

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)

Coordinadores de este número monográfico de la Revista Internacional y
Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
sobre

Nuevas formas de discriminación en las relaciones laborales: Hacia la igualdad efectiva

Estefanía González Cobaleda

Profesora Permanente Laboral (acreditada como Profesora Titular)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España)
IP del Proyecto de I+D+i

Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Director del Instituto Universitario (Emergente) de Investigación sobre
Juventud, mercado de trabajo inclusivo y protección jurídico-social y económica (JUVUMA)

ÍNDICE

Estefanía González Cobaleda, Miguel Ángel Gómez Salado, <i>Introducción al número por parte de las personas coordinadoras</i>	1
---	----------

Artículos

Francisco Vila Tierno, <i>La posible discriminación por enfermedad ante las diferencias en la percepción de partidas extrasalariales: un estudio de la doctrina judicial española</i>	10
Olimpia Molina Hermosilla, <i>Jóvenes ante el mercado de trabajo: medidas de intervención hacia la igualdad efectiva</i>	36
Manuel García Jiménez, <i>Nuevas causas de discriminación relacionadas con la salud de las personas trabajadoras, ¿hacia una sociedad más inclusiva e igualitaria?</i>	66
Marina Fernández Ramírez, <i>Claves para la integración de las personas LGBTI en un circuito laboral heteronormativo</i>	98
Susana de la Casa Quesada, <i>Discriminación por razón de género: un viejo problema en un nuevo contexto sociolaboral</i>	138
María Rosa Vallecillo Gámez, <i>La discriminación de las personas jóvenes en el acceso al mercado de trabajo por escasez de competencias y habilidades</i>	170
Raquel Vela Díaz, <i>La inserción laboral de las personas con trastorno del espectro autista ante la discriminación por razones de discapacidad: el nuevo reto de la política de empleo</i>	194
Miguel Ángel Gómez Salado, <i>Brechas de género aún por corregir en el empleo tecnológico: hacia un futuro digital más justo, inclusivo e igualitario</i>	222
Estefanía González Cobaleda, <i>Las adicciones como causa de discriminación laboral por enfermedad: La complejidad sobre la obligación legal de los ajustes razonables</i>	266



II

José Luis Ruiz Santamaría , <i>El trabajo de las personas reclusas durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas</i>	300
Antonio Fernández García , <i>Discriminaciones y otros problemas que afectan al fomento del empleo de las personas mayores de 45 años y de las desempleadas de larga duración</i>	336
Gloria María Montes Adalid , <i>Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: perspectivas y herramientas para la inclusión</i>	368
Raquel Castro Medina , <i>La discriminación de las personas LGTBI: un análisis desde la perspectiva del empleo</i>	401
Beatriz Sánchez-Girón Martínez , <i>El régimen extintivo del contrato de trabajo en el periodo de prueba tras el reconocimiento legal de nuevas causas de discriminación</i>	429
Cristina Ramírez Bandera , <i>La velada discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español: un reto no superado</i>	464
Aída Cabello Roldán , <i>La doble brecha en el mercado de trabajo: la discriminación laboral de la mujer con discapacidad</i>	494
José Iván Pérez López , <i>El incremento del SMI y sus consecuencias laborales: protegiendo a las personas trabajadoras más vulnerables y avanzando hacia la igualdad salarial</i>	526
Clara María Arondo Asensio , <i>Inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género: un enfoque jurídico-social</i>	553
Isabella Marie Iturrizaga , <i>Enfrentando la exclusión: medidas para la inserción laboral de los inmigrantes</i>	578
Salvador Guarecuco , <i>Fenomenología e interseccionalidad en la migración: enfoque en igualdad y discriminación laboral</i>	600

Reseñas Bibliográficas

Rafael García García , <i>La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada, por Djamil Tony Kabale Carrillo</i>	624
--	------------

Introducción al número por parte de las personas coordinadoras

La búsqueda de la igualdad de todas las personas ciudadanas, desde una perspectiva amplia, se revela como uno de los componentes más importantes de nuestros tiempos. La lucha por un «derecho justo y equitativo» de las personas se consagra como un derecho fundamental, con un extenso sistema multinivel de garantías tanto en la propia sociedad como en el ámbito laboral. Es más, las relaciones laborales se evidencian por su capacidad transformadora de la sociedad actual (la digitalización, el cambio hacia una economía verde, el cuidado de personas, entre otras cuestiones), lo que también afecta a la igualdad en el trabajo y protección social normativamente proclamada, siendo una realidad que ha planteado un debate judicial y doctrinal muy intenso.

En nuestro Derecho, como bien es sabido, en la Constitución Española (CE) se proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), por lo que se han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9 CE). De hecho, se conforma como un derecho fundamental (art. 14 CE) por lo que se reconoce la igualdad de derechos, también, el de la prohibición de discriminación, donde ambos principios tienen una autonomía propia, siendo relevante su alcance en las relaciones laborales como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa.

Precisamente, la evolución y transformación de la sociedad para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real, han tenido cabida en los últimos desarrollos normativos. Es más, esta llamada a un Derecho vivo en la que subyace en el carácter abierto y evolutivo del art. 14 CE se ha puesto de relieve mediante la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual pretende dar una mayor visibilidad social ampliando las causas “clásicas” de discriminación. En cualquier caso, no basta, pues, con el propio reconocimiento normativo a la igualdad para que esta sea real y efectiva, pues persigue su incumplimiento y vulneración en la vida sociolaboral, siendo una cuestión extremadamente compleja y que más ha llamado la atención de los iuslaboralistas.

En este contexto, el presente monográfico titulado *Nuevas formas de*



discriminación en las relaciones laborales: Hacia la igualdad efectiva de la reconocida *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que tenemos el privilegio de presentar, tiene por objeto abordar desde la investigación científica y multidisciplinar varias de las claves que permitirán avanzar en las nuevas luces como las persistentes sombras que permanecen en el sistema multinivel de protección del derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación en el trabajo, siendo clara la relevancia de esta materia en el momento actual.

Este monográfico está enmarcado dentro de las siguientes iniciativas:

- Proyecto de I+D+i *La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica* (PID2022-140298NB-I00); Investigador Principal: Prof. Francisco Vila Tierno;
- Proyecto de I+D+i *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031); Investigadora Principal: Prof.^a Estefanía González Cobaleda;
- Proyecto de I+D+i *Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva* (PPRO-SEJ-347-G-2023); Investigadores Principales: Profs. Salvador Perán Quesada y Marina Fernández Ramírez;
- Instituto Universitario (Emergente) de Investigación sobre *Juventud, mercado de trabajo inclusivo y protección jurídico-social y económica* (JUVUMA); Director: Prof. Miguel Ángel Gómez Salado;
- Grupo de I+D+i sobre *Políticas de empleo, igualdad e inclusión social* (PAIDI SEJ-347); Responsable: Prof. Salvador Perán Quesada.

De igual forma, se encuadra en el *IV Congreso Internacional sobre el Derecho de las Personas a un Empleo en Condiciones Justas, Equitativas y Saludables* titulado *Hacia un empleo digno de la mujer trabajadora: estrategias y retos frente a la feminización de la precariedad laboral*. Dicho evento ha sido sufragado y se ha llevado a cabo a partir de la obtención de una ayuda correspondiente a través del proceso competitivo al amparo del Vicerrectorado de Igualdad, Diversidad y Acción Social de la Universidad de Málaga.

En este sentido, en el primer artículo titulado *La posible discriminación por enfermedad ante las diferencias en la percepción de partidas extrasalariales: un estudio de la doctrina judicial española*, cuyo autor es el Prof. Francisco Vila Tierno, se analiza de forma crítica a partir de la doctrina judicial española, la posible conexión entre la imposibilidad de obtener las percepciones de pluses extrasalariales derivada por razón de enfermedad y si puede considerarse que existe o puede existir una discriminación indirecta por enfermedad. Al mismo tiempo, aporta un conjunto de sugerencias para la redacción de cláusulas convencionales, siendo de sumo interés para las partes negociadoras.

Asimismo, resulta destacable la investigación realizada por la Prof.^a Olimpia Molina Hermosilla a través de su estudio: *Jóvenes ante el mercado de trabajo: medidas de intervención hacia la igualdad efectiva*. En el mismo se examina la construcción comparada, europea e interna, del derecho antidiscriminatorio por razón de edad en el cual se enmarcan las personas jóvenes, pasando al análisis de las políticas de empleo como factor clave frente a la discriminación de la población joven en el mercado de trabajo, mediante el diseño de programas y medidas que incentiven su incorporación.

En referencia a las *Nuevas causas de discriminación relacionadas con la salud de las personas trabajadoras, ¿hacia una sociedad más inclusiva e igualitaria?*, el Prof. Manuel García Jiménez no sólo lleva a cabo un análisis pormenorizado de cada una de las nuevas causas de discriminación relacionadas con la salud de las personas trabajadoras tras la aprobación de la Ley 15/2022, sino que plantea interesantes interrogantes de calado reseñable sobre otros derechos como pueden ser a la intimidad y dignidad de las personas.

En esta misma línea de investigación acerca de las novedades introducidas por la Ley 15/2022, pero centrandó su estudio específicamente sobre las personas pertenecientes al colectivo LGTBI, la Prof.^a Marina Fernández Ramírez a través de su análisis *Claves para la integración de las personas LGBTI en un circuito laboral heteronormativo* examina, en primer lugar, el impacto del escenario sociolaboral español en las personas LGTBI y la discriminación que sufren, pudiendo llegar a la exposición de riesgos psicosociales derivados de comportamientos LGTBIfóbicos. A este respecto, la autora analiza de forma crítica el entramado normativo español recientemente aprobado, cuestionando sí, pese a los avances legislativos, siguen integrando un grupo vulnerable que exige de una atención y protección jurídica *ad hoc*.

La Prof.^a Susana de la Casa Quesada con el trabajo titulado *Discriminación por razón de género: un viejo problema en un nuevo contexto sociolaboral*, presenta una investigación acerca del cambio de paradigma que representa para el empleo la digitalización y la inteligencia artificial, pasando a abordar el estudio de las nuevas formas de discriminación laboral por razón de género asociadas a estas nuevas realidades, las cuales, a pesar de los avances legislativos, siguen suponiendo un desafío para las cuestiones de género.

También dedicado a la población joven, la Prof.^a María Rosa Vallecillo Gámez aborda *La discriminación de las personas jóvenes en el acceso al mercado de trabajo por escasez de competencias y habilidades*. En este trabajo de investigación se aporta un conjunto de interrogantes y disociaciones acerca de los conocimientos, competencias y habilidades adquiridos en la formación superior y que, por consiguiente, llevarán a una mayor o menor

empleabilidad de las personas jóvenes, pudiendo constatarse el riesgo de discriminación en el acceso al empleo.

En el siguiente estudio —el séptimo— con el título *La inserción laboral de las personas con trastorno del espectro autista ante la discriminación por razones de discapacidad: el nuevo reto de la política de empleo*, la Prof.^a Raquel Vela Díaz, analiza la situación de las personas con trastorno del espectro autista desde la perspectiva de su inserción en el mercado de trabajo, conformándose como un grupo especialmente vulnerable a consecuencia de la discriminación por motivos de discapacidad que padecen y su reciente inclusión como uno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Desde una perspectiva social y jurídica sobre la igualdad de género, el Prof. Miguel Ángel Gómez Salado, uno de los coordinadores de este número, presenta un estudio titulado *Brechas de género aún por corregir en el empleo tecnológico: hacia un futuro digital más justo, inclusivo e igualitario*. En este trabajo, se destaca la especial vulnerabilidad de las mujeres en el sector tecnológico, ya que, aunque se han logrado avances significativos en los últimos años para reducir las desigualdades, estas brechas de género persisten. El autor subraya la necesidad de continuar promoviendo la igualdad de oportunidades y el reconocimiento en el entorno tecnológico, fomentando la diversidad y garantizando la inclusión de todas las personas, sin distinción de género.

Bajo la rúbrica *Las adicciones como causa de discriminación laboral por enfermedad: la complejidad sobre la obligación legal de los ajustes razonables*, a cargo de una de las personas coordinadoras de este número monográfico, Prof.^a Estefanía González Cobaleda, se analiza las adicciones como una enfermedad por lo que se ha de garantizar la tutela de los principios de dignidad personal e igualdad y no discriminación, pues el ámbito laboral puede potenciar los estereotipos de las personas que la padecen, originando la discriminación como consecuencia directa y que a menudo conduce a la exclusión social, también, del mercado de trabajo.

El Prof. José Luis Ruiz Santamaría con el trabajo titulado *El trabajo de las personas reclusas durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas*, realiza un completo análisis crítico sobre las vicisitudes y problemáticas que se suscitan en relación al trabajo desarrollado por las personas que cumplen condena de penas privativas de libertad en régimen de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas, donde el propio autor dispone que existen lagunas, resquicios discriminatorios y vacíos jurídicos que deberían de ser tratados por la doctrina iuslaboralista.

Seguidamente, el Prof. Antonio Fernández García, con su estudio

titulado *Discriminaciones y otros problemas que afectan al fomento del empleo de las personas mayores de 45 años y de las desempleadas de larga duración*, analiza la discriminación sufrida por las personas mayores de 45 años y por las personas desempleadas de larga duración en el acceso al empleo. También analiza otros problemas que perjudican el fomento del empleo de ambos colectivos, como son la falta de control de los intermediarios laborales digitales, el riesgo de exclusión social y pobreza y el daño a la salud mental. Aporta soluciones que van más allá de la orientación y formación profesional, los incentivos económicos a la contratación, la intermediación laboral y el fomento del autoempleo.

Por su parte, la Prof.^a Gloria María Montes Adalid, autora del artículo *Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: perspectivas y herramientas para la inclusión*, analiza la situación laboral de las personas con discapacidad, centrándose en las barreras que enfrentan y en las medidas necesarias para garantizar su inclusión efectiva en el mercado de trabajo. El estudio aborda tanto las cuestiones legales como las herramientas prácticas para mejorar la accesibilidad laboral.

A continuación, se presenta el trabajo de la Prof.^a Raquel Castro Medina, que lleva por título *La discriminación de las personas LGTBI: un análisis desde la perspectiva del empleo*, en el cual se ofrece una visión muy detallada de la discriminación que sufren las personas del colectivo LGTBI en el ámbito laboral. Concretamente, en el referido artículo se ha propuesto analizar la complejidad de las realidades sociales y el reconocimiento identitario, explorando su relevancia para el Derecho.

La Prof.^a Beatriz Sánchez-Girón Martínez, con su trabajo *El régimen extintivo del contrato de trabajo en el periodo de prueba tras el reconocimiento legal de nuevas causas de discriminación*, examina cómo los cambios legislativos recientes, que amplían las causas de discriminación, afectan el régimen jurídico del periodo de prueba en los contratos de trabajo. El artículo analiza la flexibilidad de este periodo y las implicaciones legales de la discriminación en este contexto.

Después, la Prof.^a Cristina Ramírez Bandera analiza *La velada discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español: un reto no superado*, explorando la discriminación –en ocasiones, encubierta– que enfrentan las personas mayores en el mercado laboral español. A pesar de las distintas normas antidiscriminatorias, este artículo revela cómo persisten ciertas actitudes y prácticas discriminatorias, que siguen afectando la empleabilidad de las personas mayores.

Luego, la investigadora Aída Cabello Roldán se encarga de estudiar *La doble brecha en el mercado de trabajo: la discriminación laboral de la mujer con discapacidad*. En concreto, aborda la doble discriminación que enfrentan las

mujeres con discapacidad en el mercado laboral, analizando las barreras adicionales que encuentran debido a su género y discapacidad, y proponiendo algunas soluciones para mejorar su inclusión y equidad laboral. Se evalúan las políticas existentes y se sugieren nuevas estrategias para asegurar que las mujeres con discapacidad tengan igualdad de oportunidades en el trabajo.

Por otro lado, el investigador José Iván Pérez López, con su artículo *El incremento del SMI y sus consecuencias laborales: protegiendo a las personas trabajadoras más vulnerables y avanzando hacia la igualdad salarial*, examina el impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en las condiciones laborales de las personas trabajadoras más vulnerables. En este artículo se discute cómo este incremento contribuye a reducir la desigualdad salarial y mejorar la protección social. Se analizan los efectos a corto y largo plazo de esta política salarial en diferentes sectores económicos y grupos demográficos, destacando los beneficios y posibles desafíos.

La investigadora Clara María Arrondo Asensio ha elaborado el estudio titulado *Inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género: un enfoque jurídico-social*, en el que analiza la problemática de la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género. Este artículo proporciona un enfoque jurídico-social para abordar las barreras que enfrentan estas mujeres y propone estrategias para facilitar su reintegración laboral. Se examinan programas específicos de apoyo y se sugieren mejoras en la legislación para proteger y empoderar a estas mujeres en el ámbito laboral.

Asimismo, la joven investigadora Isabella Marie Iturrizaga, con su artículo *Enfrentando la exclusión: medidas para la inserción laboral de los inmigrantes*, estudia las medidas necesarias para la inclusión laboral de las personas inmigrantes, destacando las barreras que enfrentan y las políticas públicas que pueden mejorar su acceso al empleo. El artículo enfatiza la importancia de la integración laboral para reducir la exclusión social y propone ejemplos de buenas prácticas internacionales que podrían implementarse para mejorar la situación de las personas inmigrantes en el mercado de trabajo.

El doctorando Salvador Guarecuco se ha ocupado del artículo titulado *Fenomenología e interseccionalidad en la migración: enfoque en igualdad y discriminación laboral*, a través del cual ofrece un análisis de la migración desde una perspectiva fenomenológica e interseccional, explorando cómo diferentes formas de discriminación se entrelazan y afectan a las personas migrantes. El artículo propone enfoques para mejorar la igualdad y combatir la discriminación en este contexto. Se apuesta por políticas integrales que aborden las múltiples dimensiones de la discriminación que enfrenta este colectivo.

Asimismo, este número incluye una reseña de un libro que aborda un tema innovador y de gran interés para ampliar las perspectivas académicas. En concreto, la reseña elaborada por el Prof. Rafael García García se centra en el trabajo de Djamil Tony Kahale Carrillo titulado *La nueva regulación del Estatuto del Artista. Una visión comparada*, destacando el enfoque crítico y detallado de la obra. Este libro realiza un análisis exhaustivo de la regulación del sector artístico en España, culminada con el Real Decreto-Ley 5/2022, comparando dicha normativa con legislaciones internacionales y proponiendo mejoras basadas en un estudio riguroso.

Para cerrar este número monográfico, es fundamental subrayar que los estudios recopilados ponen de relieve las múltiples y complejas formas de discriminación que aún persisten en el ámbito laboral, a pesar de los avances legislativos y las iniciativas normativas orientadas a promover la igualdad efectiva. Los diversos artículos reflejan la necesidad de continuar investigando y desarrollando políticas que garanticen un entorno laboral inclusivo, justo y equitativo, adaptado a las transformaciones sociales y económicas contemporáneas.

No quisiéramos finalizar esta introducción sin reconocer la gran suerte de contar con la colaboración de destacadas personas especialistas en la materia, cuyas investigaciones y análisis enriquecen este número. Agradecemos profundamente su participación y sus valiosas contribuciones, sin las cuales este monográfico no habría sido posible. La riqueza de perspectivas que ofrecen —desde el análisis jurídico hasta el enfoque socio-económico— confirma que, para lograr una verdadera igualdad en las relaciones laborales, es crucial entender la intersección de múltiples factores como género, edad, discapacidad, orientación sexual, salud, entre otros.

En este sentido, la difusión y transferencia del conocimiento desempeñan un papel esencial, permitiendo que los avances y hallazgos aquí presentados lleguen a diversos actores y sectores, desde el ámbito académico hasta el práctico, contribuyendo así a la formación de políticas públicas y prácticas laborales más inclusivas. Además, se pone de manifiesto la urgencia de formular estrategias innovadoras y colaborativas que permitan avanzar hacia un futuro más inclusivo y equitativo en el trabajo.

En definitiva, este monográfico aspira a contribuir al debate académico y práctico sobre la igualdad laboral, destacando tanto las conquistas alcanzadas como los desafíos que aún persisten. La investigación y el diálogo interdisciplinar seguirán siendo esenciales para promover una transformación real y duradera en las relaciones laborales, donde la

dignidad, la justicia y la equidad prevalezcan como principios fundamentales.

Estefanía González Cobaleda

Profesora Permanente Laboral (acreditada como Profesora Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España)
IP del Proyecto de I+D+i *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales*

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
Director del Instituto Universitario (Emergente) de Investigación sobre *Juventud, mercado de trabajo inclusivo y protección jurídico-social y económica* (JUVUMA)

Artículos



La posible discriminación por enfermedad ante las diferencias en la percepción de partidas extrasalariales: un estudio de la doctrina judicial española*

Francisco VILA TIERNO**

RESUMEN: La negociación colectiva establece, en múltiples ocasiones, una regulación de percepciones extrasalariales con naturaleza compensatoria por los gastos efectuados por la persona trabajadora con ocasión de su trabajo. En dicha regulación su pago se puede condicionar a la efectiva prestación de trabajo, como en los casos de desplazamientos necesarios para tener derecho al cobro de pluses de transporte o distancia. El objeto de este estudio se centra en determinar, al hilo de la doctrina judicial española, si la imposibilidad de desplazamiento por razón de enfermedad puede ser tomado en cuenta para reconocer un supuesto de discriminación indirecta. Se plantean, al tiempo, posibles respuestas a estos interrogantes y sugerencias a los negociadores para la redacción de cláusulas convencionales.

Palabras clave: Discriminación, enfermedad, remuneraciones, partidas extrasalariales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La delimitación de las partidas extrasalariales. 3. Los pluses de transporte o distancia como partida extrasalarial. 4. La discriminación por enfermedad y los pluses extrasalariales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i PID2022-140298NB-I00 *La sostenibilidad del sistema de pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica* y del Proyecto autonómico *Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva* (PPRO-SEJ-347-G-2023).

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España); Consejero del Consejo Económico y Social de Andalucía.



The Possible Discrimination on the Grounds of Illness in the Face of Differences in the Receipt of Non-Wage Payments: a Study of Spanish Judicial Doctrine

ABSTRACT: Collective bargaining often provides for the regulation of non-wage payments as compensation for expenses incurred by employees in the course of their work. In such regulations, their payment may be conditional on the actual performance of work, as in the case of travel necessary for entitlement to transport or distance bonuses. The purpose of this study is to determine, in line with Spanish judicial doctrine, whether the impossibility of travelling due to illness can be taken into account in order to recognise a case of indirect discrimination. At the same time, possible answers to these questions and suggestions to negotiators for the drafting of contractual clauses are put forward.

Key Words: Discrimination, sickness, pay, fringe benefits.

1. Introducción

Son muchas y muy variadas las formas de discriminación que pueden observarse en el marco de las relaciones laborales. O, dicho de otro modo: son bien distintas las manifestaciones que el fenómeno del trato desigual e injustificado adquiere en el día a día de las prestaciones de servicios.

Siendo así, cuando quiere abordarse el análisis de la discriminación en el ámbito laboral, una forma de aproximación puede consistir en adoptar, como criterio metodológico, el estudio de casos reales, dotando así al trabajo de investigación de un carácter esencialmente práctico.

No obstante, ello nos conduciría a un escenario excesivamente ambicioso, queriendo abarcar un campo inabordable en cuanto a su extensión. Reiteramos, en este sentido, que son muy diversas las formas en que se pueden reconocer los supuestos de discriminación, lo que justifica que se acote el estudio a una materia específica pero que es, sin duda, muy representativa: la retribución. Hemos querido, en cualquier caso, acotar más el análisis, de manera que lo centramos en una causa concreta de discriminación como puede ser la enfermedad.

En este contexto, la legislación española ha avanzado significativamente con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹, norma que establece una regulación dirigida a evitar cualquier tipo de discriminación basada en factores como la enfermedad, la edad, el género, entre otros.

De hecho, la Ley 15/2022, en su artículo 2.3, dispone que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». Si tomamos este precepto como referente, podemos afirmar que esta disposición establece un marco normativo protector para la persona trabajadora frente a cualquier discriminación que pudiera surgir debido a su estado de salud, excluyendo, en consecuencia, toda diferencia de trato que no descansa en una razón objetiva y justificada.

No parece, en este sentido, que, de manera general, pueda haber percepciones diversas que traigan como causa la existencia de una enfermedad. De este modo, una regulación que apartemente sea neutra en cuanto a su contenido y disponga el cobro de una cantidad por la realización

¹ Vid. al respecto, *v.gr.*, los trabajos de F. VILA TIERNO, *La promoción pública de la igualdad* o I. BALLESTER PASTOR, *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, secuelas sociolaborales*, ambos en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

de una prestación de servicios, puede dar lugar a distintas escalas salariales y, por tanto, discriminatorias, cuando la imposibilidad de alcanzar la misma es consecuencia de padecer un proceso de enfermedad.

Es cierto que, anteriormente, se establecía una suerte de paralelismo entre discapacidad y enfermedad cuando esta última era de larga duración, pero desde la entrada en vigor de la reiterada Ley 15/2022, la propia enfermedad se configura ya como una causa autónoma que acarreará todos los efectos, si se demuestra su concurrencia, sobre el acto o la conducta que ha motivado la discriminación, hasta el punto de que se entenderá nula y sin efectos.

Un ejemplo de esta posibilidad, muy característica, es cuando se pagan determinadas cantidades vinculadas, como se ha adelantado, a la realización efectiva del trabajo. Sea como percepciones salariales o como extrasalariales. Esto es, bien porque se integren en la estructura salarial y tengan la naturaleza conceptual del art. 26.1 ET, bien porque no respondan a la compensación por el trabajo realizado y se consideren una percepción extrasalarial de carácter compensatorio por los gastos ocasionados por el trabajo².

Si consideramos que, en este ámbito, los pluses de transporte o distancia compensan por los gastos que las personas trabajadoras asumen al desplazarse a su lugar de trabajo, si no se realiza tal desplazamiento como consecuencia de una enfermedad, no se tendrá derecho al cobro de las cantidades que se deriven de aquellos pluses. La razón, por tanto, se basa exclusivamente en una enfermedad, que es el hecho imposibilitante para acceder a su abono y... ¿se entiende que, por tanto, es discriminación por edad?

Puede que, con la idea de excluir esta consideración, un importante número de convenios colectivos mantienen este pago durante los periodos de inasistencia justificada, como en casos de enfermedad, licencias por matrimonio, o días de asuntos propios. Y esta, justamente, es la primera razón para descartar la discriminación, en tanto que no se circunscribe solo a la enfermedad, sino también a otros motivos. Pero, fundamentalmente, porque, como ya analizaremos, esta percepción no supone un incremento patrimonial para la persona trabajadora —lo que sí podría suponer discriminación excluir a unos frente a otros—, sino que tiene una naturaleza

² Con las consecuencias que ello puede tener para otros ámbitos de la relación laboral, *vid.* C. CARRERO DOMÍNGUEZ, S. BARCELÓN COBEDO, M.T. ALAMEDA CASTILLO, A.B. BELÉN MUÑOZ RUIZ (2005), *Estudio de la estructura salarial: salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 103.

reparadora, si bien, como es lógico, sólo es necesario compensar cuando se ha generado el gasto, o, dicho de otro modo, que únicamente es preciso reparar cuando se produce el gasto por la persona trabajadora. Y así, si no hay gasto, no hay reparación.

La duda se centra, por tanto, en los supuestos en los que el convenio colectivo hace justamente lo contrario, esto es, cuando la negociación colectiva limita el pago del plus extrasalarial a los días de trabajo efectivo, excluyendo las vacaciones y cualquier otro día no trabajado. Esto plantea la pregunta de si esta práctica es justa o si podría considerarse discriminatoria, especialmente si afecta desproporcionadamente a ciertos grupos de trabajadores, como aquellos de mayor edad o mujeres que pueden tener ausencias específicas vinculadas a su condición personal. Se puede plantear, por tanto, la posible existencia de un supuesto de discriminación indirecta.

En este orden, se ha señalado que:

La noción de discriminación indirecta centra el punto de atención en la realidad de los hechos. Esto tiene consecuencias en materia probatoria en cuanto a la noción de impacto desigual y la posibilidad de uso de estadísticas, pero sobre todo en su aplicación al tratar de corregir situaciones consolidadas de desventajas en el acceso efectivo a derechos, bienes o servicios por la pertenencia a un grupo o por una característica personal. La idea de grupo histórica o socialmente desventajado se aplica también en el Derecho del Trabajo para descubrir diferencias de trato por así decirlo camufladas, pero siempre sospechosas en su dimensión colectiva³.

