lo que respecta a la UE, se han dado una serie de conferencias en las que se ha puesto de manifiesto la importancia de las TIC en la sociedad actual, destacando la Conferencia Ministerial de Riga en 2006 en la que se publicó el informe *Measuring progress in e-Inclusion, Riga Dashboard 2007*. En dicho informe se reconocía a la mujer como un grupo en riesgo de exclusión digital, por ello, se establecía la necesidad de reducir las desigualdades entre hombres y mujeres.

Y en el ámbito mundial, podemos destacar la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), en la que se estableció como objetivo incluir la perspectiva de género dentro de la educación digital y así aumentar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en el campo de las TIC. En definitiva, se busca que tanto hombres como mujeres estén en igualdad de condiciones y al mismo nivel en el plano tecnológico, para ello, se han elaborado los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

También se han elaborado declaraciones conjuntas como la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital que establece que la vía para la transformación digital de nuestras sociedades y nuestra economía debe abarcar la igualdad. La declaración señala que, toda persona debe tener acceso a una conectividad digital

alumnos obtengan las competencias digitales avanzadas; formar a los trabajadores (empleados y desempleados) con los conocimientos digitales necesarios para el ámbito laboral; satisfacer la demanda de especialistas en tecnologías digitales que contará con expertos en nuevas tecnologías, como la Inteligencia Artificial, la analítica de datos o la ciberseguridad; disminuir la brecha de género tanto en el sector laboral, como en la ciudadanía en general. El objetivo de esta medida es asegurar la inclusión y formación digital de toda la ciudadanía, sin dejar a nadie atrás en el proceso de transformación digital eliminando así la brecha de género. Este plan se divide en cuatro ejes de actuación: formación básica de las competencias digitales en los colectivos con mayores problemas de inclusión en el ámbito digital como las personas mayores, mujeres, personas con baja nivel de estudios y de ingresos, así como áreas no urbanas; garantizar en los alumnos que al terminar la educación secundaria cuenten con competencias digitales avanzadas; formar a los trabajadores con los conocimientos digitales necesarios para la realización de sus puestos de trabajo, así como para aumentar y fomentar la productividad y el trabajo a distancia; atender la demanda de especialistas digitales tanto avanzados como generalistas en la economía de España, poniendo atención en reducir las brechas de género. *Vid. ACELERA PYME, [Conoce las medidas del plan España Digital 2025 para reducir la brecha digital de las pymes](#), en www.acelerapyme.gob.es, 1º febrero 2022.*

³⁶ Información contenida en GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Nacional de Competencias Digitales*, 2021.

asequible, de alta velocidad y derecho a la educación, la formación y el aprendizaje permanente. Para lograr estos objetivos, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea general de Naciones Unidas, «exhorta a todos los Estados a que acaben con la brecha digital entre los géneros y mejoren el uso de la tecnología instrumental, en particular, la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres y las niñas»³⁷.

Y aparte de los planes, cumbres y declaraciones, también, en el ámbito nacional, se han tomado otra serie de medidas para reducir la brecha de género (no solamente en el ámbito digital), entre ellas podemos destacar que, según José Luis Escrivá (ministro de inclusión, seguridad social y migraciones), 190.000 personas (94% mujeres), se han beneficiado de una pensión complementaria para reducir la brecha de género³⁸ en el año 2022. De esta manera, las mujeres se han beneficiado de un complemento que incorpora no solo un plus para reducir la brecha respecto al hombre, sino también un complemento en función del número de hijos, siendo esta ayuda de 28 euros al mes por cada hijo. Esto también afecta al plano digital ya que permite a las familias monoparentales tener unas mejores condiciones socioeconómicas y con ello conseguir que la mujer tenga mayor libertad para compaginar su vida laboral y personal.

Este complemento se concede al progenitor que acredite un perjuicio en su carrera profesional tras el nacimiento del hijo, pero si los dos progenitores acreditan el perjuicio, el derecho se le reconoce a la madre, contribuyendo así a la reducción de la brecha de género. Para el resto de particularidades a tener en cuenta para cuantificar la prestación adecuada, habrá que estar al caso concreto, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4. La brecha digital en el trabajo a distancia y la importancia de la prevención de riesgos laborales

Con la pandemia del Covid-19, el teletrabajo³⁹ (entendida esta como

³⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El nuevo Derecho Digital y los problemas de discriminación*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 4, p. 4.

³⁸ Vid. LA MONCLOA, *Menos del 20% de especialistas en tecnologías digitales son mujeres*, en www.lamoncloa.gob.es, 6 marzo 2023.

³⁹ Tenemos la definición de teletrabajo incluida en el apartado segundo del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002 que define teletrabajo como «forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado

actividad remunerada que el trabajador realiza desde casa usando tecnologías de la información y la comunicación) aumentó considerablemente, convirtiéndose así en una modalidad de actividad profesional muy común por parte de las empresas.