Para resolver esta duda, un indicio que se puede tener presente es que la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en su artículo 173.3, establece que durante las situaciones de huelga y cierre patronal, el trabajador no tiene derecho a la prestación económica por incapacidad temporal. Este principio refuerza la idea de que la ausencia de desplazamiento al trabajo, por cualquier causa, justifica la no compensación económica, sin que se aprecie aquí causa de discriminación: ¿es extrapolable a la situación de partidas extrasalariales?

El problema, no obstante, no acaba ahí, sino que en el supuesto de que se considere dudosa la aplicación de la prestación económica, si se ha satisfecho durante un período de tiempo prolongado: ¿constituye una condición más beneficiosa? Al margen de que si tiene su origen en la negociación colectiva no puede ser así considerada, la interpretación

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 24.

jurisprudencial ha optado por entender que no es así si no concurre de manera evidente la voluntad de la empresa⁴.

En resumen, la discusión sobre el pago de un plus extrasalarial y la posible discriminación requiere un análisis detallado de la normativa legal y convencional vigente, así como, de manera esencial, la interpretación de la jurisprudencia. Y, precisamente, este análisis debe considerar dónde está el equilibrio entre la igualdad de trato y la compensación adecuada por los gastos a los que responden los pluses extrasalariales, sin que la enfermedad, por sí misma, exima a las decisiones empresariales de una justificación objetiva, sin la que se pueden generar desequilibrios injustos para las personas trabajadoras.

Esta introducción finalmente quiere señalar como objetivo último de este artículo, realizar un examen, no exhaustivo, de esta materia a partir de los análisis de la doctrina judicial en algunos supuestos paradigmáticos o, al menos, significativos.

2. La delimitación de las partidas extrasalariales

El primer apartado del artículo 26 ET delimita las percepciones económicas que pueden considerarse salario partiendo de lo que configura como definición legal. Concretamente establece que «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo». Esto implica una determinación positiva de lo que se considera salario, presentando una conceptualización amplia, así como una presunción a favor de la consideración como salario de toda cantidad que perciba la persona trabajadora⁵. Así, cualquier percepción cuya naturaleza no se demuestre distinta, se incluirá dentro de la «totalidad de las percepciones económicas». Esta interpretación ha sido consistentemente respaldada por nuestra jurisprudencia, sin sufrir modificaciones sustanciales

⁴ La STS 43/2024, de 11 de enero, aborda la cuestión de si el pago continuado del plus de transporte a trabajadores en teletrabajo, por desconocimiento, crea una condición más beneficiosa consolidada. La sentencia concluye que no, ya que no existe una voluntad empresarial inequívoca de mantener este beneficio en situaciones que no requieren desplazamiento. Esta decisión subraya la necesidad de una voluntad clara y manifiesta de la empresa para que un beneficio temporal se consolide como un derecho permanente.

⁵ *Vid.* en sentido amplio J.L. MONEREO PÉREZ ET AL., *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares, 2024.

a lo largo del tiempo⁶.

En este sentido, es fundamental resaltar que el tratamiento legal de las percepciones económicas recibidas por los trabajadores presenta diferencias significativas atendiendo a su naturaleza, esto es, que puedan o no ser incluidas dentro del espectro dibujado por el citado art. 26.1 ET. Es esencial, de este modo, determinar la naturaleza de cualquier percepción económica recibida por el trabajador, especialmente porque tal naturaleza no se deduce, en muchos casos, de la regulación convencional o del acuerdo individual.

En este contexto, es preciso considerar dos aspectos clave respecto de las partidas salariales. En primer lugar, la existencia de excepciones legales que nos llevan a identificar una retribución como extrasalarial y, en segundo lugar, la acreditación de las características que permiten identificar una percepción como salario.

Las citadas excepciones legales se encuentran en el apartado segundo del artículo 26 del ET, donde se describen las partidas extrasalariales:

No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

A partir de este planteamiento, hemos de precisar que para que una percepción se considere salario, debe responder a la concurrencia de tres elementos: finalista, subjetivo y contractual, de manera que, de un modo más explícito, será la natural compensación por el trabajo realizado o el tiempo de descanso retribuido. Su abono dependerá directamente del empleador y estará enmarcada dentro de la relación contractual, es decir, derivará del propio contrato de trabajo. En síntesis, debe tener como única causa el trabajo realizado, y no otra distinta⁷.

⁶ Por ejemplo, la STS 12 febrero 1985 afirma que «De la fórmula legal deriva, como dice la doctrina científica, la presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo sólo jugar las excepciones legales cuando su existencia quede probada».

⁷ La STS 582/2021, de 27 mayo, reitera la idea de que las cantidades abonadas en concepto de salario corresponden a la prestación efectiva de trabajo, pudiendo no pagarse en períodos donde no se presta servicio, sin que esto se considere una multa de haber: «Durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber».

Es importante subrayar que esta afirmación se circunscribe exclusivamente a las partidas consideradas salario, cuyo pago, como hemos señalado, depende de la realización efectiva del trabajo, ya que, precisamente, las partidas extrasalariales no cumplen con alguno de los elementos finalista, subjetivo o contractual propios de la delimitación positiva del salario a los que hemos hecho referencia.

Y es que, de manera exacta, las percepciones extrasalariales se abonan en relación con la prestación, pero no como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. Este tipo de pago está vinculado a las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo, pero su razón de ser es distinta al intercambio de servicios por salarios⁸.

¿Pero cómo se identifica cuando una cantidad es salarial y otra no tiene tal condición? ¿Se deduce de manera expresa tal naturaleza? ¿Su definición convencional, por ejemplo, determina cuál es? Y, finalmente, ¿qué consecuencias tiene desde el plano de la posible discriminación?

Vayamos por partes.

En primer término, no existe una fórmula magistral que nos permita hacer tal distinción más allá de los parámetros genéricos de la definición en negativo del salario que se contempla en el art. 26.2 ET.

Como se ha señalado por la doctrina,

[hay serias] dudas en torno a si una ventaja económica constituye o no una partida salarial. Ello se debe, entre otros, a los siguientes motivos:

a) La falta de precisión técnica de la noción de salario contenida en el artículo 26.1 del TRET –precepto que incluso ha sido calificado como una “norma en blanco”–, que lo define como la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación de unos servicios laborales. Esta generalidad hace difícil determinar cuándo estamos ante un emolumento salarial y cuándo no, pues en principio parece que toda ventaja económica que reciba el trabajador de manos del empresario debe encajar en este concepto. Dificultad que, a la postre, no se ha visto paliada por la labor jurisprudencial que en multitud de ocasiones se ha limitado a remitirse a la definición legal de salario;

b) Sin embargo, existen beneficios que provienen del empresario que no son salario, tal y como dispone el artículo 26.2 del TRET. La circunstancia de que haya una definición positiva y otra negativa de lo que es salario provoca, así, que entre ambas pueda existir una zona gris

⁸ Un análisis de cada una de las partidas extrasalariales que enumera la ley revela que, en el caso de indemnizaciones o suplidos, se trata de compensaciones por gastos asumidos debido al trabajo. Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social asumen situaciones de necesidad o cobertura de riesgos. Las indemnizaciones por traslados, suspensiones y despidos compensan los perjuicios sufridos por decisiones empresariales.

conformada por ventajas vinculadas con la prestación de unos servicios por cuenta ajena pero que no se ajustan de forma absolutamente clara a alguno de los dos extremos contenidos en el artículo 26 del TRET sino que, por el contrario, suscitan incertidumbre⁹.

Por tanto, es necesario analizar la naturaleza de cada percepción económica conforme al principio de realidad retributiva, independientemente de su denominación.

De este modo, como expresamente se ha reconocido por la jurisprudencia, es absolutamente independiente el *nomen iuris*¹⁰ y la realidad de la partida, que se desprenderá de la causa a la que responda¹¹.

Y ello exige, por tanto, una adecuada interpretación de la cláusula que contenta, regule, ordene o disponga una partida retributiva, de manera que ello resulta determinante para describir su naturaleza¹².

Debemos tener presente, como se ha defendido de manera tradicional, que los acuerdos en materia salarial no están al margen del concepto legal de salario, «no pudiendo incluir en la estructura del salario conceptos que no tengan naturaleza jurídico salarial, ni tampoco viceversa, dejar de incluir percepciones económicas ex artículo 26 del TRET que participen de dicha naturaleza salarial»¹³.

⁹ M. LLOMPART BENNÀSSAR, *El salario: problemas de calificación jurídica y elementos calificadores*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2024, n. 254, p. 103.

¹⁰ *Ibidem*, p. 106: «En materia salarial, de forma semejante a lo que acontece respecto de los elementos que integran la base de cotización 23, rige el principio de irrelevancia del *nomen iuris*. Principio que supone que, cualquiera que sea la denominación o calificativo empleado por las partes para designar las percepciones económicas, si éstas son reconducibles al concepto de salario tal será su naturaleza 24. Dicho en otras palabras, este principio reconoce que las cosas son lo que son y no lo que los sujetos dicen que son. A la postre, dicha regla debe aplicarse tanto en el ámbito de la autonomía individual como en el de la negociación colectiva».

¹¹ La STS 480/2024, de 19 de marzo, recuerda que la jurisprudencia es constante en esta materia: «La STS de 16 de abril de 2010 (recurso 70/2009) explica que ‘la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial no depende de la calificación del convenio colectivo, sino que, por imperativo legal, toda prestación económica que retribuye el trabajo debe ser salario según el art. 26.1 [...] lo que habrá de averiguar es la naturaleza real de los pluses, independientemente de su denominación en el convenio, si remuneran efectivamente el gasto de transporte o de mantenimiento del vestido del trabajador’. La constante doctrina se refleja también en la STS 985/2017 de 11 diciembre (rec. 860/2016)».

¹² Y así, *v.gr.*, la STS 495/2024, de 20 de marzo, destaca que, para determinar la naturaleza del plus transporte, es necesario aplicar criterios jurisprudenciales de interpretación de los convenios colectivos: literal, sistemática, histórica y finalista, sin recurrir a la interpretación analógica para cubrir lagunas (STS 9 abril 2002, rec. 1234/2001). Los convenios deben ser interpretados en su conjunto, evitando el “espiguelo” (STS 4 junio 2008, rec. 1771/2007).

¹³ J.L. MONEREO PÉREZ, *La estructura del salario*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios*

De todo este planteamiento debe deducirse que las partidas extrasalariales que vengan identificadas como extrasalariales, deben ser examinadas con especial atención para determinar si cumplen con los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia para responder a esta naturaleza. Por ejemplo, las indemnizaciones por traslado deben ser claramente diferenciadas de los pagos salariales regulares, ya que su objetivo es compensar al trabajador por un perjuicio específico y no por su labor diaria. Asimismo, los suplidos por gastos, como los de transporte o vestimenta, deben justificarse adecuadamente para evitar confusiones y asegurar que no se consideren indebidamente como salario. Pero si no se justifica claramente que responden a este fin, por la presunción del art. 26.1 ET, esas cantidades, por más que vengan catalogadas como no salariales, sí tendrán tal consideración.

Esta distinción no es meramente teórica, sino que tiene implicaciones prácticas significativas para la gestión y regulación de las relaciones laborales. Por ejemplo, el reconocimiento de una percepción como salario tiene consecuencias directas en el cálculo de las bases de cotización a la Seguridad Social, en las indemnizaciones por despido y en la configuración de los derechos económicos del trabajador durante situaciones de incapacidad temporal o cese de actividad¹⁴.

La diferencia fundamental será, en cualquier caso, que la calificación como salario estricto, pagado por unidad de tiempo, implicaría un abono mensual, mientras que, si se trata de una partida extrasalarial, su percepción dependerá de la causa contemplada en el art. 26.2 ET. Si no se da esta causa, no se tendrá derecho a su percepción.

En segundo término, nos preguntábamos como afecta esto a un posible supuesto de discriminación. Y ello acontecerá de un modo simple: mientras que, en principio, no cabe excluir, por norma general, un pago periódico, en el caso de una cantidad no salarial, esta se abonará o no dependiendo de la concurrencia del motivo que la justifica, de forma que estaría razonada su falta de pago cuando tal situación no se produce. Al menos esto sería así en teoría. Al respecto, hemos de señalar que el abono del salario supone, siempre, un incremento patrimonial para su receptor, de manera que no está justificado que una persona tenga derecho a este incremento regular y otro no, por lo que cualquier circunstancia personal o profesional que suponga un tratamiento diferenciado a estos efectos podría ser discriminatoria. Salvo que, en su caso, existiera una justificación objetiva

a las *Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 1, *El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa, 1994, p. 68.

¹⁴ *Vid.* de manera general A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable)*, McGraw-Hill, 1999.

y razonable.

De esta forma, como regla general, el percibo del salario es regular, por lo que la suspensión de pago es la excepción que debe razonarse, mientras que cuando hablamos de un plus extrasalarial, la excepcionalidad es, precisamente, su pago, puesto que éste solo responde, como hemos advertido previamente, a la necesidad de compensar el gasto que asumió la persona trabajadora, si éste es el caso. En este sentido, no hay tratamiento desigual si a un trabajador se le paga y a otro no por este concepto, cuando uno ha generado un gasto y otro no. Esta es la razón que objetivamente justifica la diferencia de trato.

Siendo todo esto evidente, el problema surge cuando a una percepción extrasalarial se le da un diseño de permanencia. Esto es, sin someterlo a las variaciones que se deriven de la necesidad de cubrir la finalidad exacta a la que responde cada uno de los supuestos del art. 26.2 ET. Dicho de otro modo, a título de ejemplo, habrá un gasto en desplazamiento si se acude al trabajo y, en consecuencia, se justifica un plus de transporte o de distancia, pero si no hay tal desplazamiento, no puede haber gasto y, por tanto, no estaría justificada esta percepción que, en caso de recibirse, sería salario por la presunción del art. 26.1 ET.

¿Cabe, consecuentemente, su eliminación si el gasto no se produce? Respondamos con otra pregunta. Si una prestación de Seguridad Social se incluye entre las de naturaleza extrasalarial del art. 26.2 ET ¿se abona de manera constante o sólo cuando se produce la situación de necesidad y se cumplen los requisitos legales?

A estos efectos, es necesario invocar el artículo 173.3 LGSS cuando afirma que «Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal». Es decir, que si no pudo haber prestación de servicios porque se ha producido una suspensión temporal de la misma, no puede haber prestación que la sustituya.

Si aplicamos un silogismo simple, según el cual si A es igual a B y B es igual a C, A es igual a C; debemos concluir que, por la misma razón, si no hay prestación laboral, no hay gasto y no se genera el derecho a la compensación mediante la dieta o suplido.

Parece, en estas circunstancias, que el problema principal se centra en estos pluses, por lo que se justifica una especial atención a los mismos.

3. Los pluses de transporte o distancia como partida extrasalarial

El plus de distancia, así como el de transporte, son concebidos como

una compensación o indemnización por los gastos y el tiempo adicional dedicado por los trabajadores para llegar a su lugar de trabajo y la empleadora no ha facilitado un medio de desplazamiento:

Como se sabe, la función indemnizatoria es la que debe predominar en las percepciones extrasalariales. Cuando el trabajador percibe cualquiera de estos conceptos se le está resarcido de un gasto que contrajo derivado de su actividad laboral. No obtiene plusvalía alguna. Un ejemplo claro de esto es el plus de transporte o también denominado plus de distancia. Se pretende con este complemento compensar al trabajador por el gasto que le supone ir y volver cada día desde su residencia al lugar de trabajo¹⁵.

Deben configurarse, por tanto, como partidas extrasalariales¹⁶, si bien, no siempre es evidente esta calificación o esta naturaleza jurídica, en tanto que resulta discutible a partir de la función que en la realidad fáctica cumplen en cada relación laboral.

Ello ha sido objeto de un importante examen jurisprudencial en el ámbito de lo Social. Ámbito en el que se ha discutido el carácter de esos pluses atendiendo o no a la existencia de desplazamiento, sin que haya existido una doctrina unánime al respecto¹⁷.

¹⁵ C. CARRERO DOMÍNGUEZ, S. BARCELÓN COBEDO, M.T. ALAMEDA CASTILLO, A.B. MUÑOZ RUIZ, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶ *Vid.* art. 147 LGSS.

¹⁷ Resulta especialmente interesante el recorrido que la de la [STS 756/2023, de 23 de octubre](#), hace de la jurisprudencia al respecto, lo que entendemos que justifica, a efectos ilustrativos, reproducir de manera literal esta parte de su FJ 6º: «3. - Con base en la regulación contenida en el art. 26.1 del ET la doctrina jurisprudencial considera que existe una presunción iuris tantum de que todas las cantidades que percibe el trabajador del empresario son salario, correspondiendo la carga de la prueba en contrario a quien alegue el carácter extrasalarial de una percepción [por todas, sentencias del TS 386/2017, de 3 mayo (rcud 385/2015); 63/2019, de 29 enero (rcud 1091/2017); y 803/2020, de 24 septiembre (rec. 45/2019)]. La sentencia del TS de 12 de febrero de 1985 consideró salario “[l]as cantidades debidas a los trabajadores, como en este caso, a consecuencias de las ganancias obtenidas por el empresario por la cesión de los derechos de exhibición del filme [...] la propiedad intelectual [...] es parte indisoluble de la actividad laboral”. Tienen naturaleza extrasalarial los ingresos económicos del trabajador que no responden al interés económico perseguido con la relación laboral. Dichos pagos cumplen una función resarcitoria y no remuneratoria del trabajo. Su justificación radica en que el trabajador no debe sufrir ninguna carga económica por el desarrollo de su actividad laboral. No retribuyen el trabajo sino que compensan al trabajador por los gastos que ha debido hacer como consecuencia de su prestación laboral. La dificultad surge porque un complemento extrasalarial puede abonarse según una valoración media de los gastos abonados por los trabajadores y pagarse en la misma cantidad todos los meses del año. 4. - Respecto del plus de transporte, la sentencia del TS de 17 de enero de 2013, recurso 1065/2012, sentó la

doctrina siguiente: “1) en principio, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, en cuanto que se percibe por el trabajador en concepto de ‘indemnización o suplido’ ‘por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral’ (STS 16-4-2010, recurso 70/2009); 2) ello no es obstáculo para que, si se averigua que bajo la denominación de ‘plus de transporte’ se disimula una verdadera retribución salarial en contraprestación del trabajo realizado, se tenga en cuenta la realidad efectiva de la remuneración y no la apariencia de la misma (STS 16-4-2010 y STS 25-11-2011, citadas); 3) en la regulación del plus de transporte del Convenio Colectivo [...] el carácter extrasalarial de este elemento de la remuneración consta expresamente en el epígrafe general (‘complementos no salariales’) y en el título del artículo (‘Indemnizaciones o suplidos’); y 4) la percepción del plus de transporte en vacaciones o su inclusión en las pagas extras no son indicios suficientes ‘para privarle de la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio’, máxime tratándose de ‘un concepto que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes’ (STS 25-11-2011, citada)”. 5. - En relación con el plus de desplazamiento, la sentencia del TS 400/2018, de 16 abril (rcud 24/2017), con cita de las de 16 de febrero de 2015, recurso 3056/2013 y 7 de abril de 2015, recurso 1187/2014, argumenta: “cuando no existe desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituía su objeto, es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones pagadas”. 6. - La sentencia del TS 389/2017, de 3 mayo (rcud 3157/2015) interpretó el art. 72 del Convenio Colectivo [...] que establecía: “El importe del plus de distancia y transporte asciende en cómputo anual a 1.278 euros, y se redistribuirá en doce mensualidades. El plus de distancia y transporte y el plus de mantenimiento de vestuario se redistribuirá en doce mensualidades según se establece en la columna correspondiente en el Anexo de salarios y otras retribuciones”. Esta sala argumentó: “con carácter general hemos mantenido que la naturaleza –salarial o extrasalarial– de los pluses de transporte y vestuario, dependerá –al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio– de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, sin que pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remunerar tales complementos [...]”. 7. - Las sentencias del TS 569/2021, de 25 mayo (rcud 4329/2018); y 855/2022, de 26 de octubre (rcud 825/2019) reiteraron la citada doctrina, declarando que tenían naturaleza extrasalarial los pluses de transporte y vestuario regulados en el art. 46.b).5) del III Convenio Colectivo [...], que se abonaban en catorce pagas, incluso durante el periodo vacacional, y la empresa cotizaba por ellos a la Seguridad Social. 8. - Las sentencias del TS 295/2022, 1 de abril (rec. 60/2020) y 761/2022, de 22 de septiembre (rec. 11/2021), también declararon la naturaleza extrasalarial del plus de transporte previsto en el art. 39 del Convenio Colectivo [...]. Esta Sala argumentó que ese plus de transporte se percibía “en once meses del año, exceptuando el periodo de vacaciones”, con una cuantía fija. La sentencia del TS 985/2017, 12 de diciembre (rec. 860/2016), con cita de anteriores pronunciamientos, recordó que no se puede “deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, [...] pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remunerar tales complementos”».

De este modo, se ha señalado que no resultaba determinante el que no hubiera desplazamientos en realidad o que se pagara, de manera fija y constante en todas las mensualidades¹⁸. Sin embargo, en pronunciamientos posteriores se ha afirmado que, la falta de aquel desplazamiento suponía, precisamente, dotar a las cantidades abonadas de naturaleza salarial, en tanto que no respondían al pago de una compensación por un gasto asumido¹⁹.

Los cambios interpretativos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, nos lleva, en una evolución inmediatamente posterior a precisar, como en períodos anteriores, que no se desvirtuaba el carácter extrasalarial por reiterarse en la totalidad de las pagas recibidas (incluso en vacaciones)²⁰ o en todas salvo en vacaciones, pero con una cuantía fija²¹. Suponía, por tanto, una apuesta por alejarse de la presunción en favor de la consideración de salario que opera con carácter general, lo que deriva, finalmente, que el propio Tribunal Supremo matice esta doctrina²².

En este sentido, cuando se analiza el pago de esta partida indemnizatoria para compensar gastos, se plantea su naturaleza cuando –y aquí cobra mayor interés en el marco del análisis que ahora nos ocupa–, se mantiene su percepción en situaciones de IT, esto es, cuando la persona trabajadora está enferma. Al respecto, se reafirma por el Tribunal Supremo:

El concepto de salario, por su transcendencia económico-social, se encuentra sustraído a cualquier posibilidad de modulación por parte de la autonomía privada, ya sea individual o colectiva, lo que limita el contenido de la relación contractual laboral. La consideración de lo que debe reputarse salario no depende de la denominación que convencionalmente le hayan atribuido las partes, individuales o colectivas, sino que atiende a su verdadera naturaleza. Ello impide que los convenios colectivos puedan acordar la exclusión de la naturaleza salarial de un complemento que tenga su causa en el contrato de trabajo. La sentencia de la Sala Contencioso-administrativa del TS de 2 de noviembre de 1989 argumentó: «La política, no insólita en los Convenios Colectivos, de disimularse con nominalismos la realidad de los conceptos retributivos, para eludir deberes de cotización, constituye un intento ineficaz, que debe ceder cuando desde el imperio inexcusable de la Ley se llama a las cosas con el nombre que les corresponde». La razón es porque la delimitación conceptual del salario tiene importantes

¹⁸ STS 15 marzo 1999.

¹⁹ *V.gr.* STS 16 abril 2018.

²⁰ *V.gr.* STS 855/2022, de 26 de octubre.

²¹ *V.gr.* STS 761/2022, de 22 de septiembre.

²² La ya citada [STS 756/2023](#).

consecuencias tanto laborales (mecanismos de protección salarial, cálculo de indemnizaciones extintivas, responsabilidad salarial...) como de Seguridad Social. [...] Es necesario precisar cuál es la causa de cada atribución patrimonial: si retribuye el trabajo o si se limita a compensar los gastos que haya realizado el trabajador como consecuencia de la prestación laboral²³.

Finalmente, y esto es lo concluyente, tal y como se adelantaba en un epígrafe anterior para todas las partidas extrasalariales, se fijan los criterios para excluir la naturaleza como extrasalarial de estos pluses de distancia o transporte, a saber:

- a. tener la misma cuantía para todas las personas trabajadoras, al margen del tipo de desplazamiento que tengan que hacer, así como de las circunstancias personales o profesionales que pudieran afectar a su cálculo;
- b. pago todo el año, incluso en vacaciones. «Huelga evidenciar que el mantenimiento de su abono en este supuesto de interrupción contractual pugna con una ontología ajena a la salarial. Su pago indica que estamos ante el contravalor asignado a la prestación de servicios y no ante la compensación de un (por lo demás inexistente) gasto»;
- c. no variar en función de los días en los que realmente se acude al trabajo;
- d. mantenimiento en las situaciones de IT.

Sin que quepa, en estas circunstancias, aplicar el principio de norma más favorable, puesto que lo que se está analizando es la verdadera naturaleza de las percepciones recibidas.

En esta línea, los pronunciamientos más recientes no descartan que estos pluses tengan carácter extrasalarial, pero habrá que comprobar si oculta una auténtica retribución salarial tras una denominación que invite a pensar en otra cosa²⁴.

²³ En la misma sentencia de la nota anterior: [STS 756/2023](#).

²⁴ STS 495/2024, de 20 de marzo, aborda la exégesis de la regulación convencional del plus de transporte en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, en cuanto a la ordenación normativa vía negociación colectiva: «Sobre la doctrina del plus transporte, la Sala es consciente de que hay que estar a las circunstancias del caso concreto, pero ello no es óbice para que recordemos cuál es, en términos generales, la doctrina sobre el particular. Así, en nuestra STS 17 enero 2013, Rec 1065/2012, dijimos que: 1) en principio, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, en cuanto que se percibe por el trabajador en concepto de “indemnización o suplido” por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (STS 16-4-2010, recurso 70/2009); 2) ello no es obstáculo para que, si se averigua que bajo la denominación de “plus de transporte” se disimula una verdadera

Sea como sea, la doctrina²⁵ ha criticado el uso que la negociación colectiva ha venido haciendo de estos pluses, o más bien su configuración, en tanto que no está clara su finalidad concreta o genera importantes disfuncionalidades en cuanto a su uso²⁶.

En conclusión, la naturaleza del plus de distancia y transporte continúa siendo objeto de debate y análisis por parte de la jurisprudencia social, subrayando la necesidad de considerar diversos factores, tanto legales como fácticos, para determinar su carácter salarial o extrasalarial, así como su aplicación en contextos laborales diversos. Y entre aquellos factores se encuentra el del abono durante períodos de enfermedad.

retribución salarial en contraprestación del trabajo realizado, se tenga en cuenta la realidad efectiva de la remuneración y no la apariencia de la misma (STS 16-4-2010 y STS 25-11-2011, citadas); 3) en la regulación del plus de transporte del Convenio Colectivo [...] el carácter extrasalarial de este elemento de la remuneración consta expresamente en el epígrafe general (“complementos no salariales”) y en el título del artículo (“Indemnizaciones o suplidos”); y 4) la percepción del plus de transporte en vacaciones o su inclusión en las pagas extras no son indicios suficientes para privarle de la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio, máxime tratándose de un concepto que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes (STS 25-11-2011, citada)».

²⁵ C. CARRERO DOMÍNGUEZ, S. BARCELÓN COBEDO, M.T. ALAMEDA CASTILLO, A.B. MUÑOZ RUIZ, *op. cit.*, p. 106 ss.

²⁶ «En ocasiones, la empresa prefiere poner al servicio de sus empleados un transporte colectivo en lugar de abonar este plus. Dicho lo anterior, la muestra de Convenios pone en evidencia que, en ocasiones, se hace un mal uso del plus de transporte. Esto ocurre cuando el plus de transporte queda revestido con elementos retributivos, por ejemplo, cuando se vincula al trabajo realizado como si fuera salario a través de la categoría profesional. Es decir, en el Convenio la cuantía del plus que, en principio como indemnización que es, debería ser única para todos los trabajadores de la empresa, difiere en función de la categoría profesional [...]. En la misma dirección parece apuntar el art. 35 de este Convenio cuando superpone al plus de transporte que hemos analizado otro plus denominado plus de distancia para los trabajadores que residan fuera del término municipal donde se encuentre situado el centro de trabajo. Este colectivo percibirá una cantidad en concepto de plus de distancia, destinada a compensar los gastos derivados del desplazamiento de estos trabajadores desde los municipios de su residencia hasta el centro de trabajo. Respecto a su cuantía, será equivalente al importe de los billetes del transporte público colectivo necesario para acudir desde el centro de la localidad de residencia hasta el centro de trabajo [...]. Si bien de forma aislada se ha observado en la muestra de Convenios que, junto a la categoría o grupo profesional del trabajador otro criterio utilizado para diferenciar entre trabajadores un concepto que debería ser igual para todos, es el tiempo de trabajo. Entonces el trabajador percibe un plus de transporte diferente si está a jornada completa o a tiempo parcial. Razonamiento éste que no se comprende muy bien, pues el gasto que el trabajador ha debido hacer para acudir a su lugar de trabajo coincide tanto si ha trabajado ocho horas como si ha trabajado cuatro».