Aunque la idea del fomento del teletrabajo ya estaba presente antes de la pandemia, la UE, en la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el equilibrio entre el trabajo y la vida para padres y cuidadores, instaba a todos los Estados miembros en su art. 3.1 a adoptar «medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado».

A nivel nacional, como recoge Duran Bernardino⁴⁰, también se ha impulsado el trabajo a distancia a través del RD-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, este Real Decreto modifica el apartado 8 del art. 34 ET, donde se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a solicitar el trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por otro lado, también se introdujo el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, destacando el art. 8.3 disponiendo lo siguiente respecto a la negociación colectiva de los trabajadores: por convenio o acuerdo colectivo se podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares.

De esta forma, se deja la posibilidad abierta de que a través de la negociación colectiva se pueda establecer como preferencia a la hora de acceder al

igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular» (CCOO, [El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral](#), 2020, pp. 7-8) (actividad profesional remunerada que el trabajador hace desde casa usando tecnologías de la información y la comunicación) aumentó considerablemente convirtiéndose así en una actividad profesional muy común por parte de las empresas. Aunque la idea del fomento del teletrabajo ya estaba presente antes de la pandemia, la UE en la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el equilibrio entre el trabajo y la vida para padres y cuidadores instaba a todos los Estados miembros en su art. 3.1 a adoptar «medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado».

⁴⁰ M. DURAN BERNARDINO, *op. cit.*, p. 19.

teletrabajo una necesidad de conciliar la vida laboral con la vida personal o familiar, pudiendo establecerse como criterio para acceder al teletrabajo el tener que cuidar de un familiar. Hay que señalar que en el art. 4.5 se aseguran los mismos derechos a las personas que trabajen de manera presencial o a distancia. También en el Real Decreto se modifica el art. 37.8 ET, reconociéndose a las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo, el derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo, siempre que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona.

Por otro lado, este Real Decreto supone un avance al modificar el apartado 1 del art. 23 ET, así se reconoce el derecho a acceder al trabajo a distancia (como el párrafo anterior si tal es el régimen instaurado en la empresa, y el puesto o funciones son compatibles con esta forma de realización del trabajo), cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.

Y, por último, el Real Decreto incorpora el art. 138-*bis* a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social para resolver los conflictos que surjan en el marco del teletrabajo.

Ahora bien, que los trabajadores hagan el trabajo en sus casas no excluye a las empresas de tener que acatar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que en su art. 15 instituye la «obligación de la empresa de garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras».

Esta Ley tiene realmente una importancia mayúscula puesto que señala que no se puede apartar a las mujeres de sus puestos de trabajo por motivos discriminatorios o para protegerlas durante el embarazo.

Por otra parte, volviendo a la LO 3/2007, ésta en su art. 27 integra el principio de igualdad en la salud señalando que:

1. Las políticas, estrategias y programas de salud tienen que integrar, en su formulación, desarrollo y evaluación, las diferentes necesidades de las mujeres y los hombres, así como las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente.
2. Las Administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y hombres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros.

Y, por otra parte, acorde al art. 28 y a la disposición adicional duodécima de la LO 3/2007 se establece que las administraciones públicas tienen que

promover el cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Para que esto sea posible, las administraciones deberán considerar «las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores».

Y además de la LPRL, hay otras leyes para asegurar la igualdad entre sexos, entre estas leyes encontramos; Ley de Igualdad, Ley de Violencia de Género, Estatuto de los Trabajadores, acuerdos internacionales siendo tanto la LPRL como la Ley de Igualdad dos herramientas básicas para garantizar la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y la salud laboral⁴¹.

Por último, volviendo al asunto del teletrabajo o trabajo a distancia, este no acarrea solo beneficios en cuanto a la gestión del tiempo por parte del trabajador, también tiene desventajas sobre todo para las mujeres entre las que podemos citar; Problema de aislamiento y desvinculación con los compañeros de trabajo, menor promoción profesional (estas dos son para hombres y mujeres), persistencia de los roles de género ya que al trabajar desde casa siguen asumiendo las tareas domésticas y aunque el teletrabajo es voluntario (RD-Ley 28/2020) este puede verse condicionado por el tipo de jornada laboral que ofrezca la empresa, desconexión laboral al tener jornadas amplias de trabajo entre las tareas domésticas y el trabajo⁴².

5. Estadísticas de la brecha de género digital

Aunque observamos que la brecha de género, en lo que se refiere al acceso a los puestos laborales, se ha reducido (muestra de ello es que el porcentaje de mujeres con puestos clave en centros educativos es el 66%, es decir, 15 puntos más que en 2010), es verdad que siguen acentuándose los estereotipos de género y como comentamos al principio, cada vez es menor el número de mujeres que accede a carreras STEM en la universidad y si al principio del siglo XXI era el 27% las mujeres que optaban por carreras

⁴¹ Vid. CCOO, *op. cit.*, pp. 18 y 33-34.

⁴² Por ello para evitar los problemas de fatiga, cansancio... a causa de que la mujer asuma todas las responsabilidades, hay que destacar la STSJ Galicia 5 febrero 2021 (rec. 3191/2020). En esta se confirma el derecho de la trabajadora a conciliar su vida familiar y laboral acogiéndose a la modalidad de trabajo a distancia y también se establece la posibilidad del trabajador de la desconexión digital fuera del horario de trabajo.

como informática, matemáticas o ingeniería, actualmente tan solo ocupan el 13% sucediendo lo mismo con matemáticas que ha pasado de casi un 50% a un 36,26%⁴³ habiendo una diferencia de hasta 17 puntos entre hombres y mujeres (y eso que el porcentaje de mujeres universitarias es mayor que el de los hombres siendo del 55,6%) ya que prefieren optar por carreras como Educación (78%) o salud y servicios sociales (72%). Por ello, para acentuar el interés de las mujeres por las carreras tecnológicas⁴⁴, el propio Ministerio de educación y formación profesional ha puesto en marcha la «Alianza STEAM, por el talento femenino, Niñas en pie de ciencia».

Precisamente como señalan Donoso Vázquez, Estradé Albiol y Vergés Bosch⁴⁵, tomando como referencia análisis estadísticos de la UE, se estima que si se acabara con la brecha de género digital en el ámbito de las ciencias y tecnología se produciría un aumento del PIB per cápita de la UE entre un 0,7% y un 0,9% en 2030 y para 2050, el aumento estaría entre el 2,2% y el 3,0%.

Ahora bien, gracias a los avances en igualdad de género podemos ser optimistas con los siguientes datos:

- la brecha digital de género se ha reducido en España pasando de 8,1 a 1 punto;
- en competencias avanzadas, como programación, la brecha en España es de 6,8 puntos, siendo la media de la UE de 8 puntos. Y en otros aspectos de las competencias digitales avanzadas tanto mujeres como hombres se igualan como en el sector de la comunicación;
- según datos de Eurostat de 2019 recogidos en Duran Bernardino⁴⁶, España se sitúa en el sexto puesto entre los países con menor brecha salarial de género (13%, debajo de la media europea que es un 19%);
- España presenta unos datos muy avanzados en digitalización y ofimática, de forma que menos del 2% de la sociedad española carece de habilidades digitales; apenas el 7% no tiene ninguna habilidad de información y no llega al 5% quienes indican no tener habilidades en comunicación. Solo el 12% de la sociedad no tiene habilidades digitales relacionadas con la resolución de problemas, y en el país el 34% de personas confiesa no tener habilidades informáticas o de software. En España, el 56% de las mujeres tiene habilidades digitales básicas o

⁴³ Datos extraídos de SERVIMEDIA, *op. cit.*

⁴⁴ *Vid.* ECOAULA.ES, [La educación como llave para reducir la brecha de género](https://www.economista.es), en www.economista.es, 7 marzo 2022.

⁴⁵ T. DONOSO VÁZQUEZ, S. ESTRADÉ ALBIOL, N. VERGÉS BOSCH, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ M. DURAN BERNARDINO, *op. cit.*, p. 29.

avanzadas cuatro puntos por encima de la media europea⁴⁷, sólo 3 puntos porcentuales por debajo de la cifra de hombres con las mismas habilidades⁴⁸.

- según los datos de Women in Digital, que forma parte del Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI) de la Comisión Europea, en 2020 solo un 1,6% de las mujeres ocupadas lo están en el sector TIC, frente al 5,7% de los hombres. Siete de cada diez empresas españolas con especialistas en tecnología y digitalización no cuenta con especialistas femeninas en la materia (esta situación se repite en numerosos países de la UE, un caso excepcional es el de Finlandia, el país que más mujeres emplea en el sector, y que supera por más del doble la tasa española con dos puntos porcentuales más)⁴⁹;
- según Barcelona Digital Talent⁵⁰ solo un 8% de las mujeres ocupan puestos técnicos y especializados y solo representan el 22% del total de candidaturas presentadas a las ofertas de trabajo ligadas al sector digital;
- solo un 2,9% de las mujeres ocupan puestos como presidentas de grandes empresas que cotizan en los mercados, y un poco más un 7,8% son vicepresidentas⁵¹;
- los hombres cobran un 8,9% más que las mujeres en su misma posición en este sector. Para paliar esa brecha se han elaborado: el RD-Ley 6/2019 y el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres que regula la transparencia retributiva y la tutela administrativa y judicial ante la brecha salarial⁵²;
- en cuanto a iniciativa empresarial, apenas representan el 17% en la creación de startups. Según estadísticas del informe *Mujeres Referentes del Emprendimiento Innovador*, en España solo el 14% de las personas que han fundado su startup son mujeres, esto entre otros motivos se debe a la dificultad para acceder a la financiación temprana es una de las mayores preocupaciones para las emprendedoras, por ello, se ha puesto en marcha la estrategia *España Nación Emprendedora*⁵³;
- según Sáinz, Arroyo y Castaño⁵⁴ el 11% de los puestos de trabajo ocupados por mujeres están en alto riesgo de automatización;

⁴⁷ Vid. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL, *Sistema estatal de indicadores de la educación 2022*, 2022.