4. La discriminación por enfermedad y los pluses extrasalariales

Como ya se ha advertido, la discriminación salarial por enfermedad es un fenómeno que ha sido objeto de un amplio debate y análisis en el ámbito de la doctrina científica y judicial y para la que la citada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, representa un avance significativo al establecer un marco legal claro que prohíbe diferencias de trato no justificadas por razones médicas objetivas²⁷.

A estos efectos, tomamos como referencia el art. 3.2 de la citada norma que, como recordaremos, excluye cualquier trato desigual basado en la propia enfermedad o en las limitaciones que suponga la misma.

En este sentido, hemos visto cómo se puede fijar un plus de distancia o transporte que, para mantener su condición como extrasalarial, puede excluir su pago cuando no se acuda al puesto de trabajo. Pero, precisamente, la imposibilidad de acudir puede estar derivada de una limitación como consecuencia de una enfermedad.

En este punto, es necesario fijarse en dos elementos: la duración de la enfermedad y la finalidad del plus extrasalarial. Y, en este último aspecto, es muy importante atender a la verdadera naturaleza del concepto económico, puesto que, mientras que, en un caso, su falta de abono no tiene por qué tener una interpretación como discriminatoria, por el contrario, en otro sí lo puede tener. Expliquémonos.

Para una explicación coherente debemos, en cualquier caso, empezar por el final, esto es, por la naturaleza del abono (mientras que la duración de la enfermedad tendrá un tratamiento más colateral).

Si éste responde a un carácter extrasalarial, la ausencia de pago por no acudir al trabajo por encontrarse enfermo no debe reputarse como discriminatoria, porque, en principio, el pago de éste –del abono– se vincula a la asunción de un gasto que, de no ir al centro de trabajo, no existe.

Sin embargo, puede plantearse que tiene la consideración de salario. Por ejemplo, cuando «No se ha probado que ese complemento salarial remunere de forma efectiva el gasto de transporte de los trabajadores. Si se tratara de las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador reguladas en el art. 147.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, que las excluye de la base de cotización a la Seguridad Social siempre que se justifique su importe, no ofrecería duda su naturaleza extrasalarial. Por el contrario, se trata de unas cantidades fijas mensuales abonadas en 14 pagas

²⁷ Al respecto, J. MORENO I GENÉ, *La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022. Valoración de los primeros pronunciamientos judiciales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

sin que se haya desplegado actividad probatoria alguna tendente a acreditar su naturaleza extrasalarial»²⁸.

En estas circunstancias, se han observado dos posibilidades en la regulación convencional: o bien que el convenio colectivo prevea el pago en los períodos de IT o bien que, a pesar de existir una cuantía fija y mensual, ésta solo se elimina en situaciones como la propia IT o las vacaciones.

Ello, como hemos reiterado, no puede suponer, de manera automática, que se excluya su condición de partida extrasalarial, pero de acuerdo con la jurisprudencia analizada, sí es cierto que pueden existir importantes indicios como para reconocer su naturaleza salarial. Si esta fuera la interpretación respecto al plus en un supuesto de hecho concreto, entonces sí habría dudas respecto a una posible discriminación.

Hay que tener presente que según el art. 9.1 de la misma norma jurídica «no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley [...] en la retribución». Lo que invita a defender que las empresas no pueden reducir o eliminar los pagos salariales con base, únicamente, en el hecho de que un trabajador esté enfermo, a menos que haya una razón objetiva para hacerlo.

Si en el convenio colectivo, el plus de transporte o distancia se paga solo en los días de trabajo efectivo, la práctica, aunque común, puede plantear problemas de discriminación si afecta desproporcionadamente a trabajadores que tienen más probabilidades de estar ausentes por enfermedad (y de ahí, la transcendencia también de la duración o reiteración en la enfermedad). Por ejemplo, los trabajadores mayores o las mujeres, que pueden necesitar ausentarse por razones relacionadas con el género, como el embarazo o, incluso, con la nueva regulación de la baja por menstruación dolorosa²⁹, en tanto que es un supuesto legal de IT que concede, expresamente, a la mujer trabajadora, el derecho a suspender el contrato por enfermedad en estos casos³⁰.

²⁸ STS 756/2023, cit.

²⁹ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA, *Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2023, n. 1, pp. 30-33.

³⁰ Art. 169, *Concepto*: «1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Tendrán la consideración de situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquellas en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la debida

Esto es, podríamos estar ante un supuesto de discriminación indirecta ¿de qué va a depender entonces? De una cuestión clave: comprobar, si realmente, el importe que se abona al trabajador se corresponde de manera exacta con el gasto que asume la persona trabajadora por ir al centro de trabajo.

Si es así, no se plantearía ningún problema, porque se corrobora su naturaleza extrasalarial y no se genera diferencia alguna, por cuanto que los trabajadores que no asisten al trabajo, por ejemplo, por enfermedad, tienen un coste de 0 euros por desplazamiento, mientras que las personas trabajadoras que sí asisten a trabajar tienen, por su parte, un gasto de X euros, pero un ingreso, también de X euros, de manera que el gasto menos el ingreso es también igual a 0 euros ($X - X = 0$). De otro modo se estaría generando una situación de desigualdad no justificada que beneficiaría al trabajador enfermo por el simple hecho de estar enfermo.

La otra posibilidad es que existan ingresos superiores al gasto, sea coyunturalmente, sea de manera continua por la fijación de una cuantía fija no alterable. Esto es, que Ingresos por pluses sea X mientras que gastos por desplazamiento sean X menos Y. En este caso, el resultado no puede ser 0 euros, sino una cuantía en favor del trabajador ($X - (X - Y) = Z > 0$). Y ello, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha analizado, no puede entenderse como indemnización que compensa gastos, sino como salario vía presunción del art. 26.1 ET.

Si a este beneficio no tiene acceso el trabajador que no asiste al trabajo por enfermedad, sí entraría en juego la discriminación descrita en la Ley 15/2022.

Las consecuencias de ello serían, de conformidad con lo establecido en la propia norma, las siguientes:

- según dispone su art. 10, en los convenios colectivos no puede haber limitaciones o segregaciones –por las causas que establece esta misma ley que, en su art. 2, incluye la “enfermedad”– que afecten, entre otros, a la retribución, haciendo responsables de su cumplimiento a representantes de las personas trabajadoras y empresas³¹;

a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud 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 considerará también situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena».

³¹ «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios

- de acuerdo con su art. 4, «queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad» si bien, «No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla»;
- se deberá reconocer la nulidad de pleno derecho de la cláusula discriminatoria (art. 26), con la reparación del daño causado vía indemnizatoria (art. 27) y con la previsión de tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 28), en este último extremo, reconducible a través de los arts. 153, 163.3 y 4 y 184 LRJS³².

colectivos, la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones [...] en la retribución [...] y demás condiciones de trabajo [...]. La representación legal de los trabajadores y la propia empresa velarán por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley».

³² Art. 153, *Ámbito de aplicación*: «1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas [...]. 2. También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente Título». Art. 163, *Iniciación*: «3. Si la autoridad laboral no contestara la solicitud a la que se refiere el apartado anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya hubiere sido registrado, la impugnación de éstos podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional. 4. La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos». Y, respecto a la tutela de derechos fundamentales, art. 184, *Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente*: «No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas [...] las de impugnación de convenios colectivos [...] en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter

La solución pasa, necesariamente, por dos opciones:

- a. ajustar el gasto de un modo más real y exacto, pudiendo vincular el cobro de la prestación extrasalarial a la existencia de un desplazamiento real. Hay, en consecuencia, compensación de gastos y su falta de percepción no supone reconocer una situación como discriminatoria;
- b. si se establece una cantidad fija, incluso constante, ante las dudas respecto a su naturaleza cuando su importe pueda superar los costes de desplazamiento, en ese caso, para evitar la posible discriminación no se puede eliminar el período en el que la persona trabajadora se encuentre en situación de IT. Ello, no obstante, no supone que de manera automática se deba de entender que una cantidad fija supone, en todo caso, una partida salarial que supera la mera compensación, sino que habrá que estar al caso concreto y al cálculo de las diferencias de ingresos y gastos antes señalada.

No debe obviarse, en este sentido, la importancia de interpretar las normas laborales de manera que se garantice la igualdad de trato y no discriminación. En este contexto, como se ha afirmado por la doctrina al amparo del análisis de la Ley 15/2022, el art. 14 CE contiene «un doble derecho, como con reiterativo énfasis suele precisar nuestra jurisprudencia constitucional (según cabe apreciar en la STC 39/2002, de 14 de febrero, entre muchísimas otras): de un lado, un derecho a la igualdad, que no impide diferencias fundadas en causas objetivas y razonables y que muestra su más intenso vigor frente a los poderes públicos, y, de otro, un derecho a la no discriminación que veda de manera radical todas aquellas distinciones que tengan como base alguna de las circunstancias citadas en ese mismo precepto constitucional»³³.

Ello nos debe llevar a soluciones que, como la planteada, permitan establecer diferencias de trato, pero sin que respondan a un criterio discriminatorio. Y es que, como se ha afirmado respecto al principio de igualdad ante la ley,

En términos generales supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no

preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva».

³³ J. GARCÍA MURCIA, *La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, en *Foro*, 2022, n. 2, p. 13.

justificadas objetivamente. Por lo que, a contrario, tratamientos diferenciados entre situaciones iguales que respondan, sin embargo, a una justificación objetiva y razonable y cuyas consecuencias sean proporcionadas, resultarán plenamente conformes con el artículo 14 CE³⁴.

De esta forma, podríamos entender, finalmente, que no existe ningún perjuicio para una persona por el único hecho de estar enfermo, si la ausencia de percepción de un plus extrasalarial no supone ninguna desventaja respecto al que sí la percibe. Y ello solo ocurre cuando, como en los pluses de transporte o distancia, compensan, verdaderamente, un gasto con ocasión del desplazamiento al trabajo. Y no otra cosa. Cuando no supone, por tanto, una partida salarial encubierta.

Si esta es la naturaleza de lo que se regula convencionalmente, no habría problema en cuanto a la advertencia de excluir períodos de no asistencia, como IT, vacaciones, u otros. Si bien, no parece tampoco lógico, excluir solo uno de ellos, bien vacaciones, o bien IT, por ejemplo. La exclusión debería ser respecto de todos o de ninguno.

Con esta última posibilidad, retomamos una de las cuestiones antes señaladas: las dudas interpretativas del Tribunal Supremo cuando ha afirmado –aunque en los últimos pronunciamientos con menor fuerza– que la posibilidad, muy repetida en los convenios colectivos, de establecer una cantidad fija y constante, puede ser indicio de su naturaleza salarial, pero no que no puede entenderse, de manera automática, que así sea. Es decir, que no cabe la exclusión directa de su carácter extrasalarial. Como hemos reiterado, y seguimos haciendo, lo relevante, es que compensen los gastos que, verdaderamente, asume la persona trabajadora. Pero ello no impone una forma de pago. Esto es, no implica que, necesariamente, se tenga que ajustar mes a mes de manera exacta, de forma, por ejemplo, que si durante una mensualidad hay menos desplazamientos se rebaje la cuantía (lo que también se puede hacer), sino que sería perfectamente posible calcular una media de gasto y abonarla de manera regular en todas las mensualidades, de forma que, de este modo, no tendría una función distinta que la de indemnización compensatoria por los gastos realizados por la persona trabajadora como consecuencia de su trabajo, pero no como contraprestación por su trabajo.

³⁴ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, en *Lan Harremanak*, 2012, n. 25, p. 22.

5. Conclusiones

Como primera conclusión, resulta un dato evidente que la Ley 15/2022 refuerza la protección contra la discriminación salarial por enfermedad, estableciendo que las diferencias de trato deben estar justificadas por razones objetivas y no ser arbitrarias³⁵.

Pero ya la jurisprudencia, tanto nacional como europea habían subrayado la importancia de garantizar que las políticas retributivas sean equitativas y no discriminatorias.

Como segunda consideración, por tanto, es que todo ello deber estar presente por los negociadores cuando se tramita o acuerda un convenio colectivo, en el sentido de que deben asegurarse de que no se consoliden prácticas de pago que perpetúen desigualdades, especialmente en relación con los trabajadores que pueden estar ausentes por enfermedad.

Como hemos advertido, la jurisprudencia europea ha tenido un papel determinante en la interpretación de cuestiones relativas al principio de no discriminación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reiterado en varias ocasiones que cualquier diferencia de trato basada en la enfermedad debe ser estrictamente necesaria y proporcionada³⁶. Esto implica que cualquier reducción en los pagos durante la enfermedad está justificada por razones objetivas y no por un intento de reducir costes a expensas de los trabajadores más vulnerables.

En este sentido, la exclusión del pago del plus de transporte o distancia durante la enfermedad, si no está justificada objetivamente, podría ser considerada discriminatoria. Y no está justificada, por ejemplo, cuando no responde a la finalidad de compensación de gastos y tiene naturaleza salarial, en tanto que, en tales circunstancias, no está amparado un trato retributivo distinto por el hecho de estar enfermo.

Sin embargo, sí se justificaría cuando realmente responde a la compensación de gastos, ya que, en esas circunstancias, si no hay desplazamiento, no se asume por la persona trabajadora coste alguno y, por tanto, no se genera diferencia de trato alguno, en tanto que su repercusión sobre el trabajador es neutra.

Finalmente, hay un problema respecto al mantenimiento o no de las cantidades que se han venido abonando regularmente y, sin embargo, no ha habido desplazamiento, esto es ¿se consolidan como salario vía

³⁵ En términos generales, L. LÓPEZ CUMBRE, *Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

³⁶ STJUE 18 enero 2018, asunto C-270/16.

condición más beneficiosa? Esta cuestión que ya fue apuntada al comienzo de este estudio se ha abordado también por nuestros Tribunales³⁷. Lo relevante de ello es que, en primer término, se concluye en el mismo sentido que ya hemos manifestado de manera constante: no es necesario o no tiene porque hacerse pago alguno si no existe desplazamiento. En segundo término, se discute si el mantenimiento del pago del plus de transporte a trabajadores en teletrabajo constituía una condición más beneficiosa consolidada. Se concluye que no, destacando que «la condición más beneficiosa exige un acto de voluntad constitutivo de su concesión», por lo que la repetición del pago durante un periodo no implica automáticamente una voluntad de concesión de un derecho permanente, sino que puede ser una mera tolerancia temporal³⁸. Se subraya la necesidad de una intención clara y manifiesta de la empresa para que un beneficio temporal se convierta en un derecho permanente³⁹.

Y así, en este escenario,

es posible [...] sacar como conclusión que:

- la voluntad de la empresa es determinante;
- la acreditación de un lapso temporal escaso es contrario a tal voluntad;
- si, en cualquier caso, se entendiera existente la condición más beneficiosa, sería necesario seguir un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo aunque que, si no se constata, la condición disfrutada puede ser modificada unilateralmente por la empresa sin seguir tal procedimiento⁴⁰.

Parece, de este modo, que es recomendable para los negociadores, ajustar de un modo más preciso la compensación de gastos y, en el caso de que la rebaja del plus de transporte o distancia suponga una rebaja de las percepciones que venían disfrutando las personas trabajadoras, sería conveniente diferenciar las cantidades, de manera que el plus extrasalarial

³⁷ De manera muy reciente, en la ya citada STS 43/2024.

³⁸ Se trata del caso de 41 personas trabajadoras del turno de noche, a raíz de la pandemia, suscribieron un acuerdo de teletrabajo, percibiendo el plus de transporte fijado por convenio de Contac Center desde abril 2020 hasta enero de 2021. Reclamaron su abono desde que la empresa dejó de pagar, pero el TS establece que no es condición más beneficiosa ni derecho adquirido. No se constata que la empresa quisiera otorgar a quienes teletrabajan, el beneficio de seguir percibiendo el plus de transporte que estaban cobrando por tener que acudir al centro de trabajo cuando esa situación no concurriera.

³⁹ Para un estudio más extenso sobre la sentencia, *vid.* F. VILA TIerno, [*Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial*](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2024, n. 2.

⁴⁰ *Ibidem*.

se acomode de forma exacta a la compensación de gastos y, la restante cantidad, o bien integrarla en el salario base, o bien reconducirla a una cláusula *ad personam* que, en cualquier caso, tendría naturaleza salarial. De otro modo, hay riesgos reales de que pueda considerarse que existe o puede existir discriminación por enfermedad.

Recordemos que, si se entendiera que ello es así, entraría en juego toda la operativa de efectos de la Ley 15/2022, con la nulidad consiguiente de toda actuación al respecto.

Solo queda, por tanto, concluir con un refrán español que viene muy al caso: “más vale prevenir que curar”.

6. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR I. (2023), *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- CARRERO DOMÍNGUEZ C., BARCELÓN COBEDO S., ALAMEDA CASTILLO M.T., MUÑOZ RUIZ A.B. (2005), *Estudio de la estructura salarial: salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- GARCÍA MURCIA J. (2022), [*La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación*](#), en *Foro*, n. 2, pp. 11-22
- LLOMPART BENNÀSSAR M. (2004), *El salario: problemas de calificación jurídica y elementos calificadores*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 254, pp. 99-122
- LÓPEZ CUMBRE L. (2023), *Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2023), [*Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad \(2022-2023\)*](#), en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 1, pp. 13-35
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA A. (1999), *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable)*, McGraw-Hill
- MONEREO PÉREZ J.L. (1994), *La estructura del salario*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 1, *El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa
- MONEREO PÉREZ J.L., VICENTE PALACIO A., LÓPEZ INSUA B.M., PERÁN

- QUESADA S., LÓPEZ VICO S. (2024), *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares
- MORENO I GENÉ J. (2023), *La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022. Valoración de los primeros pronunciamientos judiciales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- NOGUEIRA GUASTAVINO M. (2012), [El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente](#), en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 19-52
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M. (2022), [Los contornos de la discriminación](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 19-27
- VILA TIERNO F. (2024), [Condición más beneficiosa. No existe por el solo hecho de haber estado abonando el plus de transporte a los trabajadores en situación de teletrabajo durante nueve meses y que lo venían percibiendo con anterioridad por su trabajo presencial](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 2
- VILA TIERNO F. (2023), *La promoción pública de la igualdad*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64

Jóvenes ante el mercado de trabajo: medidas de intervención hacia la igualdad efectiva*

Olimpia MOLINA HERMOSILLA**

RESUMEN: Las personas jóvenes se enfrentan a discriminaciones derivadas del factor edad a la hora de participar en el mercado de trabajo. Estas discriminaciones pueden producirse en distintos momentos en el desarrollo de la relación laboral. Incluso, con suma frecuencia, se producen en el momento anterior a su constitución, llegan a impedir la misma. Son precisamente éstas últimas las más frecuentes y difíciles de detectar en la práctica. Los distintos ordenamientos, tanto a nivel de la Unión Europea, como a nivel interno, vienen tradicionalmente reaccionando frente a estas discriminaciones, desplegando su vertiente tuitiva, si bien no con la contundencia y determinación que lo hacen frente a otros factores de discriminación. Pese a ello, son muchas y variadas las medidas y programas que se orientan a procurar la participación de las personas jóvenes en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad efectiva.

Palabras clave: Jóvenes, empleo, discriminación por razón de edad, igualdad efectiva.

SUMARIO: 1. Planteamiento General. 2. Dificultades para la delimitación del colectivo de personas jóvenes. 3. Derecho antidiscriminatorio por razón de edad. 3.1. Su construcción en el Derecho Europeo: la doctrina del TJUE. 3.2. A nivel de Derecho interno. 4. Las políticas de empleo como factor clave frente a la discriminación de la población joven en el mercado de trabajo. 4.1. Breves notas respecto a la situación de las personas jóvenes ante el mercado de trabajo en España. 4.2. La juventud como elemento configurador de las políticas de empleo. 4.2.1. Su consideración desde el ámbito de la Unión Europea. 4.2.2. En el ámbito interno de España. 5. Distintas medidas de intervención a favor de las personas jóvenes. 5.1. El Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 “Trabajo digno para las personas jóvenes”. 5.2. La reforma operada por Real Decreto Ley 32/2021. 5.2.1. Reforma de los contratos formativos. 5.2.2. Supresión de modalidades de contratación de carácter temporal. 5.3. Programa de incentivos a la contratación de personas jóvenes. 5.4. Programas específicos de contratación dirigidos a las personas jóvenes. 6. Becas y prácticas formativas dirigidas a las personas jóvenes. 7. Las personas jóvenes como sujetos activos en la búsqueda de soluciones frente a la discriminación que les afecta. 8. A modo de conclusiones. 9. Bibliografía.

* Investigación realizada en el marco del Proyecto del Plan Operativo FEDER Andalucía 2021-2027 *Empleo de los Jóvenes ante las transformaciones del mercado de trabajo: Un reto para las políticas sociales en Andalucía*, C-SEJ-088-UGR23.

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



Young People in the Labour Market: Intervention Measures Towards Effective Equality

ABSTRACT: Young people face discrimination based on age in the labour market. This discrimination can occur at different times in the development of the employment relationship, and very often even prevents the establishment of the same. It is precisely the latter that is the most frequent and difficult to detect in practice. The legal systems, European Union and at the internal level, have been reacting to these situations, but not with the forcefulness and determination that other factors of discrimination deserve. Despite this, there are many and varied measures and programmes aimed at ensuring the participation of young people in the labour market under conditions of effective equality.

Key Words: Young people, employment, age discrimination, effective equality.

1. Planteamiento General

Las personas jóvenes se enfrentan a situaciones de discriminación a la hora de participar en el mercado de trabajo derivadas, precisamente, de la condición biológica de su edad.

Siguiendo la creencia generalizada de que aquello que no se nombra no existe, se ha acuñado ya un concepto para designar esta discriminación en el ámbito laboral que, en los países desarrollados, sufren las personas integrantes de este colectivo. Este nuevo término presenta todos los elementos necesarios para ser rápidamente aceptado y difundido entre el colectivo al que afecta. Se trata del término *youngism*, que no es más que una de las dos caras que presenta el edadismo, en este caso, centrada en los efectos que provoca en el mercado de trabajo.

Estas situaciones de discriminación y, como consecuencia de ello, la falta de oportunidades, en condiciones de igualdad real, que afecta a este colectivo, no sólo supone un riesgo para el desarrollo de las futuras generaciones, sino que, al mismo tiempo, supone desaprovechar la inversión que se ha realizado en la capacitación y formación de este sector de la población, y con ello, lo que está en riesgo, en definitiva, es el mantenimiento y sustento del modelo de Estado de Bienestar del que nos hemos dotado en Europa, frente a otros modelos de crecimiento económico.

2. Dificultades para la delimitación del colectivo de personas jóvenes

Debemos partir de la premisa de que este colectivo no constituye un grupo homogéneo de personas¹ que permita la aplicación de recetas estandarizadas, de las cuales sea posible conseguir la realización de su derecho a la igualdad efectiva. Ello nos lleva a considerar que, junto al criterio etario, resultará necesario tener en cuenta la amplia variedad de circunstancias que pueden llegar a afectarles, susceptibles de constituir factores de discriminación, y que determinarán, en última instancia, el grado de desventaja de la que parten para participar en el mercado de trabajo en condiciones reales de igualdad. Se advierte así el protagonismo que reclama el principio de personalización en el tratamiento de las personas integrantes del colectivo de jóvenes, como condición para la efectividad y eficacia de

¹ OIT, *La crisis del empleo juvenil: una llamada a la acción*, Resolución y conclusiones de la 101ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, 2012.

las medidas que se dirijan al mismo, con el fin de conseguir su participación en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad real.

Determinar quiénes integran este grupo de personas jóvenes, en este caso, a efectos de dispensar una adecuada protección frente a situaciones de discriminación por razón de edad que les pueden afectar, es una tarea a priori complicada. Ello es debido a que el criterio etario es siempre una realidad relativa y cambiante, que pueda dar lugar a que el colectivo potencialmente discriminado quede definido de formas muy diferentes, en función de cuál sea el límite que adoptemos para su delimitación². Así, la discriminación no se dirige directamente sobre estas personas, sino sobre un atributo cambiante en el tiempo³. Por tanto, a diferencia de otros factores de discriminación, la edad no aparece como una realidad fija y absoluta, a partir de la cual, poder valorar la diferencia de trato que recibe un colectivo posiblemente discriminado, respecto de otro no afectado por este factor de discriminación⁴.

De esta forma, no es posible cifrar con exactitud la edad en la que una persona deja de ser joven. Lo cierto es que sólo podemos fijar, con carácter general, edades orientativas, a partir de las delimitaciones que, de este colectivo realizan los distintos programas de fomento del empleo.

3. Derecho antidiscriminatorio por razón de edad

Pese a las dificultades de partida a las que nos enfrentamos a la hora de delimitar con exactitud el colectivo de personas jóvenes, lo cierto es que, en el plano normativo, tanto supranacional como también en el ámbito interno español, se reconoce que la edad, más concretamente la edad joven, puede revestir en sí mismo un factor de discriminación, que como tal, merece el rechazo de todo el cuerpo normativo antidiscriminatorio que ha venido construyéndose.

En el ámbito concreto del mercado de trabajo, la discriminación basada en el factor edad puede desplegar sus efectos en distintos momentos⁵. Así,

² N. SERRANO ARGÜELLO, *La edad como facto de discriminación en el empleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2011, n. 12, p. 22.

³ W. SANGUINETI RAYMOND, *La edad: ¿centenaria de las discriminaciones?*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59.

⁴ R. MOLL NOGUERA, *La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (Rec. 3174/2018)*, en *Labos*, 2020, n. 2.

⁵ Para un análisis en profundidad de esta realidad que enfrenta la población joven en nuestros días, ante el mercado de trabajo, *Vid.* M.A. GÓMEZ SALADO, *La juventud en el*

es posible que despliegue sus efectos con carácter previo a la propia constitución de la relación laboral, es decir, en el mismo momento de acceso al empleo. También es posible que estas situaciones se produzcan en un momento posterior, durante el desarrollo de esta relación laboral, limitando a las personas jóvenes, por ejemplo, el acceso a determinadas condiciones de trabajo como pueden ser salario, ascensos o promoción. Sería este, precisamente el fundamento para considerar no ajustada a Derecho, la pretensión de la empresa, consistente en establecer una retribución salarial inferior a la prevista en el convenio colectivo aplicable, en aras de propiciar la empleabilidad de esta población joven⁶.

Por último, también es posible que estas circunstancias discriminatorias desplieguen sus efectos en el momento mismo de la extinción de la relación laboral.

De todas estas situaciones de posible discriminación que pueden afectar a la población joven, quizás las que resultan más difíciles de detectar y por tanto, de probar y contrarrestar, son las que se producen en el momento mismo del acceso al empleo⁷, y son éstas, precisamente, las que más afectan a este colectivo. Tanto es así, que el criterio de la edad joven aparece en nuestros días como elemento configurador de las políticas de empleo, precisamente, con el propósito de contrarrestar estas situaciones de discriminación y de falta de oportunidades de acceso al empleo, en condiciones de igualdad real, que sufren en muchas ocasiones las personas integrantes de este colectivo.

Sin embargo, pese a este reconocimiento y el rechazo formal unánime que merece estas actuaciones discriminatorias, lo cierto es que este criterio etario no disfruta de una tutela que podamos considerar comparable al resto de causas de discriminación⁸. Este hecho se hace derivar, posiblemente, de

contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral: conceptualización, reformas legislativas y cambios recientes, Aranzadi, 2024.

⁶ Precisamente sobre esta controversia ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente, mediante Auto de 13 de diciembre de 2023, la Sala Social del Tribunal Supremo (rec. 4061/2022), por el que se declara la firmeza de la Sentencia de 22 de julio de 2022, dictada por la Sala Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, que reconocía a cada uno de los jóvenes demandantes, procedentes de programas específicos de empleo, una indemnización de 17.000€ por parte del Ayuntamiento Orihuela, sobre la base de las menores retribuciones salariales que habían percibido, en comparación con las que fijaba el convenio colectivo que resultaba de aplicación al personal de dicho Ayuntamiento. Aprecia, por tanto, la Sala la existencia de doble escala salarial injustificada, debiendo primar la igualdad retributiva por el desempeño del mismo trabajo.

⁷ W. SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 10.