⁴⁸ Vid. ONTSI, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 25 y 30.

⁵⁰ BARCELONA DIGITAL TALENT, *Digital Talent Overview 2019*, 2019.

⁵¹ Vid. M. CARIDAD SEBASTIÁN, M.D. AYUSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 237.

⁵² Vid. ONTSI, *op. cit.*, p. 29.

⁵³ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁴ M. SÁINZ, L. ARROYO, C. CASTAÑO, *Mujeres y digitalización. De las brechas digitales a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2020, p. 47.

- sólo un 12% de quienes participan en el desarrollo de innovaciones ligadas a la inteligencia artificial con capacidad de decisión de alto nivel son mujeres, y menos del 25% del personal investigador en inteligencia artificial son mujeres;
- en el campo de la ciberseguridad, solo el 11% de las personas que trabajan en ciberseguridad a nivel mundial son mujeres;
- actualmente, en España solo el 16,2% de los especialistas en tecnologías son mujeres, aproximadamente 500.000, por debajo del 16,5% de la media de la UE-28⁵⁵.

Debido a estos datos, el Instituto de las Mujeres⁵⁶ ha establecido una serie de recomendaciones para llegar a erradicar la brecha digital entre las que se encuentran:

- fomentar la creación de contenidos no lesivos para la igualdad de género, para sensibilizar contra el ciberacoso o *cibersexting*⁵⁷;
- apoyar la elección de estudios tecnológicos por parte de las niñas;
- integrar la perspectiva de género en todo el sistema I+D+i relacionado con el diseño y producción de nuevos avances tecnológicos, así como en la formación para la creación de tecnologías (como programación y creación de códigos y algoritmos);
- promover la transparencia de los sistemas de inteligencia artificial, con el registro y notificación sobre dónde se utilizan y para qué, para atajar los sesgos y la discriminación.

6. Otros datos para tener en cuenta

Con la digitalización en el ámbito laboral, los puestos de trabajo vacantes en el sector tecnológico han aumentado un 40%, sin embargo, solo se presenta un 7,6% de candidaturas y de ese 7,6 solo el 22% son mujeres⁵⁸, y según el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, solo en cuatro países de la UE (Bulgaria, Estonia, Malta Rumanía), las adolescentes muestran interés por trabajar como profesionales de las tecnologías de la información

⁵⁵ GOBIERNO DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁶ INSTITUTO DE LAS MUJERES, [La brecha digital de género se ha reducido progresivamente en España, pasando de 8,1 a 1 punto, aunque las mujeres mantienen una posición desfavorable en competencias digitales y usos de Internet](#), en www.inmujeres.gob.es, 26 julio 2021.

⁵⁷ Según datos de 2021, tan solo un 6% de las mujeres se siente segura en internet y El 64% de las víctimas de delitos en Internet contra la libertad sexual son mujeres, además una de cada cuatro mujeres entre los 16 y los 24 años ha recibido insinuaciones inapropiadas, humillantes, intimidatorias u ofensivas en redes sociales.

⁵⁸ *Vid.* BARCELONA DIGITAL TALENT, *op. cit.*

y la comunicación tecnológica a la edad de 30 años pero tan solo el interés reside entre el 1 y 3% aun así es mayor que en España donde es el 0,5%. Viendo esta problemática, para adaptarse a las nuevas necesidades tecnológicas y digitales, se ha elaborado el *Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027* (*Plan Nacional de Competencias Digitales* llamado en España) de la Comisión Europea y el *Programa Europa Digital 2021-2027* en el que se apuesta por una educación digital, inclusiva y accesible en Europa, en definitiva, como señala ONTSI⁵⁹ se apuesta por una educación digital de alto rendimiento (para lo que se requiere infraestructura, equipo...) y enseñar competencias digitales básicas desde una edad temprana y ello debe ir acompañado de la superación de la brecha de género en competencias digitales.

Por otro lado, a los problemas ya citados (brecha salarial, dificultad para compaginar trabajo y tareas domésticas, roles de género...) debemos añadir un problema más para las mujeres y es que ellas copan los contratos temporales y las jornadas parciales. Según la Encuesta de Población activa (EPA) del cuarto trimestre de 2021, de las mujeres empleadas, un 77,9% trabaja a tiempo completo y un 22,1% a tiempo parcial; en el caso de los hombres esto es 93,8% frente al 6,2% tiene jornada reducida siendo excepcional el caso de hombres que renuncian a una estabilidad laboral e ingresos para atender a su familia. Como consecuencia, las mujeres cuentan con menos renta y patrimonio que los hombres.