⁸ J.F. LOUSADA AROCHENA, *Discriminación por edad: conceptos generales*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi, 2019, p. 77.

la propia dificultad que han encontrado los distintos legisladores, a la hora enfrentarse a esta discriminación por razón de edad de forma eficaz.

3.1. Su construcción en el Derecho Europeo: la doctrina del TJUE

Por lo que respecta al ámbito europeo, el Derecho originario de la Unión Europea reconoce este principio en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Igualmente aparece reconocido en los art. 10 y 19 de su Tratado de Funcionamiento.

En cuanto al Derecho derivado, destaca la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En concreto, el art. 6.1 de esta Directiva permite a los Estados miembros establecer diferencias de trato justificadas por motivos de edad, en el ámbito de sus políticas nacionales. Es así como, bajo el presupuesto de conseguir objetivos legítimos en el ámbito de las políticas de empleo, política social, política de formación profesional o del mercado de trabajo, la propia Directiva ofrece ejemplos de tratos diferenciados en función de la edad, que encontrarían justificación⁹. Entre ellos destaca, por lo que a este estudio interesa, la consideración del establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo previstas para las personas jóvenes¹⁰.

Posteriormente, es el art. 7 de esta misma norma comunitaria, el encargado de justificar por razones de igualdad efectiva entre la ciudadanía, la posibilidad de que los Estados incluyan medidas de acción positiva que permitan compensar las desventajas que presenta un determinado colectivo vulnerable, en nuestro caso las personas jóvenes, a la hora de participar en el mercado de trabajo. Es éste, precisamente, el fundamento que han venido encontrando las políticas de empleo desarrolladas en el ámbito de los distintos Estados miembros, las cuales, tratan de establecer diferencias justificadas en el tratamiento que reciben las personas, por lo que aquí interesa, atendiendo a la edad que presentan, precisamente, como fórmula efectiva de contrarrestar las menores oportunidades que encuentran, atendiendo a este factor de edad joven.

El carácter amplio con el que la Directiva europea ha delimitado los diferentes tratamientos que considera justificados, sobre la base del criterio de edad, ha incidido, sin duda, en la doctrina que ha venido elaborando el

⁹ M. AGÍS DASILVA, *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *op. cit.*, p. 149.

¹⁰ M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 11, p. 1034.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido, esta doctrina ha resultado ser mucho más vacilante e incluso contradictoria, en la consideración de la edad joven como criterio de discriminación¹¹, en comparación con otros factores de discriminación, como son el género o la discapacidad, ámbitos donde las aportaciones del Tribunal Europeo han resultado ser decisivas. Tanto es así, que incluso a nivel comunitario, no es posible afirmar con rotundidad la existencia de un principio absoluto de anti-discriminación por razón de edad¹².

A través de esta doctrina elaborada por el TJUE, cabe afirmar que cualquier medida susceptible de inscribirse en objetivos de política de empleo, permite ser considerada legítima, siempre que resulte adecuada para conseguir el objetivo fijado y no exista otra menos incisiva que permita igualmente su consecución.

Bien expresiva de esta doctrina jurisdiccional resulta la STJUE de 19 de julio de 2017, asunto C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl* contra *Antonino Bordonaro*. En concreto, considera el TJUE que la ley italiana de trabajo temporal intermitente, que permitía a las empresas de este país, extinguir la modalidad contractual por el hecho de haber cumplido el trabajador la edad de los 25 años, no resulta contraria al Derecho europeo a la no discriminación por razón de edad. Considera el TJUE que este distinto tratamiento responde al legítimo objetivo de política de empleo, consistente en facilitar la contratación de determinados colectivos, en este caso jóvenes, a cambio de aumentar las facultades de flexibilización interna con que cuentan las empresas.

Por tanto, y a tenor de esta doctrina del TJUE, sólo las diferencias de trato basadas en el factor edad, que resulten manifiestamente innecesarias, podrán ser consideradas contrarias al Derecho Europeo antidiscriminatorio¹³.

¹¹ Sus aportaciones en este ámbito de la edad como factor de discriminación han estado centradas principalmente en el límite máximo para participar en el mercado de trabajo, siendo más escasas las controversias que se le han venido presentando relativas al colectivo de personas jóvenes. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Edad y discriminación: una síntesis de la doctrina del TJUE*, en ignasibeltran.com, 13 junio 2022.

¹² S. OLARTE ENCABO, *Edad y Empleo. Colectivos desfavorecidos*, en J. CABEZA PEREIRO, A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la Edad en la Relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2009, p. 84.

¹³ R. MOLL NOGUERA, *op. cit.*, p. 120.

3.2. A nivel de Derecho interno

En el ámbito concreto de España, fue el Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia TC 75/1983, de 3 de agosto, el que por vía interpretativa incluyó la edad como causa de discriminación en la cláusula genérica del art. 14 CE relativa a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El colectivo de personas jóvenes también es objeto de atención específica en el art. 48 CE, cuando mandata a los poderes públicos la promoción de las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo social y económico.

En el concreto ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores (ET) desde su versión de 1980, ya reconocía el derecho a no sufrir discriminación por razón de edad. Actualmente, es el art. 4.2.c) ET el que reconoce este derecho «dentro de los límites marcados por esta ley».

4. Las políticas de empleo como factor clave frente a la discriminación de la población joven en el mercado de trabajo

Como premisa para desarrollar políticas de empleo eficaces dirigidas a las personas jóvenes, que permitan su participación en condiciones de igualdad real en el mercado de trabajo, resulta necesario conocer previamente cuál es la situación que afecta a estas personas.

4.1. Breves notas respecto a la situación de las personas jóvenes ante el mercado de trabajo en España

Por lo que se refiere a esta situación es posible destacar, y sin ningún ánimo de exhaustividad, algunas circunstancias que nos permitan obtener una rápida radiografía de cuáles son las principales cuestiones que debemos considerar a la hora de diseñar políticas de empleo eficaces dirigidas a ese sector de la población.

En este sentido, se registra un descenso continuado, en términos cuantitativos, de personas jóvenes en España¹⁴.

¹⁴ Así, desde el año 2007, el grupo con edades comprendidas entre los 16 a los 24 años ha descendido en 4900 personas, mientras que si ampliamos esta edad hasta los 29 años, supone una pérdida de 1.087.900 personas. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo. N° 40. 2023 T4*, 2024, p. 6.

Otro dato relevante para el diseño de las políticas de empleo es que el grupo con edades comprendidas entre los 16 a los 19 años es el que soporta las mayores dificultades de acceso al empleo, mientras que el grupo con edades comprendidas entre los 25 y los 29 años, presenta mayores tasas de actividad y de empleo¹⁵.

Estos datos, además, coinciden con la mayor proporción de personas jóvenes que cursan en España una educación media superior, mientras que desciende la tasa de abandono escolar a edades tempranas¹⁶. Se advierte, por tanto, una relación directa entre el mayor nivel de estudios con que cuenta esta población y la tasa de empleo que presentan, dado que, a mayor nivel de estudios mayor es ésta y, por el contrario, los jóvenes con bajo nivel de estudios presentan las tasas más bajas de empleo.

En cuanto a las tasas de temporalidad que les afecta, entre el colectivo de personas jóvenes con edades comprendidas entre los 16 a 24 años, se registra una tasa de 48,4% a finales de 2023, que desciende hasta el 34,7% si tomamos como referencia hasta la edad de 29 años¹⁷. Pese a estas altas tasas de temporalidad en el empleo que les afecta, los datos interanuales revelan su progresivo descenso, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la reforma propiciada por Real Decreto Ley 32/2021, sobre las modalidades temporales de contratación.

También la tasa de parcialidad que afecta a este colectivo es muy superior a la media de las personas asalariadas en España¹⁸.

¹⁵ Así, en el último trimestre de 2023, la tasa de empleo entre el colectivo de jóvenes con edades comprendidas entre los 16 y 24 años alcanzó el 26,1% registrando un incremento del 1,2% respecto al año 2022. Entre los 24 a 29 años esta tasa alcanzó el 42,4%, registrando un incremento de 1,5% respecto al año anterior. Además, estos datos registran una diferencia, en función de la brecha de género, una diferencia superior al 3% en favor de los hombres en el grupo de 24 a 29 años. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Esta tasa de abandono temprana en el colectivo de jóvenes en nuestro país aumentó un 0,6% en 2022, hasta situarse en el 13,9%, muy superior a la media de la Unión Europea, cifrada en 9,6%. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷ Esta tasa de temporalidad presenta además una brecha de género que perjudica claramente a las mujeres de este colectivo, cifrándose en un 5,6% a finales de 2023.

¹⁸ En el 4º trimestre de 2023, esta tasa de contratación a tiempo parcial entre los jóvenes de 16 a 29 años alcanzó el 26,4%, 12,9 puntos superior a la media de los asalariados. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, p. 21.

4.2. La juventud como elemento configurador de las políticas de empleo

Con el fin de contrarrestar esta discriminación de partida que afecta a las personas jóvenes, a la hora de participar en el mercado de trabajo, atendiendo precisamente a su edad, este colectivo aparece reconocido como ámbito prioritario de actuación por parte de las políticas de empleo que se vienen desarrollando por parte de los distintos países miembros, bajo la coordinación de la UE.

4.2.1. Su consideración desde el ámbito de la Unión Europea

La UE ha venido desarrollando en este ámbito una intervención sistemática, debido a la grave situación que tradicionalmente ha caracterizado a la población joven en Europa, en términos de acceso al empleo¹⁹.

En este sentido, las sucesivas crisis económicas y financieras por las que ha atravesado Europa en las últimas décadas siempre han demostrado una influencia especialmente negativa sobre la población joven, que ha resultado mucho más vulnerable ante los efectos negativos derivados de estas crisis, con el consiguiente coste social y económico que ello conlleva²⁰.

Esta situación motivó a los dirigentes de la UE adoptar un paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil²¹. En ella se contiene un programa muy ambicioso de intervención que aparece estructurado en torno a cuatro ejes:

1. profundización en el programa de Garantía Juvenil;
2. actuaciones en el ámbito de la Educación y Formación profesional;
3. impulso de prácticas y de la formación de personas aprendices;

¹⁹ F. VILA TIerno, M. MAIZAL JIMÉNEZ, *Instrumentos de inserción juvenil en el contexto nacional y europeo*, en A. GALLEGO MORALES, J. CRUZ VILLALÓN (dirs.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

²⁰ Así ocurrió en la crisis mundial de 2008 y con la más reciente motivada por la crisis sanitaria, cuyas consecuencias negativas se cebaron especialmente sobre la población joven en Europa, incrementándose su tasa de desempleo en tres puntos porcentuales entre el primer y el tercer trimestre del año 2020. Mientras que, en este mismo periodo, la tasa de desempleo general aumentó en 0,8 puntos porcentuales. Fuente: Eurostar, recogida en [Recomendación UE 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021 sobre apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la Covid-19](#).

²¹ *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación*, 1º julio 2020, COM(2020)276 final.

4. medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil.

Por tanto, este paquete de medidas nace como respuesta de la Unión Europea ante los efectos especialmente perniciosos que acarrea la crisis económica sobre la población joven europea, con el propósito de arbitrar una serie de medidas inspiradas en los principios de igualdad de oportunidades y de acción positiva, que vinieran a compensar esta especial desventaja que afecta a los jóvenes en Europa, convirtiéndose de esta forma, en una especie de trampolín o palanca hacia su inserción en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad real.

Refuerzo del programa de Garantía Juvenil

El Programa de Garantía Juvenil ha sido considerado desde su creación en 2013, como el programa estrella de la UE para mejorar la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo²². El éxito alcanzado por este programa ha hecho que la UE apueste decididamente por él, incorporándolo al Pilar Europeo de Derechos Sociales (principio 4b), como mecanismo para apoyar a la población europea más joven y vulnerable. Sin embargo, no aparecen cuantificados en este Pilar Europeo los objetivos específicos a conseguir en el ámbito de empleo juvenil y de su calidad²³.

En el diseño de este programa, desde su origen, siempre ha confluído una doble dimensión: por un lado, de empleabilidad, la cual reviste un carácter esencial, y junto a ella, una vertiente formativa. Ello ha sido interpretado como evidencia de la propia incapacidad sentida por la UE, para garantizar el acceso a un empleo a toda la población joven que aparece como destinataria de este programa²⁴.

²² Desde entonces, ha permitido canalizar las ayudas económicas de la UE para lograr la participación en el mercado de trabajo de 24 millones de jóvenes. *Vid.* J.L. MONEREO, M.B. PÉREZ, LÓPEZ INSUA, *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Atelier, 2023.

²³ En este sentido, el objetivo existente en la actualidad consiste en lograr que el 78% de la población entre 20 y los 64 años participe en el mercado de trabajo, sin consideración específica alguna a los objetivos de empleabilidad de la población joven, lo cual, puede provocar que queden desatendidos los desafíos específicos a los que se enfrenta este sector de la población a la hora de encontrar oportunidades de empleo. Se trata sin duda, de un déficit estructural que presenta tanto el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, como el propio Plan de Actuación diseñado para lograr su impulso, en los que la mejora en los niveles de empleo de la población joven en Europa no aparece considerada como objetivo específico, sino por la contribución que del mismo cabe esperar a la consecución del objetivo general que la UE se ha fijado en materia de empleo.

²⁴ J.M. MORALES ORTEGA, *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la garantía juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo, 2014, p. 41.

[Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil](#), ha venido a sustituir a la anterior Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013, por la que quedó establecido originariamente este programa. Con este programa de refuerzo de la Garantía Juvenil se ha visto ampliado su ámbito subjetivo, para permitir ahora que los jóvenes europeos con edades comprendidas desde los 15 a los 29 años puedan ser destinatarios de este tipo de iniciativas, debido a la difícil situación que encuentran a la hora de participar en el mercado de trabajo. De esta manera, las personas comprendidas en esta franja de edad y siempre que se hallen inscritas en este programa, se convierten en el ámbito de la UE, en destinatarias de una oferta de empleo, de educación, formación o prácticas que los Estados miembros deben satisfacer en un plazo máximo de cuatro meses.

Sin embargo, la ampliación del colectivo de personas destinatarias, desde los 25 años que estaban fijados como límite en su versión anterior, hasta los 29 que se contemplan en esta versión reforzada del programa²⁵, no ha estado desprovista de inconvenientes ni de críticas. En este sentido, se planteó que la ampliación de su ámbito subjetivo conllevaría la necesidad de reducir a más de la mitad la aportación que, desde los fondos europeos, reciben los Estados miembros por cada una de las personas inscritas en este programa, con lo que planeaba el riesgo de que el mismo terminase deviniendo ineficaz.

Junto al anterior, también fue objeto de discusión la incorporación en este programa del periodo de cuatro meses en el que el Estado miembro debe ofrecer una oportunidad de empleo, de formación o práctica al colectivo de jóvenes inscritos en el mismo. Pero lo cierto es que el incumplimiento de este compromiso temporal por parte de los Estados, no conllevará sanción alguna, por lo que la fijación de este plazo simplemente genera una expectativa de cumplimiento entre el colectivo de jóvenes inscritos en el mismo, sin mayores consecuencias para el Estado, en caso de superación de este periodo temporal. Y es que en la práctica, se considera que el cumplimiento de este plazo, en el caso de países cuya tasa de

²⁵ Esta delimitación del ámbito subjetivo puede ser concretada, posteriormente, por cada uno los distintos Estados a la hora de aplicarla en su ámbito interno de competencias. En el caso concreto de España, se ha hecho uso de esta facultad de ampliación, de modo que la edad para poder participar en el mismo ha quedado fijada en los 29 años, siempre que la tasa de desempleo supere el 20 por ciento, en virtud de la modificación operada sobre la disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica el Sistema Nacional de Garantía Juvenil para ampliar los sujetos beneficiarios de la misma, incluyendo a jóvenes mayores de 25 años y menores de 30.

desempleo supera el 25%, como es el caso de España, resulta prácticamente imposible²⁶.

Este programa de refuerzo de Garantía Juvenil hace un especial hincapié en los colectivos de jóvenes más vulnerables, entre los que aparecen expresamente considerados los pertenecientes a minorías étnicas, jóvenes con discapacidad, los que viven en zonas rurales o aisladas o en zonas urbanas desfavorecidas. Además, dedica una atención especial a los conocidos como “ninis”, denominación que se utiliza para referirse a los jóvenes que ni estudian, ni trabajan, ni se forman. Este colectivo a su vez, se presta a una ulterior clasificación, distinguiendo entre ninis de carácter temporal y a aquellos considerados de larga duración. En el primer caso, con carácter general, se trata de población joven que cuenta con estudios superiores e incluso con experiencia laboral. Frente estos, los de larga duración suelen presentar un bajo nivel de estudios y pertenecer a grupos vulnerables, por lo que precisan de medidas de intervención adicionales²⁷.

Resulta igualmente destacable la insistencia que este programa realiza a favor de la atención individualizada y personal de los jóvenes destinatarios del mismo, debiendo responder su aplicación a las específicas circunstancias nacionales, regionales y locales. Con ello, se trata en definitiva, de dar respuesta a la diversidad de condicionamientos, circunstancias y necesidades en que se encuentra la población joven que resulta destinataria de este programa²⁸.

La UE, por tanto, ha apostado de forma decidida por el refuerzo de este programa de Garantía Juvenil, para lograr mejorar las oportunidades de empleo de las personas jóvenes, proporcionando apoyo económico a los Estados en su implementación. El éxito o fracaso en la consecución de los ambiciosos objetivos que persigue dependerá, en última instancia, de la decisión de los Estados miembros, para implantar este programa y favorecer la creación de empleo de calidad a favor de población joven inscrita en el mismo²⁹.

No se exige, en este sentido, el cumplimiento de ningún objetivo de

²⁶ M. DURÁN BERNARDINO, *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*, Dykinson, 2021, p. 50.

²⁷ El objetivo que marca la Unión Europea de cara al año 2030 respecto de este colectivo de jóvenes que presenta las mayores dificultades de empleabilidad, ha quedado cifrado en reducir la tasa de jóvenes ninis con edades comprendidas entre los 15 y los 29 años, desde el 12,6% que registraba en 2019, hasta el 9% en 2030. En el caso de España, se sitúa en el 13,2% en 2023.

²⁸ EUROFOUND, *Análisis de las transiciones de los jóvenes en Europa. Resumen Ejecutivo*, 2014 (informe completo: [Mapping youth transitions in Europe](#)).

²⁹ J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 34.

eficacia o efectividad en la aplicación de este programa, para que los Estados miembros puedan resultar beneficiarios de estos fondos europeos, siendo suficiente con acreditar su implementación. Con ello, resulta evidente que se actualiza el riesgo de que esta medida de Garantía Juvenil, acabe convertida en un apoyo financiero estructural para los Estados miembros, apartándose del objetivo último de diseñar políticas de empleo juvenil eficaces, orientadas a lograr la participación efectiva de los jóvenes en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad real³⁰.

Actuaciones en el ámbito de la Educación y Formación Profesional

El segundo eje sobre el que se estructura el Paquete de Medidas dirigidas al apoyo al empleo de los jóvenes en el ámbito de la UE, hace referencia al ámbito de la Educación y Formación Profesional.

En concreto, se destaca el papel esencial que la educación, la formación profesional y las prácticas pueden desempeñar para facilitar a la población joven el objetivo de encontrar un empleo³¹. De hecho, se constata una relación directa entre los Estados miembros que tienen un sistema más desarrollado de formación profesional y prácticas, con los menores niveles de desempleo que afecta a los jóvenes residentes en estos países.

Para reforzar esta política de Educación y Formación Profesional, la Comisión Europea lanzó en el año 2020, su propuesta de Recomendación de la Comisión sobre Educación y Formación profesional³², destinada a lograr unos sistemas de educación y formación profesional más ágiles y centrados en el alumnado, que puedan resultar más atractivos, flexibles y adecuados ante los retos que plantea la economía digital y ecológica³³.

Para conseguir estos objetivos, se considera necesario que los Estados dirijan su actuación a lograr un aumento en los niveles de cualificación de

³⁰ O. MOLINA HERMOSILLA, *Apoyo activo para el empleo: paquete de apoyo al empleo juvenil*, en *Temas Laborales*, 2023, n. 168.

³¹ [COM\(2020\)276 final](#), cit.

³² [Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2020, sobre la Recomendación del Consejo sobre la Educación y Formación Profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia \(2020/2767\(RSP\)\)](#).

³³ Con esta propuesta se trata de alcanzar el objetivo de que, en los primeros cinco años de su puesta en práctica, al menos cuatro de cada cinco graduados en Formación Profesional consigan un empleo después de cursar estos estudios. Al mismo tiempo, al menos tres de cada cinco estudiantes de estos sistemas de Formación Profesional se espera que puedan beneficiarse de prácticas de aprendizaje a través de la realización de un trabajo. Otro de los objetivos que fija este ambicioso programa en materia de Educación y Formación Profesional se orienta a lograr un aumento de 3/5 en el número de estudiantes que pueden beneficiarse de una oportunidad de aprendizaje en el extranjero.

su población, reducir el número de abandonos en la educación y la formación, apoyar el acceso a la educación de los menores pertenecientes a grupos desfavorecidos, hacer más atractivas la educación y formación profesionales, apoyar el acceso a la educación superior, así como su conclusión, facilitar la transición de los jóvenes desde la educación al empleo, mediante la instauración de períodos de prácticas y de aprendizaje profesional. Igualmente se trata de potenciar los sistemas de educación profesional y aprendizaje a través del trabajo, para dar respuesta a las demandas que plantean las sociedades digitales y ecológicas. Para ello se recomienda apostar por sistemas de formación de aprendices eficaces y de calidad, e incrementar el número de titulados en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, tanto en la educación profesional como en la enseñanza superior, sobre todo entre las mujeres, contribuyendo de esta forma, a reducir la preocupante brecha de género que afecta a estas materias³⁴.

En el caso concreto de España, se ha llevado a cabo en este ámbito un proceso de reforma del sistema de Formación Profesional, materializada en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional³⁵.

Impulso de las prácticas y de la formación de personas aprendices

Como tercer eje de actuación del Paquete de Medidas de Apoyo al Empleo Juvenil, e inspirado en este mismo objetivo de lograr mejorar y facilitar la transición desde el sistema educativo al mundo laboral, al tiempo que se dota a los jóvenes de las competencias y habilidades que el mercado laboral demanda en la actualidad, se diseñan dos instrumentos: los períodos de prácticas y la formación de calidad de personas aprendices en centros de trabajo.

El apoyo a estas iniciativas comenzó en el ámbito de la Unión Europea en julio de 2013, cuando se puso en marcha la Alianza Europea para la Formación de Aprendices. Posteriormente, en el año 2020, la Comisión Europea renovó esta Alianza para impulsar las prácticas y la formación de aprendices en todo el ámbito de la Unión Europea, especialmente en

³⁴ Para un estudio completo de esta materia, *Vid.* O. MARTÍN CARRASQUILLA, E. SANTAOLALLA PASCUAL, I. MUÑOZ SAN ROQUE, [La brecha de género en la educación STEM](#), en *Revista de Educación*, 2022, n. 396.

³⁵ En concreto, en el año 2023, un total de 1,1 millones de jóvenes en nuestro país cursaron este tipo de formación profesional (fuente: LA MONCLOA, [El Consejo de Ministros aprueba nuevas medidas para impulsar la Formación Profesional y la capacitación digital](#), en www.lamoncloa.gob.es, 3 mayo 2023).

ámbitos que estén relacionados con la digitalización y la transición ecológica³⁶.

En esta actualizada y reforzada versión de Alianza Europea se reserva una mayor participación a los agentes sociales, con lo que se pretende impulsar la oferta de plazas de aprendices por parte de las propias empresas, para formar a la población más joven de cara a su futuro profesional, asegurando a su vez, que estas ofertas respondan a las necesidades reales del mercado de trabajo.

En línea con estas recomendaciones de la Comisión Europea, muchos Estados miembros han optado por desarrollar sistemas de Formación Profesional dual. Para ello, suelen tomarse como referentes los modelos de países que cuentan con décadas de experiencia en su implantación, como es el caso de Alemania, Austria o Dinamarca. Por lo que respecta al caso concreto de España, la implantación de este sistema es aún en nuestros días escasa y evidencia marcados desequilibrios, que pueden llegar incluso a poner en grave riesgo el futuro de estos sistemas de formación dual y su contribución al empleo de la población joven³⁷, por lo que resulta necesario proceder a la corrección de esta preocupante deriva en el diseño y desarrollo de la formación profesional dual en nuestro país.

Medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil

El Programa de Apoyo al Empleo juvenil diseñado desde la UE se completa con una serie de medidas adicionales de naturaleza muy diversa, planteadas tanto a corto como a medio plazo, entre las cuales, se incluyen desde incentivos al empleo y la creación de empresas, hasta la creación de redes de jóvenes emprendedores y de centros de formación interempresariales. Entre este tipo de medidas adicionales cabe destacar la Iniciativa de Empleo juvenil³⁸, así como distintas medidas destinadas a potenciar la movilidad de la población joven asentada en Europa³⁹, dada la

³⁶ [Recomendación del Consejo, de 15 de marzo de 2018, relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz.](#)

³⁷ Esta escasa implantación y los desequilibrios de todo tipo que se observan por el momento en estos sistemas en nuestro país, han sido puestos de manifiesto por el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, [La formación dual en España: situación y perspectivas](#), Informe, 2023, n. 1.

³⁸ Se trata de uno de los principales recursos que ha venido destinando la UE para financiar los programas nacionales de Garantía Juvenil. Se destina exclusivamente a la población joven, con especial énfasis en los denominados “ninis”. Trata de brindarles una ayuda especializada, destinada a financiar su formación como aprendices, o bien periodos de prácticas, colocaciones, o un periodo de formación orientada a conseguir una cualificación.

³⁹ A esta finalidad responden, entre otros, los conocidos programas de la UE, de *Red Eures*,

mayor propensión que muestra para ocupar vacantes de empleo que impliquen la movilidad entre distintos Estados⁴⁰.

4.2.2. En el ámbito interno de España

La Ley 3/2023 de Empleo, de 28 de febrero (LE) reconoce a los jóvenes como uno de los colectivos que merecen una atención prioritaria en materia de políticas de empleo. Así, su artículo 3º se refiere a estos como personas demandantes de empleo, menores de treinta años o beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Posteriormente, su artículo 53 se refiere en idénticos términos a este colectivo⁴¹.

El artículo 5, relativo a los principios rectores de la política de empleo, es el encargado de incluir en este elenco la no discriminación en el acceso y consolidación en el empleo y desarrollo profesional por motivos de edad, haciendo hincapié, en su art. 39, en la necesidad de que la planificación, organización y desarrollo de las medidas de empleabilidad no supongan una discriminación por este mismo criterio etario.

Posteriormente, el art. 50, dedicado a los colectivos de «atención prioritaria» a efectos de la política de empleo, recoge una mención expresa, no ya al colectivo de personas jóvenes en general, sino de forma más específica, al colectivo de «personas jóvenes especialmente con baja cualificación», sin perjuicio de que las personas jóvenes puedan encontrarse incluidas en los distintos colectivos que recoge la norma, al objeto de dispensarles esta misma atención prioritaria, en función de las condiciones adicionales que presenten y que las hagan merecedoras de tal atención.

Es el art. 53 LE, en concreto, el que se refiere a este colectivo de forma específica, dentro de cual, se presta una atención especial al colectivo de mayores de 18 años, que carezcan de la titulación adecuada para formalizar un contrato formativo. En el caso de menores de 18 años que carezcan de esta titulación, las políticas de empleo se orientarán, con carácter primordial, a lograr su «retorno al sistema educativo y mejora de las cualificaciones profesionales».

Para aquellas personas integrantes del colectivo joven, que estén en

Tu primer trabajo Eures y Erasmus+ 2021-2027.

⁴⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, M.B. LÓPEZ INSUA, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹ No se trata, sin embargo, de un criterio unánime la fijación de este límite de edad para considerar a la población joven, puesto que, sin ir más lejos, los informes que publica trimestralmente el Ministerio de Trabajo, sobre la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo, consideran a este colectivo hasta los menores de 25 años, sin perjuicio de hacer referencia a los menores de 30 cuando resulte de interés.

posesión de estas titulaciones, las políticas de empleo se orientarán, principalmente, a favorecer la adquisición de práctica profesional.