Y por otra parte, otro de los problemas no resueltos es el de la propia violencia en el ámbito laboral, según las estadísticas, el 35% de las mujeres (818 millones de mujeres en todo el mundo) mayores de 15 años han sufrido violencia sexual o física en el hogar, en sus comunidades o en el lugar de trabajo⁶⁰. Por ello, en junio de 2019, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio C190 y la Recomendación R206 para prevenir la violencia y acoso en el mundo del trabajo.

Precisamente con el fin de erradicar esa violencia, encontramos mujeres que se han organizado para crear fundaciones de ayuda como la fundación Ni Una Repartidora Menos⁶¹ en México, para defenderse conjuntamente las mujeres ante los abusos que puedan sufrir, ya que se estima que 8 de cada 10 mujeres han sufrido algún tipo de acoso, ante esto, empresas como Delivery no se hacen cargo ya que argumenta que ellas son responsables de su propia seguridad produciéndose así una doble victimización de la mujer

⁵⁹ ONTSI, *op. cit.*, pp. 8 y 29-30.

⁶⁰ Vid. ITUC, *Violencia de género en el trabajo*, en www.ituc-csi.org, 22 enero 2021.

⁶¹ Vid. A. ARELLANO, A. MORALES, J. BUGACOFF, Z. ANTONIO BENITO, *Aplicaciones de delivery: un terreno aún más complicado para mujeres y poblaciones LGBTQ+*, en repartoslatam.distintaslatitudes.net, 23 octubre 2021.

por su precariedad laboral y las situaciones de acoso.

7. Conclusión

Podríamos afirmar que la digitalización de la sociedad ha ayudado tanto a hombres como a mujeres para acceder a nuevos conocimientos, nuevas formas de socialización y también ha aportado cierta igualdad para crear contenido en la red, acceder a prestaciones sociales con tramites online... Sin embargo, persisten problemas laborales que afectan mayormente a las mujeres, por lo que aún queda mucho camino por recorrer y más aún en un contexto nuevo como es la irrupción de la tecnología en todos los aspectos de nuestras vidas.

Por último, podemos concluir afirmando que la primera brecha digital está descendiendo considerablemente, siendo ya algo residual en la población entre 16-24 años⁶² (aunque sigue habiendo diferencias entre población nativa e inmigrante, población urbana y rural, jóvenes y mayores...), pero en cambio, la segunda brecha digital se mantiene a pesar de los esfuerzos por parte de muchas mujeres por llegar a una igualdad digital y el esfuerzo de adaptación al nuevo ámbito laboral que se avecinan (muestra de ello es que España es el segundo país en porcentaje de mujeres que realiza cursos online, con un porcentaje del 29%). En definitiva, debemos realizar un ejercicio de conciencia así como promover, incentivar y coadyuvar al desarrollo, promoción y realización personal de las mujeres en el ámbito laboral, operando dentro del emergente contexto de la era digital y tecnológica.

8. Bibliografía

ACELERA PYME (2022), *Conoce las medidas del plan España Digital 2025 para reducir la brecha digital de las pymes*, en www.acelerapyme.gob.es, 1º febrero

ALVA DE LA SELVA A.R. (2015), *Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo XXI: La brecha digital*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 223, pp. 265-285

⁶² Hay estudios como el de S. VÁZQUEZ CUPEIRO, C. CASTAÑO COLLADO, *La brecha digital de género: prácticas de e-inclusión y razones de la exclusión de las mujeres*, en *Asparkia*, 2011, n. 22, p. 36, que se encargaron de hacer análisis sobre el uso de internet según los distintos perfiles de usuario dividiéndolos en 4 grupos: trabajadoras autónomas y profesionales (18 a 60 años), amas de casa (25 a 65 años), inmigrantes (18 a 60 años) y mujeres mayores de 60 años.