Importa destacar también las llamadas que realiza la LE a que la premisa de empleo digno se traslade también a las oportunidades de participación en el mercado de trabajo que se orienten a las personas jóvenes. En este sentido, se realiza un requerimiento a los poderes públicos para que pongan en marcha políticas que promuevan un empleo de calidad, de carácter indefinido, a jornada completa, así como con salarios dignos. De esta forma, el Legislador es consciente de la necesidad de contrarrestar con medidas adecuadas la consideración que durante mucho tiempo ha venido existiendo en torno a la precariedad, como medio aceptable, en aras a propiciar la entrada de esta población joven al mercado de trabajo. Esta misma nota de precariedad extendía, posteriormente, sus efectos en el tiempo, llegando a afectar a buena parte de su etapa laboral o profesional, hasta el punto que precariedad y fragilidad en el empleo, constituyen en nuestros días un círculo vicioso en el que queda instalada una amplia proporción de personas jóvenes a la hora de participar en el mercado de trabajo.

Para combatir esta situación, la LE parte de la idea de que no resulta ya aceptable crear cualquier tipo de empleo para este colectivo de la población, como alternativa a las situaciones de desempleo, sino que ahora los esfuerzos deben orientarse a crear empleo digno, decente, de calidad, en definitiva, empleo con derechos que integre socialmente y que evite la pobreza⁴².

Al mismo tiempo, a tenor de la Disp. Adicional Sexta, la desventaja que afecta a este colectivo a la hora de participar en el mercado de trabajo, puede justificar la adopción de condiciones de trabajo y empleo específicas para estas personas, siempre eso sí, que se rodeen de las necesarias cautelas y con carácter excepcional, hasta que la tasa de desempleo que afecta a este colectivo, logre equipararse a la tasa de desempleo total. Así mismo, se exige la concurrencia de una justificación objetiva y razonable, cifrada en una finalidad legítima, siempre que resulten adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación en el empleo de las personas jóvenes.

El establecimiento de todo este sistema de cautelas, con las que trata de rodearse la adopción de estas medidas específicas basadas en el factor de edad joven, encuentra su razón de ser en el hecho de que su aplicación, provocará inevitablemente un perjuicio, traducido en menores

⁴² J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [La reforma del derecho del empleo: notas sobre las ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2023, n. 7.

oportunidades de participación y consolidación en el empleo, sobre el resto de personas que queden fuera del colectivo beneficiario. Por tanto, este tipo de medidas no están exentas de generar cierta competencia entre los distintos sectores de la población, distribuidos en función de la edad, a la hora de optar por los distintos incentivos que se establezcan para favorecer su participación en el mercado de trabajo.

Precisamente, fue este el argumento seguido por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018), que le llevó a mantener que una convocatoria pública, destinada a la contratación con carácter temporal de dos informadores turísticos, que establecía la contratación preferente de menores de 30 años, resulta discriminatoria por razón de edad. Considera la Sala que no existe en este caso justificación objetiva y razonable para establecer esta exclusión. Pese a reconocer que se trata de una medida adecuada para fomentar el empleo juvenil, rechaza que resulte la única adecuada a tal fin, negándole igualmente la nota de proporcionalidad, al considerar que genera mayores perjuicios que beneficios. A juicio de esta Sala, habría sido suficiente para obtener el fin perseguido, con recurrir a los programas específicos de apoyo al empleo juvenil vigentes⁴³.

Sobre la idoneidad de fijar una edad máxima para el acceso a una profesión, en este caso para dar respuesta a un interés empresarial de procurar el rejuvenecimiento de la plantilla, ya se había pronunciado años antes la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de diciembre de 1999, (rec. 1959/1999), considerando adecuado la fijación de esta edad máxima a los 25 años de edad, para ser auxiliar de vuelo, atendiendo a las condiciones especiales que requiere esta actividad.

5. Distintas medidas de intervención a favor de las personas jóvenes

Para tratar de contrarrestar la discriminación que sufren las personas jóvenes en el mercado de trabajo, materializada en las menores oportunidades que encuentran a la hora de participar y desarrollarse profesionalmente, en condiciones de igualdad real, se han venido poniendo en marcha en nuestro país, una serie de medidas y programas de intervención. Entre ellas cabe destacar las que se presentan a continuación.

⁴³ *Vid.* R. MOLL NOGUERA, *op. cit.*, p. 122.

5.1. El “Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes”

Este plan de Garantía Juvenil Plus⁴⁴ marca como objetivo la mejora de las cualificaciones profesionales de las personas jóvenes. Para ello, incorpora entre otras acciones, las siguientes:

- *medidas de flexibilidad y agilidad en la gestión.* Trata de garantizarse que las personas inscritas en el plan reciban una atención personalizada e inmediata, con el compromiso, en un periodo máximo de cuatro meses, de que reciban una oferta de empleo o formación;
- *medidas de apoyo al emprendimiento de personas jóvenes.* Se prevé el impulso de medidas destinadas a compensar las cuotas a la Seguridad Social durante un periodo de seis meses, así como medidas de publicidad y transformación digital de los negocios emprendidos por los jóvenes participantes en este programa;
- *programa Emprende con microcréditos,* destinado a dotar de financiación a personas que no pueden acceder a crédito ordinario, contando además con medidas de asesoramiento y orientación;
- *favorecer la formación.* Se priorizará en los itinerarios personalizados la reincorporación al sistema educativo de las personas que lo hayan abandonado de forma prematura;
- *primera experiencia profesional.* Las personas participantes en el plan podrán participar de esta experiencia en las administraciones públicas;
- *escuelas profesionales duales,* destinadas a lograr la conexión entre la formación profesional y el empleo, mediante una oportunidad laboral remunerada en empresas y un acompañamiento personalizado de 12 a 18 meses de duración;
- *escuelas de segunda oportunidad,* destinadas a las personas que abandonaron sus estudios de forma prematura, permitiéndoles adquirir formación en materias claves, obteniendo certificados de profesionalidad.

5.2. La reforma operada por Real Decreto Ley 32/2021

La reforma del Estatuto de los Trabajadores, operada por RD Ley

⁴⁴ [Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes.](#)

32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de empleabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30 de diciembre de 2021) ha venido también a incidir sobre las oportunidades de contratación que encuentran los jóvenes en nuestro país, en varios aspectos entre ellos los que se mencionan a continuación.

5.2.1. Reforma de los contratos formativos

Una de estas medidas sobre las que desplegó sus efectos, fue precisamente sobre los tradicionales contratos formativos, dirigidos especialmente a los sectores más jóvenes de la población activa.

Así, el RDL 32/2021 introduce en el artículo 11 ET, dedicado a los contratos formativos, dos submodalidades: en el primer apartado de este precepto se regula el contrato de formación en alternancia, cuyo objetivo es hacer compatible la actividad laboral retribuida con el seguimiento por parte de la persona joven, con carácter general menor de 30 años, de estudios de formación profesional, universitarios o incluidos en el catálogo de actividades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional se dedica el apartado 3º de este mismo art. 11. En este caso, está orientado a jóvenes que tengan certificada su calificación, al estar en posesión de título universitario, de grado medio o superior, especialista, master profesional o certificado del sistema de formación profesional, título equivalente del sistema de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo.

Pese al periodo transcurrido desde la entrada en vigor de esta reforma, la contratación de jóvenes mediante el contrato formativo, no logra despegar con fuerza en nuestro país⁴⁵. Este hecho puede ser debido a que esta reforma legal no se ha dotado aún del necesario desarrollo normativo, por lo que sigue vigente en nuestros días el reglamento aprobado por RD 488/1998, de 27 de marzo. Ello explica en parte, el escaso número de contratos formativos que se celebran en nuestro país, dado el limitado margen que permite para ello esta norma. Resulta, por tanto, deseable que se dote a esta regulación cuanto antes de un adecuado desarrollo reglamentario, que amplíe las posibilidades de recurrir a esta modalidad de

⁴⁵ En 2023 se registraron un total de 31.924 contratos de formación en alternancia entre el colectivo de jóvenes de 16 a 29 años. En el caso de contratos para la obtención de práctica profesional, se registraron un total de 42746 contratos en el año 2023. MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, pp. 38-40.

contrato formativo por parte de las empresas⁴⁶.

5.2.2. Supresión de modalidades de contratación de carácter temporal

Así mismo, la supresión de anteriores modalidades de contratos temporales, básicamente el derogado contrato por obra y servicio determinado, y la apuesta renovada por el contrato indefinido, son medidas que pueden beneficiar especialmente a los jóvenes. De hecho, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del RD Ley 32/2021, ha evidenciado este efecto positivo sobre la población joven en nuestro país, apreciándose un descenso progresivo en su contratación de carácter temporal, a favor de su redirección hacia la de carácter indefinido⁴⁷.

5.3. Programa de incentivos a la contratación de personas jóvenes

Viene siendo habitual la apuesta decidida de los poderes públicos por el recurso a este tipo de medidas de carácter económico para lograr el fomento del empleo de determinados colectivos de la población, recurriendo a distintos instrumentos, como pueden ser las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, o bien el reconocimiento de cantidades a tanto alzado bajo la modalidad de subvenciones, reconocidas normalmente en el ámbito de las distintas CCAA y Corporaciones Locales.

Precisamente, con la finalidad de fomentar el empleo del colectivo de personas jóvenes, el Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes a la contratación laboral, que entró en vigor el 1 de septiembre de ese año, recoge una serie de incentivos destinados a fomentar la contratación estable y de calidad de este colectivo. En concreto, en su art. 4 se contempla como colectivo susceptible de originar incentivos a su contratación, siempre que sus integrantes figuren inscritos como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, salvo cuando se trate de personas procedentes del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en cuyo caso no será necesario este requisito de inscripción previa.

⁴⁶ De hecho, en la anterior Legislatura existió un proyecto de este desarrollo reglamentario que finalmente, fue interrumpido en su tramitación por la convocatoria de elecciones generales anticipadas. La referencia es al proyecto de disposición [Real Decreto por el que se desarrolla el régimen del contrato formativo, previsto en el artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.](#)

⁴⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*, p. 21.

Su Disposición Adicional Primera aparece dedicada a las bonificaciones para la contratación indefinida de personas menores de 30 años, con baja cualificación, participantes en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Aclara además la norma qué debemos entender por baja cualificación, especificando que hace referencia a personas que no hayan obtenido el título de Bachillerato o ciclo formativo de Grado Medio del sistema de Formación Profesional. Para estas personas se reconoce un incentivo a su contratación estable consistente en una bonificación de 275€/mes durante un periodo de vigencia de tres años.

Pero no sólo el empleo estable y de calidad de las personas jóvenes aparece incentivado en este programa, sino que también se recogen bonificaciones para la contratación de estas personas desempleadas, mediante la modalidad temporal de contrato para la sustitución, en aquellos casos que se trate de sustituir a personas en situación de riesgos durante el embarazo o lactancia, nacimiento o cuidado de menor o ejercicio corresponsable del cuidado de menor lactante. En todos estos supuestos, la contratación temporal de la persona joven se acompaña de una bonificación de 366€/mes durante toda su vigencia (art 17). Igualmente, también resulta incentivada, con el reconocimiento de la misma bonificación, la sustitución de las personas trabajadoras afectadas por estas situaciones (art. 18).

En su art. 26 se regulan las bonificaciones a la contratación de personas jóvenes mediante el contrato de formación en alternancia, reconociendo al mismo tiempo a las empresas la posibilidad de aplicar bonificaciones por costes de formación en el contrato de las personas que tutoricen a estas personas trabajadoras.

El art. 28 reconoce también las bonificaciones dirigidas a las personas jóvenes, menores de 30 años, que se incorporen como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales⁴⁸.

5.4. Programas específicos de contratación dirigidos a las personas jóvenes

Dentro del colectivo de jóvenes, atendiendo a las distintas circunstancias específicas que pueden concurrir sobre sus integrantes, se vienen desarrollando en nuestro país, distintos programas que tratan de fomentar con carácter específico su contratación. Dentro de estos podemos destacar:

⁴⁸ La bonificación en este caso será de 147€/mes durante el primer año de vigencia del contrato y de 73€/mes durante los dos años siguientes.

Programa Empleo Joven TánDEM

Se trata de un programa mixto dirigido a proporcionar formación en alternancia a jóvenes con edades comprendidas entre los 16 y los 29 años, con el fin de mejorar las oportunidades de inserción de sus participantes. El desarrollo de las actividades incluidas en este programa deben orientarse hacia aquellas incluidas en los ámbitos de transformación ecológica y digitalización, centrada en los recursos locales⁴⁹.

Programa Investigo

Dirigido a fomentar la contratación de jóvenes investigadores, mediante la modalidad de contrato predoctoral contemplado en el art. 21 de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, por parte de organismos públicos de investigación, universidades, centros tecnológicos y otras entidades públicas y privadas que participen en proyectos de investigación.

El art. 27 del RD Ley 1/2023, se encarga de establecer una bonificación por la contratación de este personal investigador⁵⁰. En este caso, este incentivo no está delimitado expresamente por un criterio etario, pero es lógico pensar que será especialmente beneficioso para el colectivo de personas jóvenes que inicien su carrera investigadora.

Primera experiencia laboral en la Administración Pública

Este programa se orienta a otorgar incentivos para la contratación de jóvenes desempleados, con edades comprendidas entre los 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado, por parte de administraciones públicas y entidades del sector público institucional, mediante contrato formativo para la adquisición de práctica profesional. La finalidad del programa es que estas personas adquieran, en el seno de los servicios prestados por las administraciones públicas, sus primeras experiencias en el empleo.

⁴⁹ El extracto de su convocatoria para el ejercicio 2024, se encuentra en la [Resolución de 27 de noviembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se modifica la de 4 de agosto de 2022, por la que se califica el Centro de Orientación, Emprendimiento e Innovación para el Empleo de la Comunidad Valenciana](#).

⁵⁰ Se reconoce en estos casos una bonificación de 115€/mes durante toda la vigencia del contrato pre doctoral, incluyendo sus posibles prórrogas.

6. Becas y prácticas formativas dirigidas a las personas jóvenes

La necesidad de establecer una delimitación precisa entre la prestación laboral y la realización de prácticas formativas o educativas, es uno de los presupuestos que más pueden beneficiar al colectivo de personas jóvenes, puesto que han sido precisamente éstas, las grandes perjudicadas por las situaciones de fraude de ley que se han venido encubriendo bajo la apariencia de estas becas o prácticas formativas.

Para distinguir ambas situaciones es necesario poner el acento en el componente formativo-práctico que lleva aparejada la prestación, de forma que éste ha de resultar claramente preponderante en la actividad que desarrolla el alumnado, hasta el punto que, en los casos en que no resulte posible distinguir su actividad respecto a la que realice el personal de la empresa, debemos entender que estamos ante una prestación laboral sin más. Ello resulta predicable tanto del ámbito privado como del sector público, donde ha venido siendo frecuente la formalización fraudulenta de este tipo de relaciones formativas⁵¹.

Estas prácticas formativas se han visto tensionadas en los últimos meses en nuestro país, a raíz de su inclusión, a partir del año 2024, en el régimen de cotización de la Seguridad Social del alumnado que realice prácticas formativas o prácticas académicas externas. En este sentido, desde la UE se insiste en la necesidad de mejorar el estatuto protector de las personas que desarrollan estas prácticas educativas o formativas, dotándolas de un adecuado régimen de protección social, por lo que, cualquier regulación que pretenda llevarse a cabo en este ámbito en nuestro país, debe dotar de esta adecuada protección a estas prácticas, como garantía de calidad⁵².

En concreto, en nuestro derecho interno la controversia ha girado en torno a la Disposición Adicional 52ª del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, RD Legislativo 8/15, (TRLGSS), que lleva por título «Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen

⁵¹ Un análisis de estas situaciones que se han venido produciendo en concreto, en el ámbito de las universidades, puede consultarse en O. MOLINA HERMOSILLA, *Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 51; J. MORENO GENÉ, *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*, Atelier, 2024.

⁵² [Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión \(2020/2005\(INL\)\)](#).

prácticas formativas o académicas externas incluidas en programas de formación». Su entrada en vigor se ha visto retrasada en varias ocasiones debido a las profundas dudas interpretativas⁵³ y problemas técnicos alegados por las distintas entidades responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas del encuadramiento de este alumnado en prácticas no remuneradas⁵⁴. Todo ello ha generado como resultado la paralización de estos programas de prácticas formativas en muchos casos, con el consiguiente grave perjuicio generado para todos los participantes en este sistema, y especialmente para el alumnado que ha podido ver mermado, en algunos casos, su derecho a completar su formación teórica o académica con la adquisición de formación práctica, a través de la participación en estos programas.

También en el ámbito de los programas de prácticas no laborales que se dirigen a las personas jóvenes, se hace necesario reclamar la aprobación de un estatuto jurídico protector que dote de las garantías necesarias a las personas que participan en estos programas

A esta idea responde el mandato que el RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre, realiza al Gobierno, consistente en que, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, convocase a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para abordar el Estatuto del Becario, en el marco del diálogo social, orientado a establecer las bases necesarias para regular la formación práctica tutorizada, tanto en empresas como en organismos equiparados, así como de la actividad formativa desarrollada en el marco de las prácticas curriculares o extracurriculares previstas en las titulaciones oficiales.

A día de hoy, y pese a haberse alcanzado un acuerdo a este respecto entre las organizaciones sindicales más representativas y el Ministerio de Trabajo, el 15 de junio de 2023⁵⁵, este Estatuto sigue sin ser una realidad en nuestro país⁵⁶. Quizás lo que ha fallado hasta ahora es la necesidad de

⁵³ En este sentido, han sido necesarios incluso la emisión de varios criterios interpretativos por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, debido a las múltiples dudas planteadas en torno a su aplicación. *Vid. Criterio 3/2024, de la DGOSS, de 6 de marzo, por el que se refunde el anterior criterio interpretativo 11/2023, de 5 de julio.*

⁵⁴ J. MORENO GENÉ, *Un nuevo capítulo en el largo serial de la cotización del alumnado en prácticas. A propósito del RD Ley 8/2023*, Brief AEDTSS, 2023, n. 78.

⁵⁵ *Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa*. Para un análisis en profundidad, *vid. E. ROJO TORRECILLA, Empleo y Jóvenes*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, n. extra.

⁵⁶ En efecto, este Acuerdo encontró una fuerte contestación por parte de las organizaciones empresariales, Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, Crue, las Red de Fundaciones Universidad Empresa. Su posicionamiento en contra del contenido de este Acuerdo, puede consultarse en CRUE, *Crue Universidades Españolas rechaza*

orientar también estos esfuerzos negociadores hacia las instituciones formativas y hacia las empresas receptoras de este alumnado⁵⁷, puesto que no se puede regular esta materia de espaldas a estas instituciones, so pena de que las regulaciones en este ámbito nazcan viciadas de inaplicabilidad⁵⁸.

7. Las personas jóvenes como sujetos activos en la búsqueda de soluciones frente a la discriminación que les afecta

La consideración de las personas jóvenes como sujetos que enfrentan tradicionalmente medidas de discriminación y falta de oportunidades a la hora de participar en el mercado de trabajo exige al mismo tiempo, su contemplación como sujetos activos a la hora de diseñar las medidas que se dirijan a superar estas situaciones. En otras palabras, se hace necesario apartarnos de visiones paternalistas, que llevan a concebir a las personas jóvenes, como una especie de colectivo tutelado, reducido, por tanto, a mero sujeto pasivo, destinatarios de las políticas de empleo que se diseñan para lograr su incorporación y participación en el mercado de trabajo. La superación de esta visión exige, como decimos, reconocer a estas personas participación y capacidad de decisión en el diseño de estas soluciones.

Este papel activo que se reclama para las personas jóvenes lleva consigo el reconocimiento de su consideración como interlocutores válidos, por parte de los propios poderes públicos, en todos los organismos e instituciones en los que se debaten y se deciden las medidas económicas y de empleo que, posteriormente, les serán de aplicación.

En este sentido, resulta una buena práctica extrapolable a otros ámbitos de actuación, la reforma estatutaria acordada en el ámbito de la Confederación Europea de Sindicatos, consistente en incorporar una cuota juvenil en sus Estatutos⁵⁹, destinada a garantizar que el 25% de cada delegación, esté integrada por personas sindicalistas menores de 35 años⁶⁰, desde el 16% que representaba este colectivo en 2023.

Ahora es de esperar que esta misma idea, de reconocer espacios de diálogo y discusión para las personas jóvenes, en el diseño de las medidas de empleo y económicas que les afecte, vaya calando también en nuestro

el proyecto de Estatuto del becario, en www.crue.org, 10 junio 2023.

⁵⁷ [Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023](#), cit.

⁵⁸ O. REQUENA MONTES, *Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: Análisis del nonato Estatuto del Becario*, en *NET21*, 2023, n. 14.

⁵⁹ Y. GIL ALONSO, *El sindicalismo europeo cada vez más joven*, en *Trabajadora*, 2023, n. 79.

⁶⁰ Nótese la amplitud del límite etario para considerar personas jóvenes a efectos de la integración de este cupo sindical joven.

país, y encuentre reflejo en los distintos organismos e instituciones que tienen atribuida estas competencias, a través de la composición que designen las propias organizaciones sindicales y empresariales que cuentan con representación en estos organismos.

8. A modo de conclusiones

Las personas jóvenes tradicionalmente vienen enfrentando distintas situaciones de discriminación en el mercado de trabajo, derivadas del factor edad. Estas discriminaciones pueden llegar a producirse en distintos momentos del transcurso de la relación laboral, llegando incluso a impedir su propio nacimiento. De todas ellas, las más difíciles de detectar y, por tanto, de contrarrestar, son las que despliegan sus efectos precisamente a la hora en que estas personas buscan oportunidades para participar en este mercado de trabajo, momento en el que, atendiendo a su edad, son relegadas en favor de otros colectivos de población que no se ven afectados por este criterio etario.

Pese al rechazo formal y unánime que merecen estas conductas discriminatorias basadas en el factor edad joven en el mercado de trabajo, lo cierto es que, a nivel comunitario, el TJUE ha desarrollado una doctrina vacilante a la hora de otorgar protección frente a estas situaciones, que ha llevado incluso a cuestionar el reconocimiento de la edad joven como elemento de discriminación con carácter absoluto.

Pese a ello, lo cierto es que se vienen empeñando muchos esfuerzos tanto desde el ámbito de la Unión Europea, como desde el propio ámbito interno de los Estados miembros, para contrarrestar estas discriminaciones que sufren las personas jóvenes ante el mercado de trabajo, mediante el diseño de programas y medidas que incentiven su incorporación. En este sentido, si bien es cierto que las cifras en torno a la participación de las personas jóvenes en el mercado de trabajo permiten atisbar una tendencia positiva en los últimos meses, sigue siendo imprescindible la apuesta decidida por los poderes públicos y económicos por el establecimiento de los cauces y medidas que permitan la plena participación de estas personas, en condiciones de igualdad real y efectiva.

9. Bibliografía

AGÍS DASILVA M. (2019), *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT,

- F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), *Edad y discriminación: una síntesis de la doctrina del TJUE*, en ignasibeltran.com, 13 junio
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2023), *La formación dual en España: situación y perspectivas*, Informe, n. 1
- CRUE (2023), *Crue Universidades Españolas rechaza el proyecto de Estatuto del becario*, en www.crue.org, 10 junio
- DURÁN BERNARDINO M. (2021), *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*, Dykinson
- EUROFOUND (2014), *Análisis de las transiciones de los jóvenes en Europa. Resumen Ejecutivo* (informe completo: [Mapping youth transitions in Europe](#))
- GIL ALONSO Y. (2023), *El sindicalismo europeo cada vez más joven*, en *Trabajadora*, n. 79, pp. 14-14
- GÓMEZ SALADO M.A. (2024), *La juventud en el contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral: conceptualización, reformas legislativas y cambios recientes*, Aranzadi
- LA MONCLOA (2023), *El Consejo de Ministros aprueba nuevas medidas para impulsar la Formación Profesional y la capacitación digital*, en www.lamoncloa.gob.es, 3 mayo
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2019), *Discriminación por edad: conceptos generales*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi
- MARTÍN CARRASQUILLA O., SANTAOLALLA PASCUAL E., MUÑOZ SAN ROQUE I. (2022), *La brecha de género en la educación STEM*, en *Revista de Educación*, n. 396, pp. 151-175.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2024), *Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo. N° 40, 2023 T4*
- MOLINA HERMOSILLA O. (2023), *Apoyo activo para el empleo: paquete de apoyo al empleo juvenil*, en *Temas Laborales*, n. 168, pp. 161-187
- MOLINA HERMOSILLA O. (2018), *Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 51, pp. 46-83
- MOLL NOGUERA R. (2020), *La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (Rec. 3174/2018)*, en *Labos*, n. 2, pp. 109-127
- MONEREO PÉREZ J.L, LÓPEZ INSUA M.B. (2023), *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Atelier

- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2023), [La reforma del derecho del empleo: notas sobre las ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 7, pp. 11-37
- MORALES ORTEGA J.M. (2014), *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la garantía juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo
- MORENO GENÉ J. (2024), *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*, Atelier
- MORENO GENÉ J. (2023), [Un nuevo capítulo en el largo serial de la cotización del alumnado en prácticas. A propósito del RD Ley 8/2023](#), Brief AEDTSS, n. 78
- OIT (2012), [La crisis del empleo juvenil: una llamada a la acción](#), Resolución y conclusiones de la 101ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo
- OLARTE ENCABO S. (2009), *Edad y Empleo. Colectivos desfavorecidos*, en J. CABEZA PEREIRO, A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la Edad en la Relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi
- REQUENA MONTES O. (2023), [Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: Análisis del nonato Estatuto del Becario](#), en NET21, n. 14, pp. 1-11
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M. (2017), *Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 11, pp. 1033-1044
- ROJO TORRECILLA E. (2023), [Empleo y Jóvenes](#), en *Revista Justicia & Trabajo*, n. extra, pp. 55-73
- SANGUINETI RAYMOND W. (2019), *La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?*, en *Trabajo y Derecho*, n. 59, pp. 10-15
- SERRANO ARGÜELLO N. (2011), *La edad como facto de discriminación en el empleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, n. 12, pp. 17-43
- VILA TIERNO F., MAIZAL JIMÉNEZ M. (2014), *Instrumentos de inserción juvenil en el contexto nacional y europeo*, en A. GALLEGO MORALES, J. CRUZ VILLALÓN (dirs.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Nuevas causas de discriminación relacionadas con la salud de las personas trabajadoras, ¿hacia una sociedad más inclusiva e igualitaria?

Manuel GARCÍA JIMÉNEZ*

RESUMEN: La aprobación de la Ley 15/2022 y la plasmación en la misma de una diversidad de causas discriminatorias relacionadas con la salud de las personas trabajadoras abre un interesante debate acerca de la novedad y del alcance de estas nuevas previsiones. Y ello, no sólo respecto a su delimitación conceptual, que, cierto es, plantea interrogantes de calado reseñable; sino, además, en relación a otros aspectos íntimamente relacionados con la garantía de los derechos a la intimidad y dignidad de las personas, como son, entre otros, los del acceso a datos tan sensibles tales como los referidos al estado de salud o la predisposición genética a sufrir algún tipo de dolencia.

Palabras clave: Discriminación, condición de salud, enfermedad, discapacidad, predisposición genética.

SUMARIO: 1. Planteamiento general: la Ley 15/2022, como pieza clave en la necesaria – y necesitada– protección de las personas trabajadoras discriminadas por motivos de salud. 2. Discapacidad, enfermedad, condición de salud y estado serológico: apuntes para una conceptualización que precise la delimitación de supuestos. 2.1. La discapacidad como causa de discriminación. 2.2. La enfermedad como causa de discriminación. 2.3. La condición de salud como causa de discriminación. 2.4. El estado serológico como causa de discriminación. 2.5. La predisposición genética como causa de discriminación. 3. Breve reflexión final. 4. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén (España).



New Causes of Discrimination Related to the Health of Working People, Towards a More Inclusive and Egalitarian Society?

ABSTRACT: The approval of Law 15/2022 and its incorporation of a variety of discriminatory causes related to the health of workers opens an interesting debate about the novelty and scope of these new provisions. And this, not only with respect to its conceptual delimitation, which, it is true, raises questions of notable importance; but also in relation to other aspects closely related to the guarantee of the rights to privacy and dignity of people, such as, among others, access to data as sensitive as those referring to the state of health or predisposition. genetics to suffer some type of ailment.

Key Words: Discrimination, health condition, disease, disability, genetic predisposition.

1. Planteamiento general: la Ley 15/2022, como pieza clave en la necesaria –y necesitada– protección de las personas trabajadoras discriminadas por motivos de salud

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que el principio de igualdad se reviste de la condición de elemento basal y germen de los derechos humanos, de modo que el mismo se conforma como la clave de bóveda de los sistemas político-jurídicos democráticos. Fiel reflejo de ello lo constituye los términos en los que se pronuncia el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se vino a proclamar que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Fórmula ésta que encuentra su precedente en el propio art. 1 de la Declaración de los Derechos de los Hombres y del Ciudadano de 1789, y que representa de manera expresa la plasmación de todo un proceso político de alcance mundial de expresión de la voluntad de edificar un nuevo orden internacional que se fundara en el derecho y la justicia y, con ello, superar los acontecimientos bélicos –y las causas que los provocaron– que asolaron la humanidad en las cuatro primeras décadas del siglo XX¹.

La pretensión de las personas singularizadas por una diferencia perjudicial de recibir un trato igual a los que están en similares circunstancias viene constituyendo una permanente manifestación de petición y requerimiento a los sistemas políticos democráticos, de modo que se arbitre un sistema protector y garantista para la remoción efectiva de los obstáculos sociales y jurídicos que se encuentran en múltiples aspectos de su desarrollo vital.

El ámbito de las relaciones laborales se puede afirmar que se singulariza por tratarse de, quizás, el principal de los espacios del desarrollo e interacción humanos en el que las situaciones discriminatorias de la posición social global del individuo y de los grupos en los que se integran se hacen más notorias y evidentes, lo cual realza si cabe aún más la especial sensibilidad que en el mismo se produce respecto de las situaciones discriminatorias. Es por ello que la igualdad se conforma como un pilar básico de propio sistema jurídico-laboral, un “ingrediente esencial”² que informa la práctica totalidad de los temas fundamentales del Derecho del

¹ Vid. Á. SUPLOT, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península, 2011.

² Vid. M. ALONSO OLEA, *Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1983, n. 16.

Trabajo, conformándolo en su elaboración y aplicación³.

Los obstáculos con los que se encuentran determinados colectivos y grupos de personas, tanto desde la perspectiva social como la jurídica, en el acceso al empleo y en el mantenimiento de su vínculo profesional motivan que se soliciten y demanden el diseño y la puesta en práctica de medidas que tiendan a la remoción y eliminación de tales impedimentos. Y es en ello donde encuentra significado y comprensión toda la serie de acciones legislativas y pronunciamientos judiciales que se han de considerar como imprescindibles en el propio devenir del sistema jurídico laboral, destacándose en el plano normativo y jurisprudencial una línea evolutiva permanente ligada a una interpretación dinámica de los derechos de igualdad y no discriminación, vinculándose a este último a causas concretas que se amplían de forma constante a fin de poder así atender a la propia dinámica evolutiva de las realidades sociales.

Es desde esta óptica cómo ha de ser enfrentada y analizada el último de los hitos legislativos producidos en este ámbito, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se inserta en toda una serie de acciones político-jurídicas en la permanente búsqueda de instrumentos y medios que aporten vías de respuesta a las pretensiones legítimas de recibir un trato igual en todos los ámbitos vitales, entre los que, como no puede ser de otro modo, se incluye el laboral como uno de los principales espacios para hacer efectivo el objetivo de integración social que preside cualquier Estado Social y de Derecho que pretenda ser calificado como tal.

Y, como decimos, viene a conformarse esta nueva norma como un hito legislativo dentro del espacio jurídico tuitivo-garantista del derecho antidiscriminatorio y de la promoción de la igualdad, con unos objetivos de política jurídica de alto calado, ambiciosos, en los que la misma tiene una marcada «vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas» (Exposición de motivos de la Ley 15/2022).

Se observa en ella que hay una pluralidad de actores jurídicos en el diseño del concepto avanzado de igualdad, incorporando así los elementos más desarrollados del derecho antidiscriminatorio y de la promoción de la igualdad que se prevén en los textos internacionales y europeos, así como

³ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Acarl, 1991, p. 9 ss.

en las resoluciones y los pronunciamientos judiciales internacionales, nacionales y regionales, de modo que con ello se pretende superar la insuficiente trasposición por la Ley 62/2003 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos, y, en segundo lugar, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, todo ello con la idea de establecer las vías para la consolidación del reconocimiento efectivo del principio de igualdad y no discriminación, además de prever “nuevas garantías” para su disfrute⁴.

Y es aquí donde se define el propio objetivo de esta ley, por cuanto no se dirige al reconocimiento de nuevos derechos, sino a garantizar los derechos que en tal sentido ya existen dentro de nuestro acervo normativo en la materia, completando así las insuficiencias que presenta el mismo, y, en especial –como la propia Exposición de Motivos refleja– los que se invocan respecto de la Ley 62/2003.

Además, la Ley 15/2022 se presenta como una ley general, esto es, con vocación de abordaje de la igualdad y no discriminación desde una dimensión multidisciplinar respecto de todos los espacios y ámbitos sociales y jurídicos en los que de suyo se infiere la oportunidad y necesidad de tener una repercusión efectiva y real.

La transversalidad que define la propia técnica-jurídica con la que se ha diseñado, y que viene así a seguir la senda reguladora que ya fue transitada por las Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, vuelve a remarcar la importancia del principio de transversalidad a la hora de afrontar la materialización de todo el edificio normativo que precisa el moderno derecho antidiscriminatorio.

En este sentido, la Ley 15/2022 proyecta sus efectos sobre todos los espacios en los que se desarrolla la vida de las personas, y, por ende, en los ámbitos político, económico, cultural y social. Y, de ellos, tiene un especial significado algunos de estos por su importancia en el devenir vital de las personas, como son los del empleo, la educación, la sanidad, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, en los que se incluye también la vivienda, la publicidad y medios de comunicación y, en fin, las cuestiones ligadas a la participación social y política, de forma que se articula toda una

⁴ Vid. A. BAYLOS GRAU, *La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, en baylos.blogspot.com, 14 julio 2022.

serie de obligaciones vinculantes tanto para con las administraciones públicas, como para los particulares.

Y, obviamente, de entre aquellos descuella el referido al sistema social, político y jurídico de las relaciones laborales, por la importancia y relieve que tiene el mismo en el propio devenir vital y su desarrollo social de las personas. En tal sistema la indicada vocación de generalidad que define tal norma, conlleva, sin lugar a dudas, a una evidente afectación al contenido concreto que en materia laboral desarrolla el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, y que impregna de manera transversal la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Por último, y lo que importa por lo que aquí nos concierne, la Ley 15/2022 se proclama como una norma integral en cuanto al abordaje de las diferentes causas o motivos que identifica en materia de discriminación. En tal sentido, tomando como punto inicial de partida el art. 14 CE, y yendo más allá de los ya identificados en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, esta ley amplía –que no por ello limita, puesto que es una previsión de textura abierta, en términos similares a los utilizados en el art. 14 CE– los motivos de discriminación, identificando otros nuevos como son los referidos a la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, la identidad sexual, la expresión de género, lengua y situación socioeconómica.

A la vista de la propia definición y caracterización de la Ley 15/2022, se puede afirmar que la misma representa un significativo paso en relación a la apertura de los motivos de discriminación que en la misma se recogen, por cuanto que además de la ampliación de los mismos, este planteamiento de política jurídica se liga al hecho de buena parte de ellos se venían destacando por la escasa o muy baja cobertura jurídica. Y ello es así, por más que desde el plano social sí que tenían una relevancia considerable dada la no desdeñable importancia en cuanto vía de discriminación de las personas que pertenecían a los colectivos afectados.

Además de los motivos de discriminación que se prevén en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual) se incorporan otros, lo cual, en buena parte de los casos descritos, viene a marcar un punto de ruptura con lo hasta el momento mantenido desde distintas instancias, en especial, la representada por los pronunciamientos judiciales en los que no venían a reconocerse entidad discriminatoria a las acciones que pivotaban sobre tales aspectos o circunstancias.

Y es desde este punto donde descuella, por su importancia, el que se haya incluido a la enfermedad, a la condición de salud y al estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos como causas

expresas de discriminación, abriéndose nuevos espacios de tratamiento jurídico garantista y protector antidiscriminatorio frente a situaciones para las que hasta el momento estaba prácticamente vetado su consideración como tales.

El punto de ruptura que esta nueva previsión normativa lleva a cabo posibilita una revisión de las líneas argumentales mantenidas no solo por los pronunciamientos judiciales emitidos hasta el momento, sino también, y esto es a mi juicio esencial, la revisión de las actuaciones que a este respecto han venido manteniendo los diferentes actores privados y públicos que intervienen en las relaciones laborales. Esta diferenciación de espacios y colectivos de protección conllevará, o al menos eso es lo esperable por la deseable influencia de la norma jurídica en las conductas de los sujetos destinatarios de la misma, el que se articulen toda una serie de modificaciones conductuales sociales de modo que deje de constituir una circunstancia que lleve a acciones discriminatorias por razón de la condición, del estado de salud o de la enfermedad que tenga una persona trabajadora.

En fin, en relación a lo que aquí nos afecta, el hecho de que esta norma tenga como ámbito específico de actuación y acción el referido a las relaciones laborales (tanto públicas como privadas) –perspectiva subjetiva –, proyectándose sus previsiones sobre una amplia gama de aspectos de las mismas: el acceso al empleo, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo – dimensión objetiva de la norma –, e implicando como sujetos obligados a cuantos estén concernidos en el desarrollo y el devenir del propio sistema de relaciones laborales –sujetos empleadores privados y públicos, administración laboral, poderes públicos y sujetos colectivos–, la reviste de un especial significado por su voluntad política-jurídica de búsqueda de una acción legislativa que se significa por su enfoque integral, en este concreto ámbito de las relaciones de trabajo y empleo, así como en los otros espacios y ámbitos de la vida social, política, cultural y económica de las personas. Y así, por más que no sea tan novedosa e innovadora respecto a las definiciones de discriminación o los propios mecanismos de tutela frente a la misma, lo que viene a poner en especial valor a esta norma antidiscriminatoria es el que haya dado carta de naturaleza a causas de discriminación ligados a aspectos específicos relacionados con la salud, ampliando el espacio de protección y tutela de personas.

En fin, entendemos que es importante que se realice un análisis sosegado, minucioso –aunque dentro de las posibilidades que pueda tener un estudio con las características del presente– y razonado sobre el alcance

jurídico de estas nuevas previsiones antidiscriminatorias que se ligan a los mencionados motivos relacionados con la salud de las personas, tanto a los ya consolidados legal y jurisprudencialmente, como aquellos otros vinculados a la salud –discapacidad sobrevenida, enfermedad, condición de salud y estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos– que por diferentes motivos se han encontrado hasta el momento con un prácticamente nulo tratamiento legal y, en cierto modo, un relativo alcance protector y tutelar por parte de los tribunales de justicia.

2. Discapacidad, enfermedad, condición de salud y estado serológico: apuntes para una conceptualización que precise la delimitación de supuestos

El tratamiento jurídico de las situaciones ligadas a la salud de la persona y su proyección en el ordenamiento jurídico estatal es fiel reflejo de la propia caracterización del propio modelo de Estado que viene plasmado en su Constitución. Y, en tales términos, el hecho de que tal delimitación se realice en torno a lo que se define como el Estado Social conlleva a que el abordaje del sistema de reconocimiento y garantía de derechos para los colectivos desfavorecidos cuente con una definición conceptual de los mismos y una tutela integral que provoca una evidente mutación del paradigma en las políticas de apoyo y fomento para la integración efectiva en la sociedad de tales colectivos.

Como tendremos ocasión de analizar más adelante, con la aprobación de la Constitución de 1978 y todo el marco normativo que se ha venido articulando desde su entrada en vigor, dirigido a los diferentes colectivos de personas que vienen singularizados por sus concretas situaciones ligadas a la salud en pos de su inclusión de forma efectiva en la sociedad, han supuesto un cambio muy acentuado en cuanto al modelo de políticas adoptadas a tal fin. Esta circunstancia de cambios en los arquetipos de acción en materia política-jurídica y político-social han tenido su reflejo efectivo en la propia conceptualización de tales situaciones además de sobre el mismo modelo de protección de estas personas.

En este punto, una primera advertencia que hay que realizar es que el que aquí se englobe como un todo al colectivo de personas que se singularizan en orden a concretas situaciones individuales ligadas a su salud y las dificultades que esta circunstancia personal les provoca para su real y efectiva integración en la sociedad, no es más que un expediente aquí utilizado para poder integrar a tal colectivo como un único conjunto de personas, lo cual no lleva de suyo a que su tratamiento normativo sea

uniforme y tenga similar alcance tuitivo-garantista. Y así, una primera conclusión que se puede realizar en este sentido es el muy disímil abordaje normativo que se ha realizado respecto de tales colectivos de personas, siendo el más desarrollado el referido al de las personas aquejadas de una discapacidad.

Por el contrario, para los otros colectivos referidos a las personas que se encuentran incursas en un proceso ligado a una enfermedad, o bien que su discapacidad se produce en un determinado momento y que en consecuencia viene a resultar una situación sobrevenida, o, en fin, a las que vienen a singularizarse por una específica condición de salud o un estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, su abordaje en los diferentes planos o ámbitos jurídicos ha sido muy tangencial o, incluso, prácticamente nulo. Buen ejemplo de cuanto decimos es el mismo ámbito del sistema jurídico español de relaciones laborales en el que para unos y otros colectivos el nivel de protección es bien diferente, por más que todos ellos estén ligados a situaciones psicofísicas que los agrupan como un todo y que son, por tanto, merecedores de una protección especial y específica que los sitúe en igualdad plena en todos los planos de la vida y del desarrollo humano respecto del resto de las personas.

Y, en este punto es, a nuestro juicio, básico delimitar los diferentes supuestos relacionados con las situaciones ligadas a la salud de la persona que se han recogido en el art. 2.1 de la Ley 15/2022.

Esta labor no viene auxiliada con la propia acción legislativa, puesto que se ha optado en la mencionada norma con la no definición de los diferentes motivos que se engloban en tales circunstancias ligadas a la salud de las personas trabajadoras. Es más, parece como si el legislador diera por sobreentendidos los mismos, de modo que nos llevara a una llamada a todo el acervo normativo y jurisprudencial que los ha ido delimitando hasta el momento en el que se tenga que aplicar sus previsiones.

Ello, en principio, puede ser una evidente virtud, puesto que la técnica normativa adoptada permitirá la adaptación de los supuestos a la propia evolución que de los mismos se tenga en cada momento (previsión de “textura abierta”). Aunque ello también encubre una dificultad, que no es otra más que la de la inexistencia de tal bagaje normativo y jurisprudencial para alguno de los motivos indicados, como, por ejemplo, los relativos a la condición de la salud o al estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lo cual dificultará en primera instancia su aplicación por carecer de elementos definidos acerca del alcance del espacio de protección que se pretende alcanzar con tal previsión.

Por tanto, tal delimitación habrá de construirse en base a las previsiones legales y pronunciamientos judiciales que han ido deslindando

los elementos que definen a las diferentes situaciones referidas a la discapacidad, enfermedad, condición de salud o un estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos⁵. Esto es, al estado de la cuestión de los que se parte el propio Preámbulo de la Ley 15/2022: la Constitución española, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Convenciones de las Naciones Unidas para evitar la discriminación en distintos campos, la Convención Europea de Derechos Humanos y las numerosas normas comunitarias en materia de discriminación, así como al acervo jurisprudencial internacional y nacional que se ha definido a este respecto⁶.

El art. 2.1 de la Ley 15/2022, en este punto ha tomado como punto de referencia, de un lado, el contenido del art. 14 CE –tanto los motivos en él relacionados como su la cláusula final abierta–, además, de otro, todas las causas que se protegen de forma específica por las directivas comunitarias antidiscriminatorias, y a ello ha adicionado otras situaciones que se han estimado como socialmente relevantes, como son las que aquí son objeto de análisis (enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos), además de otras, como las referidas a la identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica.

En este punto hay que advertir que, como se sabe, desde la perspectiva del contenido esencial de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, no cabe el que se adicionen, en sentido estricto, nuevas causas. Advirtiéndose, de inmediato, que la cláusula abierta con la que está coronada la relación de causas concretadas en el art. 14 CE lleva a tener que «considerar que todas las causas de verdadera discriminación grupal están previamente incluidas en ella, diga lo que diga el legislador»⁷.

Partiendo de ello, y en tanto que nuestro modelo se define por ser de cuño universalista, el que se incorporen nuevas causas de discriminación puede tener una diversidad de objetivos con diversas perspectivas, tales como las de tutela, prevención, promoción para la igualdad de trato y oportunidades o inclusive estableciendo obligaciones específicas para concretos sujetos.

No obstante, el problema en su dimensión preventiva y de tutela puede estar en el hecho de que la adición de nuevos motivos discriminatorios no

⁵ Para un estudio detallado de esta cuestión, *vid.* R. AGUILERA IZQUIERDO, [La discriminación por motivos de salud ante la contratación y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022](#), BOE, 2023.

⁶ *Vid.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, [La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución](#), en *Temas Laborales*, 2022, n. 165.

⁷ *Ibidem*, p. 105.

cuenta con un concepto de discriminación claro y definido. Así, es posible que se incorporen elementos o criterios de diferenciación que no pueden llevar a calificarse desde la vertiente constitucional como discriminaciones, ya que las mismas no conllevan a afectaciones expresas a las relaciones entre colectivos o grupos humanos. E igualmente se puede dar la situación de que, aun siendo apropiadas las clasificaciones que se incorporen, se dé lugar a situaciones que lleven a una cierta inseguridad en cuanto a su aplicación, en tanto que en la concreción de los motivos de discriminación se confundan los rasgos distintivos de las personas encuadradas en un grupo social que se pretenda proteger, dada su posición sistemática de inferioridad, con el propio grupo o colectivo social como tal. Esta es la situación que acontece en causas plenamente normalizadas como la edad, el origen étnico, el color de piel, etc., pero que se produce en mayor medida en otras causas tales como la discapacidad y, especialmente, en las relacionadas con las condiciones de salud de las personas o la lengua, todas estas adicionadas por la Ley 15/2022.

Los motivos discriminatorios ligados a las condiciones o situaciones relacionadas con la salud, y, más precisamente, a los vinculados a la enfermedad, no cabe duda de que están más que avalados en su reconocimiento como causas de discriminación autónoma, en tanto que así viene a reflejarse en instrumentos internacionales como son la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21.1, referido a las características genéticas), la Carta Social Europea (Parte V, art. E, con referencia expresa a la salud) y el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (art. 4.3), y, en el plano interno, en la Ley 33/2011, General de Sanidad Pública (art. 6.1º y 3º).

Como se ha destacado⁸, el problema que en este punto se produce deviene de la situación particular que en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido respecto del concepto de “discriminación por enfermedad” al utilizarse el mismo para tratar la problemática de la calificación del despido que ha sido motivado por situaciones de incapacidad temporal de la persona trabajadora, produciéndose una confrontación entre pronunciamientos judiciales y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales de Justicia de la Unión Europea. La disyuntiva que se produce en este punto no es tanto, es más, no se produce respecto de la consideración de la enfermedad como causa discriminatoria, sino en concreto a la calificación automática como discriminatorio de cualquier despido sustentado en una situación de

⁸ *Ibidem*, p. 106.

incapacidad temporal de la persona trabajadora.

Por tanto, la enfermedad en sí, o como la propia Ley 15/2022 establece, la «enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» pueden y deben constituir una causa prohibida de discriminación en el momento en el que ello se conforme como elemento central que lleva a una segregación de la persona perteneciente a un grupo social definido por tales circunstancias concurrentes, debiendo entenderse que tal reconocimiento se realiza dentro del marco que se define en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del contenido y alcance del art. 14 CE.

Como hemos advertido, la previsión de una nueva categoría discriminatoria, adicional a las recogidas de forma expresa el art. 14 CE, hace necesario que se concrete la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (por todas, la STC 176/2008, de 22 de diciembre). Y ello es lo que ha realizado la Ley 15/2022, respecto del grupo social que se engloba en torno a las circunstancias ligadas a motivos de salud de tales personas.

Tomando ello en consideración, el problema surge por no haberse aportado en el texto de la ley una definición de estas nuevas causas de discriminación, lo que obliga a tener que realizar un expreso análisis del concepto de discriminación y las diferencias que se plantean respecto del principio genérico de igualdad reconocido en el art. 14 CE⁹. Así, ya se ha advertido que la CE no obsta al reconocimiento de causas de discriminación adicionales a las previstas, exigiéndose por la doctrina jurisprudencial constitucional que las mismas sean similares a las reconocidas en el art. 14 CE, de modo que ellas vengán ligadas a «determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a grupos de la población en posiciones contrarias a la dignidad humana» (así, entre otras, las STC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero; 161/2004, de 4 de octubre; 41/2006, de 13 de febrero; o, en fin, la STC 3/2007, de 15 de enero). De ahí el que se predique que haya de concurrir un criterio diferenciador que conlleve a carácter estigmatizante, conformándose así en elemento de segregación o de persecución de la persona en la que concurra el carácter que la singulariza (STC 36/2011).

A la luz de ello, cualquier motivo que fuere utilizado como criterio que

⁹ *Vid.* R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 41.

sustente una decisión que conlleve un perjuicio no ha de entenderse incluido sin más dentro de lo que se entiende como la prohibición de discriminación, pues, de mantener ello, lo que se produciría es la confusión de tal prohibición con el principio de igualdad de trato. El criterio basal de diferenciación entre uno y otro al que ha de atenderse es que concurra una específica circunstancia: «la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes» (STC 36/2011, de 28 de marzo).

Y es ahí donde encuentra su encaje las nuevas causas de discriminación ligadas a motivos de salud de la persona, aludiendo así la propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 a tal carácter estigmatizador o excluyente de dichas causas cuando señala que la presente ley «parte del supuesto de que no cualquier trato diferenciado constituye un acto de discriminación, y es de destacar que aborda expresamente la cuestión de los límites del trato igual, de manera que en este no se puedan amparar conductas que en realidad atenten contra la igualdad de trato sea directa o indirectamente. Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos». Se repugna así, desde el plano de la tutela y garantía constitucional, cualquier fenómeno social que por su especial gravedad se base en circunstancias que se tenga en consideración para fundar o crear una diferencia de trato específica.

Tal concepto restringido de interpretación de las causas de discriminación y su ligazón a colectivos o grupos de personas que han sufrido históricamente situaciones de segregación, si no de persecución, no obsta a que en razón a la cláusula abierta con la que se define la propia dicción del art. 14 CE se pueda flexibilizar para supuestos concretos, lo cual encuentra su expreso refrendo en diferentes pronunciamientos del TC¹⁰.

¹⁰ Vid. M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *A vueltas con la calificación del despido por enfermedad*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 209.

2.1. La discapacidad como causa de discriminación

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD), en su art. 2.a define la discapacidad como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Y a ella se ha de adicionar la definición que la misma norma hace en su art. 4.1 de la persona con discapacidad, de modo que son «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Esta definición de discapacidad y de persona con discapacidad conlleva un cambio conceptual, fruto de la evolución histórica de los modelos de tratamiento de la discapacidad, de forma que con él se responde a las transformaciones y mutaciones de óptica ya adelantados en esta materia a nivel internacional.

En este sentido, cuando se habla de modelos de atención a la discapacidad lo que en realidad se está tratando es de definir la forma y el modo de cómo una determinada realidad, como es la discapacidad, es objeto de tratamiento en orden a diferentes formas de conceptualización y representación. Así, el fenómeno de la discapacidad y su afrontamiento jurídico y político se ha realizado desde diferentes perspectivas a lo largo de la historia, encontrándonos actualmente en una nueva fase rupturista respecto de la óptica individualista que ha definido el modelo de atención imperante.

Los modelos individualistas, que se definen por el venir centrados en la atención tomando como eje de referencia a la persona, de modo que la problemática ligada a la discapacidad se realiza respecto del individuo y sus circunstancias funcionales, bien tratando la situación como una tragedia persona o bien como una enfermedad. A este respecto, dos son los tipos integrados en este modelo: el moral o religioso, que es el más antiguo, abarcando hasta la Edad Moderna –siglo XVII–, y en el que la discapacidad se considera con un origen en las fuerzas espirituales, de forma que se valora como un castigo decretado por los dioses en orden a una transgresión de las normas religiosas; de otro lado, nos encontramos con el tipo o modelo médico o rehabilitador, que se abre paso a partir de la Edad Contemporánea –siglo XVIII–, y que se define por dos aspectos fundamentales que rompen con el anterior modelo imperante: la causa de la discapacidad se sitúa en el

campo médico o científico; y las personas discapacitadas ya no son objeto de marginación o exclusión, sino que el objetivo se centra en su rehabilitación o medicalización. En este sentido, la persona es tratada como un ser humano, aunque con un condicionante: la enfermedad que, en buena parte de las situaciones, conlleva a su reclusión o domesticación¹¹.

Frente a tal modelo individualista, surge como respuesta a sus aspectos más críticos y lesivos el modelo denominado como social. El mismo se irá conformando en base a las luchas que las personas discapacitadas inician en las sociedades avanzadas en la segunda parte del siglo XX, con el principal objetivo de la defensa de sus intereses y derechos, buscando romper así con el modelo de tratamiento imperante. Dichos movimientos de contestación social encontraron dos variantes, la estadounidense y la británica, con líneas político-sociales que confluían en el ataque de los fundamentos sobre los que se sustentaban el modelo médico-rehabilitador, y en pos de la necesidad de un cambio que llevara a la eliminación de las barreras creadas por la sociedad.

Las características generales de este modelo se resumen en: la centralidad del carácter social respecto de las causas que originan la discapacidad, esto es, de los factores sociales que restringen, impiden o limitan a una persona discapacitada a vivir en sociedad, y, por tanto, se produce un cambio en cuanto al enfoque se otorga a las causas de la discapacidad, pasando desde una causalidad ligada a la situación individual de la persona –enfoque médico–, a un enfoque social de tal aspecto; ligado a ello, en segundo término, la discapacidad no se entiende como una cualidad de la persona, sino que es el producto de una serie de construcciones sociales (estereotipos, barreras físicas y sociales, etc.) que llevan a una diversidad de situaciones de exclusión y de discriminación, debiendo así incidirse en actuaciones específicas sobre el entorno creador de patrones sociales de actuación para las personas discapacitadas; rechazo de la construcción de la discapacidad sobre la dicotomía salud/enfermedad, la cual crea una imagen y una valoración peyorativa de la discapacidad que lleva, de suyo, a primar las acciones de tipo rehabilitador, de reparación, que, en buena parte de los casos, no es posible por tratarse de una condición permanente de la persona; y, por último, el foco, en este modelo, se sitúa en las capacidades de las personas con discapacidad, resaltando las mismas y no centrándose en los déficits que pudiera sufrir este colectivo de personas.

¹¹ Vid. J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, *Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica*, en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, 2020, p. 35 ss.

A la vista de ello, las implicaciones jurídicas de este nuevo modelo de tratamiento de la discapacidad supusieron dos órdenes de efectos: el primero, respecto a la noción de persona con discapacidad; y, el segundo, sobre el tratamiento de esta situación en un plano jurídico.

En relación a la noción de persona con discapacidad como sujeto de derechos, la misma se amplía respecto a la mantenida en el modelo médico, de modo que, en tanto que se parte de que la discapacidad no es una condición personal sino una situación en la que se pueden encontrar –de presente o en el futuro– las personas como resultado de la interacción de ellas con las deficiencias y barreras creadas por el entorno y la actitud social, el concepto se centra en dicha situación concreta y objetiva que produce una dificultad o imposibilidad para el ejercicio efectivo y en pie de igualdad de sus derechos, que han de ser los mismo que el resto de las personas.

Obviamente, este planteamiento lleva a un cambio de óptica en cuanto a la forma de tratamiento de esta situación a nivel jurídico, de modo que las políticas normativas de atención a las personas con discapacidad han de girar en torno a toda una serie variada de políticas públicas dirigidas a posibilitar de manera real y efectiva el estatus de personas en igualdad de derechos que el resto de la sociedad, facilitando el acceso y pleno disfrute de los mismos, sin más, y no admitiéndose que sean estas personas las que deban de adaptarse a ellos¹².

Estos postulados han tenido su específico reflejo desde la perspectiva jurídica en su plena incorporación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, así como para la actualización de la Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud (CIF) de la OMS, y, en el plano político, favoreciendo transformaciones en el diseño de las políticas públicas de atención a las personas con discapacidad.

Pese a no incorporarse de forma expresa un concepto o noción concreta de discapacidad, lo que sí se identifica es la apuesta decidida por acoger el enfoque del modelo social, indicando que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1), lo que lleva de suyo a tener que afirmar que la Convención optó por considerar a la persona con discapacidad a aquella que al interactuar con determinadas barreras no puede participar de forma plena en la vida social. Ello provoca una ampliación del concepto a manejar, conformándolo como de espectro más

¹² *Ibidem*, p. 49, y bibliografía allí reseñada.

inclusivo, de modo que, de un lado, no se supedita ni vincula a un reconocimiento médico-administrativo de incidencia de una concreta limitación funcional, y, de otro, viene a ligarse a una determinación de las circunstancias subjetivas y objetivas que producen una situación de insatisfacción y no ejercicio de sus derechos fundamentales.