- ARELLANO A., MORALES A., BUGACOFF J., ANTONIO BENITO Z. (2021), [Aplicaciones de delivery: un terreno aún más complicado para mujeres y poblaciones LGBTQ+](#), en [repartoslatam.distintaslatitudes.net](#), 23 octubre
- ARENAS RAMIRO M. (2011), *Brecha Digital de Género: La mujer y las nuevas tecnologías*, en *Anuario Facultad de Derecho – UAH*, n. 4, pp. 97-125
- BARBERÁ P. (2020), *Internet y Política: Consecuencias políticas y sociales de la revolución digital*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 108, pp. 223-243
- BARCELONA DIGITAL TALENT (2019), [Digital Talent Overview 2019](#)
- BERRIO ZAPATA C., MARÍN ARRAÍZA P., FERREIRA DA SILVA P., DAS CHAGAS SOARES E. (2017), *Desafíos de la inclusión digital: antecedentes, problemáticas y medición de la brecha digital de género*, en *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, n. 7, pp. 162-198
- CARIDAD SEBASTIÁN M., AYUSO GARCÍA M.D. (2011), *Situación de la brecha digital de género y medidas de inclusión en España*, en *Investigación Bibliotecológica*, n. 55, pp. 227-252
- CASTAÑO C., MARTÍN J., MARTÍNEZ J.L. (2011), *La brecha digital de género en España y Europa: medición con indicadores compuestos*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 136, pp. 127-140
- CASTAÑO COLLADO C. (2008), *La segunda brecha digital y las mujeres*, en *Telos*, n. 75, pp. 1-11
- CCOO (2020), [El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral](#)
- DEL CAMPO S.A., COLLADO ALONSO R., GARCÍA-LOMAS TABOADA J.I. (2020), *Brechas digitales de género. Una revisión del concepto*, en *Etic@net*, n. 20, pp. 34-58
- DONOSO VÁZQUEZ T., ESTRADÉ ALBIOL S., VERGÉS BOSCH N. (2022), *Brecha digital de género*, Documentos de Trabajo Fundación Carolina, n. 70
- DURAN BERNARDINO M. (2021), *Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 21, p. 1-31
- ECO AULA.ES (2022), [La educación como llave para reducir la brecha de género](#), en [www.economista.es](#), 7 marzo
- ESCOFET ROIG A., RUBIO HURTADO M.J. (2007), [La brecha digital: género y juegos de ordenador](#), en *Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, n. 1, pp. 63-77
- GIL-JUAREZ A., VITORES A., FELIU J., VALL-LLOVERA M. (2011), *Brecha digital de género: Una revisión y una propuesta*, en *Education in the Knowledge Society*, vol. 12, n. 2, pp. 25-53
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [Plan Nacional de Competencias Digitales](#)
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2021), [La brecha digital de género se ha reducido progresivamente en España, pasando de 8,1 a 1 punto, aunque las mujeres mantienen una](#)

- [posición desfavorable en competencias digitales y usos de Internet](#), en [www.inmujeres.gob.es](#), 26 julio
- ITUC (2021), [Violencia de género en el trabajo](#), en [www.ituc-csi.org](#), 22 enero
- LA MONCLOA (2023), [Menos del 20% de especialistas en tecnologías digitales son mujeres](#), en [www.lamoncloa.gob.es](#), 6 marzo
- LLORENTE A. (2021), [Día de la Mujer: qué es el “efecto Matilda” que invisibiliza a las mujeres en la ciencia](#), en [www.bbc.com/mundo](#), 8 marzo
- MARTÍNEZ CANTOS J.L., CASTAÑO COLLADO C. (2017), *La brecha digital de género y la escasez de mujeres en las profesiones TIC*, en *Panorama Social*, n. 25, pp. 49-65
- MASANET M.-A., PIRÉS F., GÓMEZ-PUERTAS L. (2021), [Riesgos de la brecha digital de género entre los y las adolescentes](#), en *Profesional de la Información*, n. 1, pp. 1-15
- MENESES N. (2023), [Del efecto Matilda a las científicas de hoy: así se ayuda a visibilizar las contribuciones de la mujer a la ciencia](#), en [elpais.com](#), 10 febrero
- MESO AYERDI K., GANZABAL LEARRETA M. (2011), *La brecha digital de género en España*, en A. LARRONDO URETA, K. MESO AYERDI (eds.), *III Jornadas Mujeres y medios de comunicación*, Universidad del País Vasco
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL. (2022), *Sistema estatal de indicadores de la educación 2022*
- NIETO S. (2021), [El síndrome de la impostora. Sus cinco tipos, ¿te reconoces en alguno de ellos?](#), en [www.elmundo.es](#), 6 marzo
- ONTSI (2022), [Brecha digital de género](#)
- RAMOS LLANOS A.J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ M. (2009), *Brecha digital de género en España. Consecuencias sociales y económicas*, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 76, pp. 219-253
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2022), [El nuevo Derecho Digital y los problemas de discriminación](#), en [Noticias CIELO, n. 4](#), pp. 1-4
- SÁINZ M., ARROYO L., CASTAÑO C. (2020), [Mujeres y digitalización. De las brechas digitales a los algoritmos](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades
- SÁNCHEZ VADILLO N., ORTEGA ESTEBAN O., VALL-LLOVERA M. (2012), *Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica*, en *Athenea Digital*, n. 3, pp. 115-128
- SERVIMEDIA (2022), [La brecha de género aumentó en las últimas décadas en informática y matemáticas en Bachillerato, FP y Universidad](#), en [www.economista.es](#), 7 febrero
- VADILLO BENGEOA N., GALLARDO CAMACHO J. (2014), *La brecha digital de género en Aragón*, en N. VADILLO BENGEOA, J. GALLARDO CAMACHO (coords.), *Las nuevas tecnologías audiovisuales frente a los procesos tradicionales de comunicación*, Sociedad Latina de Comunicación Social

VÁZQUEZ CUPEIRO S., CASTAÑO COLLADO C. (2011), *La brecha digital de género: prácticas de e-inclusión y razones de la exclusión de las mujeres*, en *Asparkia*, n. 22, pp. 33-49

Reseñas Bibliográficas



**El papel de los servicios sociales
para la integración y el arraigo
de la población extranjera en el mundo rural.
Una exploración ejemplificada
a través del modelo castellano y leonés**

*Una reseña por Aránzazu Roldán Martínez**

Diego Megino Fernández

*El papel de los servicios sociales para la integración y el arraigo
de la población extranjera en el mundo rural.*

Una exploración ejemplificada a través del modelo castellano y leonés

Colex, 2023

ISBN: 9788413597683

La monografía *El papel de los servicios sociales para la integración y el arraigo de la población extranjera en el mundo rural. Una exploración ejemplificativa a través del modelo castellano y leonés* es una reciente obra del profesor Diego Megino Fernández, publicada por la editorial Colex.

La obra dirige su mirada al mundo rural, lo que se conoce como la “España vaciada”, desde la preocupación por algunos de los rasgos negativos que la vienen caracterizando desde hace ya algunos años: un *menor dinamismo*; una *pronunciada dispersión geográfica*; una *población más envejecida*, masculinizada y recesiva; un paulatino abandono; un atraso económico y social relativo; unos insuficientes equipamientos e infraestructuras, etc. Ante esta realidad, el autor reflexiona sobre los remedios que deberían o podrían aplicarse para solventar estas dificultades presentes y futuras.

Entre los posibles remedios, el profesor Megino Fernández se centra en la atracción de personas extranjeras hacia esos entornos, lo que podría ayudar

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad a Distancia de Madrid (España).

a equilibrar los desajustes demográficos, a rejuvenecer la población y contribuir al desarrollo social y económico. El autor no propone soluciones simplistas. No se trata, sin más, de atraer a la población extranjera a los enclaves rurales. Es preciso analizar cuáles son los problemas que viven las personas del mundo rural, problemas a los que también se enfrentarán los foráneos y que, si no son solucionados, terminarán provocando su marcha a las ciudades.

Una de las comunidades autónomas que más padecen la despoblación es la Comunidad de Castilla y León, donde se han llevado a cabo interesantes actuaciones de revitalización social, económica y demográfica, que el autor propone como modelo a seguir, ante la inexistencia o falta de éxito de la mayoría de las medidas que, a escala nacional, regional y local, se han venido implementando.

El contenido de la obra se estructura en cinco capítulos. El Capítulo primero lleva por título *Una aproximación a la aciaga realidad de una amplia porción del entorno rural español*. En él se estudian las causas de la despoblación del mundo rural. La progresiva destrucción del empleo agrario que no fue compensada en esas áreas geográficas por otras actividades industriales y de servicios, provocó la huida a la ciudad. La progresiva pérdida de habitantes se tradujo, a su vez, en el deterioro o, incluso, la pérdida de servicios básicos para sus habitantes, con lo que ello implica a efectos de la cohesión social y territorial, la equidad, la justicia y el bienestar social. Poco a poco el mundo rural se ha ido definiendo de forma negativa como aquéllo que no es urbano. La ciudad se configura así como el lugar donde las personas encuentran trabajo y tienen a su disposición servicios sociales y de entretenimiento que proporcionan una calidad de vida a sus habitantes. Precisamente, la preocupación por la cohesión territorial se refleja en el TFUE que otorga una especial atención a las «zonas rurales, a las [...] afectadas por una transición industrial y a las [...] que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes» (art. 174). En consecuencia, las agendas de los poderes públicos están plasmando estrategias para un desarrollo integral basadas en la movilización de recursos endógenos, la dotación de infraestructuras de comunicaciones y telemáticas y el establecimiento de incentivos económicos. Dichas medidas han experimentado un notable impulso gracias a iniciativas como la Agenda 2030 (y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)) de la ONU, el Pacto Verde de la Unión Europea, el Plan de recuperación, transformación y resiliencia y el Plan de recuperación, 130 medidas frente al reto demográfico, elaboradas por el Gobierno de España.

En el segundo Capítulo, que lleva por título *Principales registros atinentes a la población extranjera residente en España: fuente cualificada de donde inferir necesidades*

en materia de servicios sociales, se estudian las principales cifras definitorias de la realidad de la población extranjera residente (formalmente) en España. Este análisis resulta imprescindible para poder detectar sus prioridades más acuciantes dentro del ámbito de la integración y de los servicios sociales, cuya apropiada atención podría erigirse como un elemento decisivo para que una determinada región llegue a convertirse en un polo de atracción para las personas inmigrantes. El autor, tomando como referencia los datos oficiales obrantes a 31 de diciembre de 2021, da noticia de los aspectos más significativos respecto del número, origen, situación administrativa, la división por sexos, su distribución dentro del territorio nacional, lugar de residencia según el tipo de municipio y la estratificación por edades. El estudio se cierra con una exposición enfocada hacia la situación dentro del mercado laboral español de la población extranjera (activa, ocupada y desocupada), toda vez que, el desarrollo de una actividad laboral o profesional normalmente constituye un objetivo esencial para iniciar y consolidar una residencia legal en España.