Esta orientación tuvo su cumplido reflejo, dado que España ratificó la Convención Internacional en 2007, que si bien con anterioridad ya se dieron algunos pasos en el sentido que marcó la misma, sin embargo, fue con la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y, especialmente, con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Es significativo que en la misma se optara por el uso de una conceptualización de la discapacidad en la que se pueden identificar dos dimensiones o modelos definitorios, pues, de un lado se recoge el concepto amplio –propio del modelo social– que ya venía previsto en la Convención Internacional, y, de otro, se adiciona una definición estricta ligada a los presupuestos de la noción médico-rehabilitadora. Y así, el art. 2.a) viene, en línea con el modelo social, a manifestar que se entiende por discapacidad «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», y, adicional a ello, cuando define los titulares de estos derechos, en el art. 4 se identifica, por un lado, a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (párrafo 1º), y, de otro, señala que «a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», especificando en este sentido que «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad» (párrafo 2º).

Y, en este orden de ideas, tampoco se puede obviar la incorporación de la Convención Internacional de la ONU al ordenamiento comunitario, teniendo en esta cuestión especial relieve la Directiva 2000/78/CE, la cual no define la discapacidad, pero sí que tiene al concepto de discapacidad

como un concepto de relevancia comunitaria que, en consecuencia, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea.

De igual modo hay que estar a la definición del término de persona con discapacidad que ha venido delimitando a lo largo de sus últimas sentencias el TJUE, las cuales vienen a señalar que la situación de discapacidad viene referida a una limitación de a capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras (así, entre otras, la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20; o la STJUE de 18 de enero de 2024, Ca Na Negreta, C-631/22).

En consecuencia, a la vista de cuanto antecede, nos encontramos ante un concepto ampliado de discapacidad de Derecho comunitario al que deben de acomodarse todos los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Prueba de ello es la propia definición a la que hemos hecho referencia en el Real Decreto Legislativo 1/2013, pero que no se agota su afrontamiento conceptual en esta norma, de modo que no se cuenta con una definición normativa de discapacidad unívoca y unitaria, pues diversas normas se encargan de realizar definiciones diversas. En suma, el término discapacidad es un concepto jurídicamente indeterminado, en el sentido de que se trata de un concepto que es en gran medida incierto o no precisado, aunque, también se estará de acuerdo en que en la realidad jurídica no existe o prácticamente son escasas las situaciones en las que se producen conceptos absolutamente determinados¹³.

En suma, teniendo en cuenta los diferentes cuerpos normativos internacionales, comunitarios y de Derecho interno que aportan en uno u otro sentido una definición de discapacidad y de persona con discapacidad, y teniendo presente que todas ellas, con mejor o peor técnica legislativa, acometen esta tarea desde la perspectiva u óptica referenciada sobre el modelo social, a lo que habría que adicionar los pronunciamientos judiciales emitidos en la materia, en los que se ha de partir de la propia doctrina del TJUE relativa a la concepción ampliada de la discapacidad en cuanto concepto de relevancia comunitaria –en el que se abarca a situaciones ligadas a enfermedades de larga duración y a las enfermedades de carácter

¹³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006*, en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *op. cit.*, p. 96.

crónico, aun no siendo declaradas como tales—, se habría de concluir que lo determinante a este respecto es que el aplicador jurídico deberá en todo caso adoptar una posición interpretativa de estas situaciones en el sentido de extender el estatus jurídico-protector garantista que se deriva de la propia dimensión comunitaria y ampliada del término discapacidad¹⁴. No otra posición hermenéutica cabría adoptarse dentro de la propia finalidad de política del Derecho Social de evitar el efecto de cosificar a la persona trabajadora, y contemplar a la persona trabajadora con discapacidad como algo prescindible por las propias circunstancias que lo definen.

Conviene, por último, introducir algunas anotaciones, si quiera de forma breve, conceptuales y normativas, a fin de delimitar con la situación relacionada con la persona con discapacidad sobrevenida, así como su -debido normativamente- trato jurídico. La complejidad y heterogeneidad normativa en la materia, así como la variedad de situaciones, estados o condiciones próximas, pero distintas (discapacidad sobrevenida, incapacidad, ineptitud sobrevenida, especialmente sensible, enfermedad asimilada a la discapacidad), nos aconsejan una mínima precisión al respecto. Con ello se facilitará a todos los operadores jurídicos y sociales una mejor comprensión del problema, clave para poder perfilar adecuadamente las mejores soluciones desde su ámbito de intervención, que es el aquí analizado.

Al respecto, es importante advertir que, si el concepto de “discapacidad” sí está, como hemos destacado, acotado legalmente (art. 4 LGDPDIS), no sucede lo mismo con el de “discapacidad sobrevenida”. No hay ninguna norma jurídica —ni nacional ni internacional— que defina esta situación. Evidentemente el carácter sobrevenido no altera la condición de discapacidad, pero sí le añade singularidad o especificidad, una especial vulnerabilidad

De manera genérica, suele entenderse por “discapacidad sobrevenida” (Observatorio Estatal de Discapacidad, 2015), la que surge a partir de los 6 años, a causa de cualquier situación, externa o/e interna, no congénitas¹⁵.

Como es lógico, en este punto nos interesarán las situaciones de discapacidad sobrevenida que se producen en edad adulta, más concretamente en edad productiva.

Y, aunque pudiera parecer lo más sencillo, dada la delimitación, legal, la clave está en fijar qué entendemos por “discapacidad”. ¿“Discapacidad”

¹⁴ En esta dirección interpretativa, *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, *Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130.

¹⁵ *Vid.* OBSERVATORIO ESTATAL DE DISCAPACIDAD, *Informe sobre Mujeres y Hombres en España 2020: cifras de discapacidad*, 2022.

e “Incapacidad” son lo mismo? ¿Enfermedad sobrevenida y Discapacidad sobrevenida son lo mismo o análoga? ¿Discapacidad sobrevenida e Ineptitud sobrevenida son la misma situación o semejante a efectos jurídico-laborales? ¿Las personas especialmente sensibles pueden ser equiparadas a personas con discapacidad sobrevenida?

Conocido es que el notable incremento de las llamadas “enfermedades crónicas” (cardiovasculares, diabetes, mentales, cáncer), así como de “enfermedades graves”, están en la base del paralelo aumento de las discapacidades sobrevenidas en las franjas de edad laboral o “productiva”. La discapacidad sobrevenida se produce, bien por el padecimiento de una enfermedad (en la mayoría de los casos) o por un accidente, sea laboral (en cuyo caso existe una protección reforzada, en especial respecto a las medidas de readaptación profesional) o común (con una protección más debilitada). Aunque en este contexto de crecimiento de enfermedades graves y/o crónicas no es fácil distinguir el concepto de discapacidad sobrevenida de enfermedad sobrevenida crónica, sí que es necesaria su distinción en el actual estadio de regulación, nacional y europea. No es igual su tratamiento jurídico: mientras toda decisión perjudicial asentada en el factor discapacidad tenderá a calificarse de nulo, dado que constituye una discriminación prohibida (art. 35 LGDPDIS), no ha venido sucediendo lo mismo en relación a la enfermedad, por más incoherente o incluso injusto que pueda resultar, si bien, a nivel nacional la aprobación de la Ley 15/2022 sí que da un paso garantista y de tutela jurídica en este sentido.

¿Cuándo cabe entender que una enfermedad sobrevenida debe equipararse a una discapacidad sobrevenida? En principio, una enfermedad sobrevenida podrá ser asimilable a una discapacidad sobrevenida cuando produzca las limitaciones de una discapacidad. Tal como se ha destacado, conforme al art. 4.1 LGDPDIS en relación a su art. 2. a), serán personas con discapacidad todas aquellas personas que sufran una enfermedad en virtud de la cual se deriven «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales» que, «previsiblemente permanentes», puedan impedir u obstaculizar, en su interacción con variadas barreras (físicas, sociales, laborales, económicas, etc.) «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». En tales casos, las enfermedades sobrevenidas asimilables a la discapacidad tendrán la misma tutela que ésta, exigiendo del empleador el deber de adaptación razonable de su puesto de trabajo para que pueda continuar con su prestación de servicios en igualdad, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05, casos Chacón Navas; STJUE de 11 de abril de 2013, C335/11 y C337/11, caso HK Danmark “Ring y Werge”; STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15,

Caso Daoudi; STJUE de 18 de enero de 2018, C 270/16, caso Ruiz Conejero,, etc.), asumido por la doctrina jurisprudencial española (así, entre otras, la STS 194/2018, de 22 de febrero de 2018 – RJ 2018/913). El despido, por lo tanto, de una persona trabajadora basado en esta enfermedad sobrevenida en su etapa laboral asimilada a la discapacidad, cualquiera que sea la razón (ineptitud, absentismo, falta de rendimiento, etc.) sería nulo, lo cual se refuerza aún más con la aquí analizada Ley 15/2022.

Además, a ello se le puede –y debería– aportar un mayor grado de protección y tutela a través de la autonomía colectiva, en tanto que en ella se puedan acotar las diferentes situaciones que puedan llevar a la discapacidad sobrevenida, así como establecer las medidas que eviten la exclusión social, laboral y personal de este colectivo de personas trabajadoras.

En definitiva, el actual ordenamiento jurídico nacional, con el notable refuerzo del comunitario, contempla de forma muy expansiva las situaciones de discapacidad sobrevenida y le da una tutela reforzada. Pero las empresas siguen de espaldas a la misma, utilizando intensamente las medidas de despido estatutarias.

Por supuesto, conviene advertir que “discapacidad sobrevenida” y cese-despido no son institucionales necesariamente antitéticas, incompatibles, pues cabe el recurso a las diversas formas de extinción en tales casos, pero siempre que la empresa acredite de forma fehaciente la razonabilidad de sus esfuerzos para la adaptación y la imposibilidad de lograrlo salvo costes desproporcionados, excesivos. Solo en estos casos podría darse el despido como última ratio.

En definitiva, si bien en un plano normativo estricto o ideal existe una tutela fuerte de las personas con discapacidad sobrevenida frente a los ceses y despidos, tanto en virtud de las garantías de adaptación ex art. 25 LPRL (para todas las personas que se califiquen como especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, concreción a su vez del art. 15.1 d) LPRL, que configura la adaptación del trabajo a la persona como un principio general de la acción preventiva) cuanto del art. 40 LGDPDIS, lo cierto es que, en la práctica, estas garantías de conservación del empleo están sometidas a una fuerte presión empresarial¹⁶.

¹⁶ Para un análisis de esta cuestión y el estado de situación en la negociación colectiva, *vid.* M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 446.

2.2. La enfermedad como causa de discriminación

La previsión de la enfermedad como causa de discriminación no es, en exclusiva, una novedad legal derivada de la aprobación de la Ley 15/2022. Es más, hasta el momento contaba nuestro ordenamiento jurídico con diferentes normas que de un modo u otro incluían esta circunstancia como elemento de valoración de posibles situaciones discriminatorias.

Así, entre ellas, en el ámbito Penal sí que se prevé a la enfermedad como posible motivo discriminatorio. Por un lado, el art. 22.4ª CP cita como circunstancia agravante de la responsabilidad penal en la comisión de delitos la discriminación por diferentes motivos, haciendo mención en este caso de forma expresa a la enfermedad o minusvalía que padezca la víctima. Además, se recoge el delito de discriminación en el empleo público y privado, previsto en el art. 314 CP, refiriéndose expresamente a la grave discriminación por enfermedad o minusvalía (lo que contrasta con el marco regulador de la relación laboral y del empleo público en las que no se alude a la enfermedad como causa discriminatoria y sí lo haga el Derecho penal especial al referirse al delito por discriminación en el empleo que trae causa de incumplimientos de la normativa laboral o del empleo público)¹⁷. Y, en fin, la enfermedad también se contempla como causa de discriminación en los arts. 510, 511 y 512 CP, todos ellos referidos a los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución.

Por otro lado, en materia educativa se pueden destacar la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por la que se adiciona un nuevo apartado a-bis) al artículo 1, además de modificar el artículo 2.b) de dicha ley, incluyendo en ambos preceptos la enfermedad como causa de discriminación en tal ámbito; de otro lado, en materia de voluntariado, la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, incluye, entre los principios que fundamentan la acción voluntaria, la no discriminación por razón de enfermedad; o, en fin, en el cuerpo regulador referido a la Salud Pública, nos encontramos con el art. 6 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por el que se regula el derecho a la igualdad en este ámbito, señalando la proscripción de cualquier acción que lleve a la discriminación por razón de enfermedad dentro de las actuaciones de salud pública.

Enlazando con esta última previsión, y manteniendo una misma línea

¹⁷ Vid. N. SERRANO ARGÜELLO, *Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el Derecho se aleja de la Justicia*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2008, n. 18, p. 3 ss.

de política del derecho, se inscribe el art. 2.3 de la Ley 15/2022, puesto que viene a reflejar en similares términos a los descritos en el mencionado art. 6.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el hecho de que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública».

Y, ligado a ello, con carácter general en el momento de definir el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma, tal como se ha destacado, el art. 2.1 de la Ley 15/2022, recoge como factor de discriminación a la enfermedad, sin adjetivar ni definir nada más al respecto.

Por tanto, y dado que no hay previsiones adicionales a las ya destacadas, no se cuenta con definición legal alguna acerca de qué se entiende por discriminación por razón de enfermedad. Esta es la línea de técnica jurídica que se tiene en la norma respecto de las restantes causas de discriminación introducidas por ella, la cual, no olvidemos, tiene como característica principal la de su vocación integral, pretendiendo «crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir» (Exposición de Motivos), lo que motiva que no tanto se busque definir la situación en sí, sino, más bien, referenciar todo un abanico de circunstancias que deban ser valoradas a la hora de dilucidar si nos encontramos o no en una situación discriminatoria. Ello lleva a crear normativamente una delimitación abierta de los factores de discriminación que les permita acoger matices diferenciales en función de la singular relación jurídica en que se esté produciendo tal situación¹⁸.

Tal aspecto obliga a tener que delimitar de un modo que otorgue mayor precisión a la interpretación que deba darse al término discriminación por enfermedad en el plano de la relación jurídica laboral, puesto que, de una forma u otra, puede tener sus matices diferenciales a los que puedan otorgarse en otros ámbitos jurídicos.

A este fin, habría que estar a los términos que se han ido aquilatando en los diferentes pronunciamientos que conforman la doctrina del Tribunal Constitucional cuando ha tratado esta materia. En tal sentido, hemos de tomar como punto de referencia lo recogido en la STC 62/2008, de 26 de mayo, en la que se descartó considerar como causa autónoma de discriminación a la enfermedad, lo que no obsta a su consideración como una causa de discriminación siempre que el factor enfermedad se tome en consideración «como un elemento de segregación basado en la mera

¹⁸ *Vid.* R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 47.

existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece». Esto es, a lo que se debe estar para entender que se produce discriminación es al hecho de que la enfermedad actúe como instrumento de segregación social, o sea, que se utilice como un criterio que lleve a la estigmatización y marginación de un colectivo¹⁹.

En conclusión, el elemento central del enjuiciamiento para discernir si nos encontramos ante una situación discriminatoria estriba en la concurrencia o no de que tal circunstancia sea tomada como elemento de segregación, situación ésta que concurriría en aquellos casos en los que la situación de enfermedad en la que se encuentra la persona trabajadora conlleve la asignación para ella de un criterio que la estigmatice, o cuando por el simple hecho de estar en una situación de enfermedad se discrimine, careciéndose de cualquier elemento fáctico que posibilite la relación causal entre la enfermedad y la aptitud de la persona trabajadora para desarrollo óptimo de la prestación laboral.

Además, es importante resaltar cómo la STC 62/2008, ligado a este planteamiento, resalta las que, a su juicio, son los dos elementos básicos que diferencian a la enfermedad de la discapacidad, lo que conlleva que la primera, a diferencia de la segunda, no pueda considerarse criterio típico de discriminación²⁰. Por un lado, se ha de tener en consideración el carácter “intestable”, contingente y/o temporal de la enfermedad, siendo ésta un pasajero y repetido. De otro, se debe valorar el hecho de que la enfermedad se singulariza por tener un carácter “universal”, dado que la misma viene a ser un estado que afecta de un modo u otro a la totalidad de las personas, lo que lleva a crear un elemento obstativo para poder distinguir un colectivo de la sociedad especialmente afectado²¹.

Tal como recuerda el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/2008, tres son los tipos de motivos de discriminación que podríamos calificar como típicos o normalizados:

1. los que de forma expresa vengan previstos por el texto constitucional;
2. aquellos factores que no están recogidos de forma expresa en la CE, pero que son «históricamente reconocibles de modo palmario» como discriminatorios «en la realidad social y jurídica»;
3. por último, aquellas razones o circunstancias que pudieran subsumirse en la cláusula genérica del art. 14 de «cualquier otra

¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

²⁰ *Vid.* B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, [*Despido relacionado con la enfermedad: Sentencia TC 62/2008, de 26 de mayo de 2008*](#), p. 3.

²¹ *Ibidem*, p. 5.

condición o circunstancia personal o social».

Todos estos motivos implican lo que se denomina un «juicio de irracionalidad en el trato desigual», aun cuando éste es diferente según se esté ante una razón del trato desigual por alguno de los motivos que se relacionan de forma expresa en la Constitución como factores de discriminación, en cuyo caso no es necesaria la justificación de la falta de racionalidad, y las restantes situaciones o tipos de motivos de discriminación, para los cuales el juicio de irracionalidad se ha de realizar «inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para preciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación [...] sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada de ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados» (STC 62/2008, FJ 5).

Por consiguiente, la prohibición de discriminación por enfermedad únicamente entraría a entenderse que concurre cuando nos encontremos en aquellas situaciones en las que los criterios de trato diferenciado merecen un especial reproche, llevando a la estigmatización y marginación del colectivo. Y es ahí donde encuentra sentido no tanto la propia expresión literal del art. 2 de la Ley 15/2022, en el cual, como se sabe, no se realiza mención alguna al mencionado carácter estigmatizante de las causas de discriminación, pero sí una dicción articulada de tal precepto, por un lado, dentro de los términos recogidos en la exposición de motivos de la ley, en la cual sí que se realiza una expresa alusión a tal carácter estigmatizante, y, de otro, dentro del propio sentido teleológico con el que se define el art. 9.1 de esta misma ley, cuando se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, público o privado²².

En conclusión, se deberá entender que nos encontramos ante una situación discriminatoria cuando la enfermedad –factor de discriminación ligado a un rasgo o condición de la persona– sea utilizada –factor del resultado– como criterio de segregación o incluso persecución, vulnerando la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes. Y a tal entendimiento no obsta el hecho de haberse incluido en el apartado 3º del art. 2 de la Ley 15/2022, la expresa mención, en la línea que ya se prevé en

²² *Vid.* R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 48.

el art. 6.3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, a que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». Dicha previsión por la que se posibilita expresamente determinadas diferencias de trato relacionadas con la enfermedad no debe interpretarse como expediente que lleve a entender que se produce con ello una modificación en el concepto de discriminación por enfermedad, y ello aun cuando tal previsión no se recoja para el resto de las causas de discriminación enumeradas en el art. 2.1. Con tal previsión lo más que se viene a matizar es establecer determinadas puntualizaciones respecto de esta causa de discriminación, de forma que más allá de las diferencias inherentes al propio padecimiento de la persona por la enfermedad de la que adolece, no cabe de ningún modo permitir diferencias de trato diferentes a «las limitaciones objetivas que la enfermedad imponga en relación con determinadas actividades o de las exigidas por la salud pública»²³. En fin, tal disposición de la norma lo que vendría a articular es una suerte de garantías adicionales con un fin preventivo-promocional, «que podrían aplicarse sin necesidad de acreditar la concurrencia de discriminación»²⁴, actuando así como expediente con el que combatir la normalización sistémica de las desigualdades que vienen recayendo sobre las personas enfermas.

En cualquier caso, sí que hay que advertir que la prohibición de discriminación no precisa para llegar a concluir que concurre el que se realice un contraste con un tercero, siendo sólo preciso el que se constate la concurrencia del factor de discriminación ligado a un rasgo o condición de la persona –la enfermedad– y el factor del resultado, como criterio de segregación o incluso persecución de quien o quienes la padecen (así, entre otras, la STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5; o la STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

Para finalizar, una cuestión adicional que se plantea es cómo se articula la previsión legal del art. 2 de la Ley 15/2022, referida a la enfermedad y la doctrina jurisprudencial derivada de los pronunciamientos del TJUE en materia de discriminación por discapacidad, en el sentido de haber sido consideradas las situaciones de enfermedad de larga duración como supuestos de discapacidad. A este respecto, tomando en consideración cuanto nos precede respecto de qué se ha de considerar como discriminación por enfermedad, habría que concluir que deberá tratarse

²³ *Ibidem*, p. 53.

²⁴ *Vid.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, p. 109.

como discriminación por enfermedad las situaciones de enfermedad de larga duración cuando las mismas se conformen como un factor de segregación o de estigmatización de la persona que la padece, y no debiendo centrarse para valorar si nos encontramos en estas situaciones en el hecho de la duración mayor o menor de la dolencia que le aqueja. Ahora bien, como de forma acertada se ha indicado, «lo que no es irrelevante es el carácter estigmatizante de la enfermedad padecida, porque si dicho carácter no se da no estaremos ante un supuesto de discriminación por enfermedad, aunque sí podríamos estar ante un supuesto de discriminación por discapacidad»²⁵.

2.3. La condición de salud como causa de discriminación

Cuando el art. 2 de la Ley 15/2022 hace referencia a la prohibición de discriminación por razón de enfermedad ello no lo hace de forma exclusiva, puesto que viene a ligarlo con otra circunstancia como es la de la “condición de salud”. Tal ligazón se realiza con la conjunción disyuntiva “o”, pudiendo, a este respecto, plantearse dos opciones: que la misma lleve a una equivalencia entre enfermedad y condición de salud, o bien, que haya una redacción de ambas situaciones que se establecen como alternativas. A mi juicio, la voluntad del legislador es la de establecer una diferencia, separación o alternativa entre uno u otro término, de modo que con la referencia expresa a esta circunstancia se pretende ampliar el estatuto garantista previsto en la norma, de modo que se abarquen aquellas situaciones en las que la persona no se encuentra aquejada de una enfermedad en sentido estricto, esto es, no sufra un deterioro de su estado de salud, pero que sí se encuentre en un estado o situación fisiológica o morfológica que le coloca en un estadio previo a la posible contracción de una enfermedad, o bien, partiendo de que la persona está afectada por una enfermedad concreta la misma la predispone a sufrir otra u otras enfermedades que agravarían su estado de salud y, por tanto, la incapacitarían para la prestación de trabajo que realiza en el momento actual.

Hermenéutica que encontraría su apoyo tanto, desde el punto de vista lingüístico, en las recomendaciones²⁶ en materia del uso de la terminología médica por parte de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) y de la

²⁵ Vid. R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 54.

²⁶ A este respecto, sobre el término “condición”, que no es equivalente al de enfermedad, vid. *Condición no es enfermedad*, en *Diccionario de Términos Médicos – Recomendaciones y consultas publicadas por FndéuRAE*, Real Academia Nacional de Medicina de España.

Real Academia Nacional de Medicina de España, como en base una interpretación contextual de tal término en el marco de las previsiones normativas ligadas a las causas de discriminación en el contexto de la Ley 15/2022, de modo que la interpretación del sustantivo “condición” no llevaría a ser entendido como equivalente a “enfermedad”, abriendo así, como hemos destacado, el ámbito jurídico protector de la norma.

Con ello encontraría acomodo toda una serie de dolencias que, en principio, como tales no afectan o limitan la vida profesional de quien la padece, pero que el momento en el que las mismas interactúen con otras situaciones que lleven a crear un obstáculo para la participación plena y activa de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras, nos encontraríamos ante una manifiesta situación discriminatoria ya que tal condición de salud actúa como elemento de segregación o estigmatización de la persona que la padece.

En este contexto encontraría acomodo situaciones de salud tales como, entre otras, la obesidad, sobrepeso²⁷, diabetes, hipertensión, miocardiopatía, adicciones a sustancias y/o conductuales, e incluso, las dolencias que afectan a las personas por razón de edad que no conllevan limitaciones actuales para el ejercicio de la prestación laboral. Todas estas situaciones, en término general, no suponen una alteración actual de las capacidades para prestar la relación jurídico-laboral comprometida, pero que en razón a su padecimiento las predisponen a constituir un colectivo de personas trabajadoras con mayor predisposición tanto a padecer otras patologías y/o enfermedades o bien a incurrir en situaciones de incapacidad laboral, convirtiéndolas en un colectivo susceptible de ser destinatario de actuaciones y medidas empresariales peyorativas para su patrimonio profesional y segregadoras.

En esta línea se entienden los diferentes pronunciamientos judiciales tanto a nivel estatal como en el ámbito comunitario que, a pesar de no ser muy numerosos, sí que son relevantes, puesto que representaban una llamada de atención a tales situaciones discriminatorias y la necesidad de que fueran rechazadas por su carácter repugnante y estigmatizante²⁸.

²⁷ Ambas contempladas como factores para los que se prevé de forma expresa la prohibición de discriminación en el art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

²⁸ Para un análisis más detallado de las mismas, remito al muy interesante y detallado estudio de R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 67 ss.

2.4. El estado serológico como causa de discriminación

En cuanto a la causa de discriminación referida al estado serológico, de nuevo se repite la indefinición legal de tal término. A este respecto, desde el punto de vista médico, se considera como tal la situación en la que una persona cuenta o carece de anticuerpos contra un antígeno específico, lo cual se puede cuantificar a través de una específica prueba serológica.

Al igual que con la causa referida a condición de salud, aun cuando tales situaciones se ligaban al estatuto protector ligado a la prohibición de discriminación por enfermedad (*v. gr.*, las personas portadoras del VIH/SIDA²⁹), el hecho de venir prevista de manera expresa conlleva una ampliación del estatuto garantista y protector de tales personas.

2.5. La predisposición genética como causa de discriminación

Por último, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 incluye como causa de discriminación a la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos. Nuevamente nos encontramos ante una indefinición legal de esta causa, lo cual no obsta a que la misma deba de integrarse en orden a la interesante actividad convencional –normativa– que en torno a la misma se ha dado tanto a nivel de organismos internacionales (como la ONU, OIT) y regionales (Consejo de Europa y Unión Europea), como en diversos pronunciamientos judiciales en tales ámbitos, además de venir expresamente prevista en diversas normas autonómicas³⁰.

La oportunidad de inclusión de esta causa, a mi juicio, es más que plausible, dada las dificultades que conlleva el reconducir la misma –como ocurre con los anteriores supuestos– a las situaciones de discapacidad y/o enfermedad, y ello por la propia definición de qué se ha de entender por predisposición genética.

En este caso nos encontramos no con una dolencia en concreto, actualizada y actualizable, sino con una situación que conlleva a un incremento –real (derivado de concretas pruebas genéticas) o probable (por antecedentes familiares, por raza, por motivos relacionados con la edad, etc.)– de las posibilidades de desarrollo de una enfermedad con un plazo temporal, en principio, indeterminado.

Obviamente, la propia determinación de esta situación y, con ello, de

²⁹ A este respecto, entre otras, la STEDH 3 octubre 2013, asunto 552/10, *IB c. Grecia*, o la STEDH 10 marzo 2011, asunto 2700/10 *Kjútín c. Rusia*.

³⁰ A este respecto, me permito remitir para un estudio detallado y exhaustivo a la monografía de la profesora R. AGUILERA IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 73 ss.

la evaluación de ese aumento de probabilidades o posibilidades de contraer una enfermedad específica debido a la presencia de una o más variantes genéticas conlleva una indagación sobre el patrimonio genético de la persona, lo cual nos sitúa en un estadio adicional que gira sobre el acceso a la información genética del sujeto que adopta decisiones sobre tal aspecto y que las mismas conlleva la adopción de medidas segregadoras y estigmatizantes de la persona que se encuentra en tal situación.