El tercer Capítulo se titula *Condiciones para un efectivo arraigo de la población inmigrante en los enclaves rurales*. En él se reflexiona acerca de los principales rasgos definitorios de las personas extranjeras que residen en núcleos no urbanos, todo ello con la finalidad de identificar sus aspiraciones y demandas, cuya respuesta, desde los poderes públicos contribuirá al asentamiento y arraigo de la población inmigrante en el entorno rural. Las personas extranjeras vienen a nuestro país por motivos muy distintos (retiro, retorno de emigrantes españoles, por razones de trabajo...). Dentro de las que inmigran por causas de índole laboral, se aprecia que inicialmente ocupan los trabajos más precarios, situándose, incluso, en la economía informal. Pero, más tarde o más temprano su objetivo es mejorar laboralmente y hacer realidad un proyecto familiar estable, cuya realización precisa de recursos sociales y económicos. El autor vuelve a insistir en la idea de que la consideración de las personas inmigrantes como el principal antídoto contra el envejecimiento y la preservación de la actividad en la España rural, es una idea demasiado simplista. Tanto el reto demográfico como el fenómeno migratorio son realidades extraordinariamente complejas, máxime cuando ambos han de casar en los ámbitos rurales. Si no se responde desde los poderes públicos a sus demandas, tarde o temprano, las personas extranjeras buscarán su futuro profesional en las ciudades, igual que lo hicieron anteriormente los nacionales. El profesor Megino Fernández tras constatar la práctica inexistencia en la normativa sobre inclusión social de referencias específicas a las personas inmigrantes, analiza de forma detallada las dos únicas leyes autonómicas que sí tienen por objeto específico la integración de las personas inmigrantes en sus

territorios y que propone como modelo a seguir por otras comunidades autónomas: la Ley 3/2013, de 28 de mayo, de Castilla y León y la Ley 15/2018, de 5 de diciembre, de la Comunidad Valenciana. Inexistentes son también las referencias a la necesidad de atraer a la población extranjera en las estrategias y actuaciones enfocadas hacia el desarrollo rural. Por esa razón aboga por «un verdadero avance en los planteamientos que se traduzca en una implicación focalizada, entrelazada, coordinada y decisiva por parte de autoridades regionales y locales», menos propensas, estas últimas, a cometer fallos.

El cuarto Capítulo lleva por título *Patrones referenciales en los planos normativo e institucional: principales líneas directrices a nivel europeo, estatal y autonómico*. El autor nos ofrece un bosquejo acerca de cómo, en este escenario de declive poblacional, las piezas (textos legales, políticas implantadas y futuras líneas de actuación), están desplegadas en los tableros normativos e institucional de cara a abordar, de forma conjunta o independiente, las tres dimensiones que considera decisivas: servicios sociales, integración de las personas extranjeras y desarrollo rural. Se hace, así, un recorrido por algunas de las disposiciones e iniciativas más señeras en el plano europeo, estatal y autonómico, que se cierra con la advertencia del autor de que cualquier intervención dirigida hacia las personas extranjeras no solo debe centrar la atención en elementos como la regularización administrativa y el acceso al empleo, sino que es preciso adoptar un enfoque amplio, que responda a la complejidad de los factores concurrentes, dentro de un «proceso multidimensional, segmentado, asimétrico y múltiple».

Concluye la obra con un quinto Capítulo titulado *Una visita guiada por el modelo castellano y leonés*. La comunidad autónoma de Castilla y León es un ejemplo tanto en España como en Europa del vaciamiento de las zonas rurales, pero también del compromiso sólido por revertir la situación, lo que se ha traducido en políticas ambiciosas reflejadas en diversos planes estratégicos. Resta por comprobar si son realmente eficaces. De esta forma, las distintas iniciativas puestas en práctica para lograr atraer y retener a la población extranjera en los enclaves rurales y las disposiciones en materia de servicios sociales, son analizados de forma transversal por el autor, con el fin de identificar aquellos puntos que hacen referencia a las personas inmigrantes y a su integración.

Finaliza, esta reseña con una valoración muy positiva de la obra del profesor Megino Fernández. Es mucho lo que queda por hacer para revitalizar social, económica y demográfica los enclaves rurales. Estamos ante un reto de extraordinaria importancia, al que debe darse una respuesta desde los poderes públicos. Tal como propone el autor, sin duda alguna, la atracción de la población extranjera es una medida muy adecuada, una población a la

que es preciso atraer y arraigar socialmente. No podemos perder esta, quizá, última oportunidad, pero para ello es necesario que las medidas sean reales, eficaces y eficientes. Las líneas directrices apuntadas en esta obra pueden servir de inspiración, sin duda alguna, en la elaboración de las políticas y estrategias que deberán adoptarse a nivel regional y estatal.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