Este planteamiento general trasladado al contexto del desarrollo de las relaciones laborales supone la apertura de algunos nodos problemáticos tales como el uso y acceso de las pruebas médicas obligatorias ligadas al seguimiento y/o control genético de las personas trabajadoras que vienen impuestos para poder prestar una determinada actividad o puesto de trabajo, o bien, hasta qué punto es asumible –desde el plano de preservación del principio de no discriminación– la selección de las personas para la cobertura o mantenimiento de un puesto de trabajo teniendo en consideración tales pruebas genéticas que indagan en el patrimonio genético de una persona. No es éste el espacio donde poder abordar tales interrogantes, pero sí se advierte acerca de la importancia de tener en consideración las mismas, puesto que en función de la respuesta que se dé a ellas así nos situaremos en el juicio de razonabilidad y oportunidad de las medidas, la existencia de las pautas discriminatorias, y cuál es el alcance que estas puedan tener en el momento de su materialización por el sujeto empleador en cualquiera de las fases de ejecución de la prestación laboral, desde el momento de la selección hasta el de la finalización de la misma.

3. Breve reflexión final

La aprobación de la Ley 15/2022 y el reconocimiento expreso en la misma de diferentes causas de discriminación relacionadas con la salud de la persona trabajadora ha abierto un interesante debate acerca del alcance e implicaciones jurídicas que ello conlleva.

El punto en el que se encontraba el debate con anterioridad a esta norma no era especialmente reluctante al reconocimiento por los tribunales de justicia comunitarios y estatales de situaciones discriminatorias relacionados con el estado de salud de la persona trabajadora. Ahora bien, en muchos casos, tal estado de situación quedaba ensombrecido por las dificultades que entrañan el reconducir determinadas medidas empresariales que estaban relacionadas con la salud de las personas y su prestación laboral a los espacios de protección vinculados a las situaciones de discapacidad y enfermedad.

A mi juicio, el que se hayan especificado y previsto causas de discriminación que van más allá de ambas situaciones posibilita al aplicador jurídico un nuevo espacio de acción frente a acciones discriminatorias con perfiles y caracteres que no se podían reconducir fácilmente la enfermedad y discapacidad³¹. Se abre así, de un lado, una importante labor de delimitación de los conceptos de las nuevas causas de discriminación ligadas a la salud de las personas trabajadoras, y, de otro, la necesaria delimitación de los elementos que caracterizan a la prohibición de discriminación en este contexto relacionado a la salud, y, por ende, a la esfera más íntima de sus derechos fundamentales.

4. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO R. (2023), [*La discriminación por motivos de salud ante la contratación y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*](#), BOE
- ALONSO OLEA M. (1983), *Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 16, pp. 603-614
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución*](#), en *Temas Laborales*, n. 165
- BAYLOS GRAU A. (2022), [*La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*](#), en [*baylos.blogspot.com*](#), 14 julio
- FERNANDEZ BERNAT J.A. (2020), *Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIERNO, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2020), [*Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección*](#), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 446, pp. 31-55
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., [*Despido relacionado con la enfermedad: Sentencia TC 62/2008, de 26 de mayo de 2008*](#), pp. 1-16
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J. (2018), [*A vueltas con la calificación del despido por enfermedad*](#), en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 209, pp. 183-218

³¹ Ejemplo de ello son las recientes sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 80/2023, de 19 de junio; 4/2024, de 22 de enero; 18/2024, de 13 de febrero, en las que aplicando las previsiones de la Ley 15/2022 declara nulas determinadas cláusulas convencionales por discriminatorias para las personas trabajadoras aquejadas de dolencias o en situación de incapacidad temporal.

- MOLINA NAVARRETE C. (2015), *[Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring](#)*, en *Temas Laborales*, n. 130, pp. 135-159
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2020), *El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIERNO, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum
- OBSERVATORIO ESTATAL DE DISCAPACIDAD (2022), *[Informe sobre Mujeres y Hombres en España 2020: cifras de discapacidad](#)*
- SAGARDOY BENGOCHEA J.A. (1991), *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Acarl
- SERRANO ARGÜELLO N. (2008), *Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el Derecho se aleja de la Justicia*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 18, pp. 1-22
- SUPIOT A. (2011), *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península

Claves para la integración de las personas LGBTI en un circuito laboral heteronormativo*

Marina FERNÁNDEZ RAMÍREZ**

RESUMEN: La inclusión de la diversidad se ha convertido en una condición basal para el crecimiento de las sociedades y de las empresas. Sin embargo, las personas LGBTI se enfrentan a la discriminación, la violencia y el acoso por su orientación sexual, su identidad y expresión de género y sus características sexuales, en todos los ámbitos. Por supuesto, el mundo del trabajo queda afectado, tanto para encontrar un empleo como a lo largo de todo el ciclo laboral. Pese a los avances legislativos, siguen integrando un grupo vulnerable que exige de una atención y protección jurídica *ad hoc*. Precisamente, el fin de este ensayo es analizar si el paquete normativo español en materia de igualdad recientemente aprobado brinda respuestas adecuadas y eficaces para un cambio del entorno laboral, orientadas a construir espacios más respetuosos e integradores con las minorías y, particularmente, con la LGTBI.

Palabras clave: Minorías, segregación laboral, igualdad, tendencias normativas.

SUMARIO: 1. Planteamiento preliminar. 2. Impacto del escenario sociolaboral español en las personas LGTBI. 2.1. Discriminación por identidad de género y orientación sexual. 2.2. Delitos de odio. 2.3. Exposición a riesgos psicosociales derivados de comportamientos LGTBI-fóbicos. 2.4. Mujeres (particularmente Trans) como principales damnificadas en el ámbito laboral. 3. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. 4. Los nuevos

* Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación *Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital*, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación de fondos FEDER (Ref. UMA18 FEDERJA 028), Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”; Proyecto de Investigación *Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva* (Ref. PPRO-SEJ-347-G-2023), Universidad de Málaga, Equipo de Investigación “Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital” (Ref. PID2021-124031NB-C44); Proyecto de Investigación *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores* (Ref. D5-2022_06); Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”.

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



Planes de Diversidad e Inclusión LGTBI en empresas. 4.1. Implantación de un Plan LGTBI. 4.2. Contenido obligatorio del Plan. 5. La negociación colectiva como hábitat natural de los Planes LGTBI. 6. Balance crítico y propuestas de mejora. 7. Bibliografía.

Keys to the Integration of LGBTI People in a Heteronormative Labour Market

ABSTRACT: Diversity inclusion has become a baseline condition for the growth of societies and businesses. However, LGBTI people face discrimination, violence and harassment on the basis of their sexual orientation, gender identity and expression and sexual characteristics, in all spheres. Of course, the world of work is affected, both in finding a job and throughout the employment cycle. Despite legislative advances, they still constitute a vulnerable group that requires *ad hoc* attention and legal protection. Precisely, the aim of this essay is to analyse whether the recently approved Spanish legislative package on equality provides adequate and effective responses for a change in the working environment, aimed at building more respectful and inclusive spaces for minorities and, particularly, for LGBTI people.

Key Words: Minorities, occupational segregation, equality, regulatory trends.

La tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. En estas condiciones, en determinadas sociedades democráticas puede considerarse necesario sancionar o incluso impedir todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia.
TEDH 6 julio 2006, rec. 59405/00, *Erbakan v. Turquía*, § 56

1. Planteamiento preliminar

Las sociedades evolucionan hacia morfologías cada vez más diversas y complejas¹ y esta realidad, requiere estrategias de inclusión dirigidas a satisfacer las necesidades de diferentes grupos y perfiles presentes en el entorno. Es cierto que existe una opinión generalizada en cuanto a que la sociedad española es de las más abiertas y tolerantes de Europa², y que nuestras empresas tienden a ser, cada vez más, un reflejo de tal diversidad al replicar esas mismas necesidades de atención a la diferencia³. Pese a esta máxima, las personas de la comunidad LGBTIQ+ (Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans, Travesti, Intersexual, Queer y otras identidades no incluidas en las anteriores) se enfrentan hoy a la desigualdad, la discriminación, la violencia y el acoso por su orientación sexual, su identidad de género, su expresión de género y sus características sexuales, en todas sus dimensiones, incluido el mundo del trabajo. Y aunque no existe mejor herramienta para la integración social que el empleo, sin embargo, han de encarar la segregación tanto para el acceso a un puesto profesional, como a lo largo de todo el ciclo laboral.

A la discriminación en el trabajo se la define como «cualquier tipo de distinción, exclusión, eliminación o violencia establecida por motivos de raza, color sexo, religión, opinión política o cualquier tipo de acción que tenga por efecto alterar y afectar a igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»⁴. Ahora bien, existen otras características como

¹ M. HALBWACHS, *Morphologie sociale*, Colin, 1970, p. 12.

² Cfr. Ó. MUÑOZ (dir.), *La diversidad LGBT en el contexto laboral en España*, Mpátika, 2019, p. 13.

³ OIT, *Transformar las empresas mediante la diversidad y la inclusión*, 2021.

⁴ Como ha señalado la OIT, «toda discriminación produce efectos desiguales que ponen a las víctimas en una situación de desventaja, lo cual dificulta su acceso a oportunidades de empleo y, a mayor abundamiento, a la igualdad de trato en el lugar de trabajo» (OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT*

la orientación sexual y la identidad de género que, de la misma manera, alteran la igualdad de oportunidades de las personas y perjudican su ambiente de trabajo⁵.

Como todo rechazo, el sufrido por las personas LGTBI es resultado de prejuicios sociales⁶ que conducen a la estigmatización del correspondiente colectivo, colocándolo en una situación de desventaja social y, por ende, jurídica⁷. La discriminación es múltiple en base a las circunstancias y la forma en la que se produzcan, pero se pone especialmente de manifiesto en los entornos laborales de modo que, a pesar de la existencia de disposiciones que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual en el lugar de trabajo, las personas LGTBI tienen más dificultades para promocionarse laboralmente. En muchas ocasiones, la discriminación trasciende a otros estadios dado que sufren el hostigamiento de los/as compañeros/as de trabajo enfrentándose a experiencias diarias de violencia, acoso, estigma y aversión⁸, lo que hace que escondan su orientación sexual⁹. Estas formas de segregación, no se producen solo en el lugar de trabajo sino que también actúan, previamente, limitando el acceso de este colectivo al empleo, a la formación profesional, e incluso una vez que se ha logrado acceder al empleo, pueden evitar que la persona progrese en su carrera profesional y limitar su promoción.

Como hemos advertido *supra*, es una realidad que la población es más diversa, por lo que la diversidad social también está presente en el mercado de trabajo. A ella debe ir unida la inclusión, si bien, dado que el ser humano por naturaleza no es inclusivo, tenemos que forzar culturas integradoras.

relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 2003, 91ª Reunión, p. 19 ss.).

⁵ Paradigmática la Sentencia 30 abril 1996, asunto C-13/94, P. c. S., en la que el TJUE declaró que un despido motivado por el cambio de sexo de una persona o por la voluntad de una persona de cambiar de sexo constituye una discriminación, al dispensarse a dicha persona un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de su operación.

⁶ Un análisis elaborado por la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Pittsburgh manifestaba que los hombres que se identifican como heterosexuales tienen tres veces más de probabilidades de clasificar la bisexualidad como una orientación sexual no legítima. Los resultados fueron expuestos recientemente en la [141ª reunión anual de la American Public Health Association \(APHA\), Boston, 2-6 noviembre 2013](#).

⁷ J.M. MORALES ORTEGA, *Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2022, n. 1, p. 221.

⁸ Cfr. OIT, *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) en el mundo del trabajo: una guía de aprendizaje*, 2022, p. 29 ss.

⁹ Vid. AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Homofobia y discriminación por motivos e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea. Informe de síntesis*, 2009.

Pero es que, además, la economía globalizada requiere formas modernas de empleo, es decir, exige conceptos de dirección empresarial adaptados al momento que permitan al personal utilizar su identificación y sus competencias con éxito y de modo significativo, al margen de su nacionalidad, edad y género. Esa diversidad hay que situarla en la estrategia de gestión del talento empresarial¹⁰.

Ciertamente, cada vez son más las empresas que deciden incluir, como parte de sus políticas de responsabilidad social corporativa, el compromiso con la diversidad para garantizar la igualdad de trato, con independencia de la orientación e identidad sexual. Sin embargo, también es verdad que la inclusión responde, con más frecuencia de la deseada, a objetivos empresariales – económicos y de imagen corporativa – más que a un objetivo de normalización laboral¹¹. En cualquier caso, dado que el mensaje inclusivo coadyuva a crear entornos seguros de trabajo para este colectivo, hay que seguir insistiendo. Y, en este sentido, plataformas como la Red Empresarial española por la Diversidad y la Inclusión LGBTI (REDI), integrada por una serie de empresas y profesionales, de múltiples sectores, con el objetivo común de fomentar un ambiente inclusivo y respetuoso en sus propias organizaciones, contribuyen a hacer más visible su compromiso con el respeto y la inclusión de la diversidad LGBTI en entornos laborales, tanto públicos como privados¹².

Desde la vertiente normativa, las últimas décadas han supuesto un avance en los derechos y la protección legal de las personas LGTBI¹³, y la discriminación laboral hacia este colectivo ha captado una atención importante por parte de organismos internacionales. Cada vez es más frecuente la introducción de políticas inclusivas que permiten ofrecer un entorno de trabajo adecuado para estos trabajadores. Este compromiso se lleva a cabo al amparo de normativa ya en vigor y con la mirada puesta en la que se encuentra actualmente en tramitación.

¹⁰ A. LARA-GARCÍA, Á. ESQUIVEL-ZEPEDA, S. QUIJANO-GUTIÉRREZ, *Importancia de la diversidad cultural en la empresa global*, en *593 Digital Publisher CEIT*, 2021, n. especial 6-1, p. 81.

¹¹ J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 219.

¹² REDI es el primer ecosistema de empresas y profesionales en España que trabaja para fomentar entornos laborales seguros y respetuosos con todas las personas, independientemente de su identidad, características sexuales, expresión de género u orientación sexual.

¹³ M.T. VELASCO PORTERO, *Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153; Y. CANO GALÁN, *Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019.

En el contexto europeo, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo se consagran en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De acuerdo con el artículo 2 del Tratado UE, la Unión «se fundamenta en valores universales de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». A su vez, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad y discapacidad en el ámbito del empleo, la ocupación y áreas relacionadas, como la formación profesional y la afiliación en una organización de trabajadores o de empresarios.

Actualmente, la diversidad constituye un parámetro transversal para avanzar en la Agenda 2030 de la ONU¹⁴ y, especialmente, en el ODS 10 (reducción de la desigualdad) cuya pretensión es no dejar a nadie atrás. Igualmente, y para contribuir a la inclusión de las personas LGBTI en el mundo del trabajo, la OIT ha elaborado una guía de aprendizaje dirigida a los representantes de los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y otras partes interesadas¹⁵. La guía apunta a contribuir en el proceso de identificación y diseño de respuestas locales a medida para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para las personas LGBTI en el trabajo. En esta línea, cabe citar, también, el proyecto PRIDE¹⁶ que lleva a cabo investigaciones sobre la discriminación de personas trabajadoras lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en todo el mundo y pone de relieve las buenas prácticas que promueven una inclusión significativa.

Respecto a la legislación española, somos uno de los referentes a nivel mundial de derechos LGTBI¹⁷, no solo en cuanto al matrimonio igualitario o la adopción (reforma Código Civil 2005), sino contra cualquier tipo de discriminación como bien recoge el artículo 14 Constitución (CE), el artículo 510 apartado 2 del Código Penal (CP) o el 22 en referencia a los

¹⁴ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015.

¹⁵ Cfr. OIT, *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) en el mundo del trabajo: una guía de aprendizaje*, cit., p. 7.

¹⁶ Vid. OIT, *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE*, 2012.

¹⁷ España es uno de los países europeos donde más gente se identifica como LGTBIQ+ y es que la población española es la primera en el ranking mundial (68%), junto con Tailandia, que más apoya que la diversidad de género u orientación sexual sea pública y no se tenga que relegar únicamente al ámbito privado. Cfr. IPSOS, [LGBT+ Pride 2024. A 26-Country Ipsos Global Advisor Survey](#), 2024.

delitos de odio, artículos 4 y 17 Estatuto de los Trabajadores (ET), sin olvidar los artículos 8.12, 8.13-*bis* y 16.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) que castigan conductas atentatorias a la libertad o condición sexual, o el artículo 14 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Pero, además, en los últimos cinco años se han aprobado numerosas reformas en materia de igualdad tales como el RD Ley 6/2019, de 1 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; tras él, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; y, asimismo; Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Por su parte, la nueva Ley de Empleo (Ley 3/2023; LEM) incluye a las personas LGTBI, en particular a las personas trans, dentro de los colectivos de atención prioritaria¹⁸ (art. 50.1).

Con todo, el hito normativo español más reciente y destacado lo constituye la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. El texto establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas frente a cualquier forma de discriminación; el Título I se dedica a la *Actuación de los poderes públicos* y define sus criterios y líneas generales de actuación y las «políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI»; el Título II se refiere, entre otras, a la «estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans».

No obstante, pese a los logros y a tenor de los datos empíricos, no podemos decir que el rechazo y la discriminación contra la comunidad LGTBI estén erradicados, ni que la igualdad real se haya conseguido, especialmente, en el lugar de trabajo. De hecho, estudios muy recientes sobre la materia constatan que los prejuicios hacia las personas homosexuales o transexuales siguen orientando a algunos empleadores a discriminarlos en la contratación y a los compañeros de trabajo a dispensarles un trato peyorativo¹⁹. Basándonos en esta premisa, nuestro objetivo fundamental es determinar los factores que frenan tanto el acceso

¹⁸ E. CASTRO SURÍS, *La nueva ley de empleo a la luz de la STC 67/2022 no discriminación por identidad de género*, en *Revista justicia & trabajo*, 2023, n. extra., p 122 ss.

¹⁹ *Vid.* T. ABAD, M.G. GUTIÉRREZ, *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023. Retos y soluciones*, 2023, p. 25.

de la comunidad LGBTI al pleno empleo como la estabilidad y mantenimiento del mismo, pero, también, los efectos derivados de tal situación segregadora. Asimismo, nos proponemos dilucidar si la maquinaria normativa vigente brinda respuestas adecuadas para un cambio del mundo laboral, de cara a construir espacios más respetuosos y tolerantes con las diferencias y si son suficientemente eficaces para que la plena integración de la minoría LGTBI se convierta en un hecho consolidado.

2. Impacto del escenario sociolaboral español en las personas LGTBI

Los derechos de las personas LGTBI viven en la actualidad una situación un tanto paradójica. Por un lado, es una comunidad en plena expansión vital y de todo orden. Por otro, se verifican, casi a partes iguales, avances y retrocesos a lo largo y ancho del globo y, además, de forma simultánea²⁰. España es uno de los países del mundo con mayor población LGTBI. Alrededor de un 14% de personas no se consideran heterosexuales y un 4% de la población asegura no sentirse identificada con las categorías de género hombre y mujer, según la última encuesta de Ipsos Global Advisor²¹. A grandes rasgos, puede decirse que en España la “calidad de vida” de la comunidad LGTBI es alta, en comparación con el resto de los países del mundo y de nuestro entorno. Toda una serie de datos estadísticos parecen atestiguar que en nuestro país las personas LGTBI sufren una menor discriminación que en la mayoría del resto de países que se evalúan en los estudios, de acuerdo a muy diversos indicadores.

Ahora bien, pese a que las diferentes identidades de género y orientaciones sexuales parecen estar cada vez más aceptadas, existe todavía una realidad sociocultural en la que las personas LGTBI sufren discriminación y luchan por alcanzar visibilidad e igualdad en todos los ámbitos de la sociedad. Estos códigos culturales se extienden al mundo laboral, donde la segregación que sufren también es múltiple en base a las circunstancias y la forma en la que se produce, de modo que, a pesar de la existencia de disposiciones que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual en el lugar de trabajo, estas personas encuentran múltiples barreras para promocionarse. En concreto, el 7% afirma haber sufrido consecuencias laborales adversas (no ascender, no conseguir un

²⁰ I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas*, en *Estudios de Deusto*, 2019, n. 1, p. 130.

²¹ IPSOS, *Global Advisor Predicciones para 2023*, 2022.

aumento de sueldo, etc.) por ser LGTBI y el 2% perdió su trabajo por la misma razón²². Además, padecen el hostigamiento en el trabajo lo que hace que, normalmente, oculten su orientación sexual²³.

Cierto es, que existen diferencias en la situación del colectivo LGTBI, incluso, dependiendo del sector productivo, de modo que hay entornos más inclusivos que otros²⁴. Pero aún así, los datos estadísticos reflejan que una persona LGTBI tiene, por promedio, un 7% menos de posibilidades de conseguir empleo y que un 4% gana menos; un 90%, considera que su orientación sexual o identidad de género es un inconveniente a la hora de encontrar trabajo y un porcentaje similar, el 86,6%, considera necesario ocultarlo a la hora de hacer una entrevista. Por su parte, el 36% de las personas LGTBI han escuchado rumores sobre su orientación sexual o identidad de género en el trabajo; el 36% habrían escuchado chistes o comentarios negativos sobre este colectivo; el 13% han presenciado burlas o insultos por ser LGTBI. En los últimos cinco años, prácticamente tres de cada diez personas afirman haber sufrido acoso o discriminación y más de un 8% dice haber sufrido agresión física o sexual en ese periodo²⁵.

Abundando en lo expuesto, señalamos que, dentro del propio colectivo LGTBI, hay segmentos más perjudicados que otros como, por ejemplo, las personas trans. Sabemos que, en 2023, la violencia verbal contra estas personas ha aumentado un 20% respecto a 2020. Un 68% afirma haber sufrido ataques verbales como insultos, chistes, calumnias, comentarios, gestos y actitudes despectivas. Y, a la hora de buscar trabajo, un 55% de personas trans aseguran haber sido rechazadas directa o indirectamente²⁶. Sin embargo, el 19% de los españoles cree que las personas trans sufren poca o ninguna discriminación y tres de cada diez personas no están de acuerdo en incluir alternativas a hombre y mujer en documentos oficiales como pasaportes²⁷. En fin, todo ello evidencia una clara necesidad de protección *ad hoc* con relación a la población LGTBI en las relaciones

²² Vid. J.I. PICHARDO (coord.), *Guía ADIM LGTB+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2019, p. 9 ss.; C. RUIZ CÓRDOBA, *La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género*, en *Ebquidad*, 2021, n. 16, p. 145.

²³ Cfr. J.I. PICHARDO (coord.), *op. cit.*, p. 7 ss.

²⁴ Vid. IMOP INSIGHTS, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2017, p. 29; INNICIA, MINISTERIO DE IGUALDAD, *Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans*, 2022.

²⁵ Según el FELGTBI+, *Estado del odio: Estado LGTBI+ 2023*, 2023, p. 9 ss.

²⁶ Cfr. T. ABAD, M.G. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ Vid. IPSOS, *LGBT+ Pride Study 2023. Global Survey*, 2023, p. 2 ss.

laborales²⁸.

Hay que destacar que la mayoría de las encuestas que realizan comparaciones entre países se refieren a la opinión subjetiva, siendo más difícil comparar, por ejemplo, casos de delitos. La situación de España en el mundo desde el punto de vista más institucional recogiendo la realidad legal y las políticas de derechos humanos, lo convierte en uno de los países más avanzados²⁹. Anualmente, ILGA-Europe elabora el *Rainbow Europe Map and Index*³⁰, donde clasifica la situación legal y política de las personas LGBTI en 49 países europeos durante los últimos 12 meses y, en líneas generales, se ha detectado una tendencia por llenar los vacíos que existen en torno a los derechos LGTBI y por impulsar nuevos estándares ante las recientes amenazas a la democracia.

Ahora bien, como viene sucediendo en años anteriores España muestra una tendencia descendente y ha bajado 4 puestos en la clasificación europea. Este año, se ha situado en el 11º puesto (de 49 países), lo que supone un descenso en la clasificación respecto a años anteriores. Sin ir más lejos, en 2020 y 2021 ocupó el 6º puesto, lo que indica que se está ralentizando el progreso de los derechos del colectivo en el territorio español. La situación es particularmente grave si tenemos en cuenta que nuestro país ha sido siempre un referente en derechos LGTBI y, precisamente, en 2011 ocupó el 2º puesto en el ranking. Esto implica una clara llamada de atención para seguir dando pasos adelante y no estancarnos en réditos del pasado.

En síntesis, puede decirse que, aunque no se percibe una discriminación generalizada, la idea de que no se ha logrado la plena normalización de las personas LGBT en el trabajo sigue apareciendo con relativa intensidad en todos los informes que se realizan al respecto, así como en las reflexiones de los grupos de expertos. Por el momento, se mantienen unas variables segregadoras, estructurales e íntimamente vinculadas al empleo del grupo LGBTI, que pasamos a analizar.

²⁸ E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Miradas y desafíos jurídicos-laborales a la diversidad sexual y de género. Especial atención al factor edad*, Dykinson, 2024, p. 35 ss.

²⁹ Según el estudio anual elaborado por ILGA-WORLD, *Nuestras identidades bajo arresto: Un panorama global de la aplicación de normas que criminalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo y las expresiones de género diversas*, 2023, y que es una de las mejores radiografías existentes sobre la situación de las personas LGBTIQ+ en el mundo.

³⁰ Vid. ILGA-EUROPE, *Rainbow Europe Map and Index 2023*, en www.ilga-europe.org, 11 mayo 2023.

2.1. Discriminación laboral por identidad de género y orientación sexual

Del mismo modo que el sexo y la raza, la identidad de género y la orientación sexual están ligadas a aspectos fundamentales de la identidad humana y afectan al núcleo del derecho a la integridad física y mental de las personas³¹. Esta diferenciación cuenta con implicaciones legales, especialmente, para la efectiva protección del colectivo LGTBI. Aun así, la orientación sexual es otra de las manifestaciones de discriminación menos tratadas (hasta hace escasos años), pero en la actualidad ocupa una parte destacada de la actividad de la UE³². La orientación sexual contemplada *ex* artículos 10 y 19 TFUE no está definida ni en las normas comunitarias ni en las españolas, por lo que se suele acudir a las definiciones internacionales en las que se señala que «se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género»³³. Generalmente, los asuntos relativos a la discriminación por motivos de orientación sexual atañen a personas que reciben un trato menos favorable por su condición de homosexual, bisexual o transexual, pero esta característica también prohíbe la discriminación basada en el hecho de ser heterosexual³⁴.

En las dos últimas décadas, el desarrollo de la normativa sobre igualdad de trato en sentido amplio, la evolución de la teoría sobre la igualdad entre hombres y mujeres y sobre las discriminaciones interseccionales, y el reconocimiento de los derechos al desarrollo de la propia orientación sexual y de la identidad de género como dimensión del pleno desarrollo de la personalidad, han puesto de manifiesto la necesidad de precisar la definición de los conceptos de sexo y de género, para distinguirlos³⁵.

Cierta conciencia de la distinción aparecía ya en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 59/2008, de 14 de mayo (apartado *c* del FJ 9º) al precisar que el término género, que rubricaba a la Ley Orgánica 1/2004,

³¹ J. CABEZA PEREIRO, F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014.

³² *Vid.* E. CASTELLANO BURGUILLO, *Discriminación por orientación sexual y libertad de expresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, n. 238.

³³ Preámbulo de los [Principios de Yogyakarta](#) sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo de 2007.

³⁴ C. SÁEZ LARA, *Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5.

³⁵ *Cfr.* M.T. VELASCO PORTERO, *op. cit.*, p. 240 ss.

no se refería a una discriminación por razón de sexo. Por tanto, buena parte de la relevancia de esta sentencia radica en la conclusión a la que llega el TC apreciando que la identidad de género es una categoría independiente y diferente de la identidad sexual³⁶, pero que también se encuentra amparada por la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 CE y por el derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18 del mismo texto legal. Desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal Europeo ha considerado que la discriminación por la orientación sexual no queda amparada por la prohibición de discriminación por razón del sexo³⁷. El TJUE ha declarado³⁸ que el concepto de «condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional», que delimita las actividades profesionales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, debe entenderse en sentido amplio, abarcando el acceso a cualquier actividad profesional, sean cuales fueren la naturaleza y las características de esta. Esa conclusión resulta no solo del tenor de la Directiva, sino que se ve confirmada también por sus objetivos. A este respecto, el TJUE destaca que la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto eliminar, por razones de interés social y público, todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta.

Por su parte, el TC³⁹ define, por primera vez, la identidad de género (el juzgador prefiere dicho término) o sexual como «la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento» (FJ 3º). Mientras que la “expresión de género” significa «el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética». Por ejemplo, las personas transexuales. De hecho, en su progresión, y de conformidad con los pronunciamientos del TJUE, se ha considerado que la discriminación por la orientación sexual no queda amparada por la prohibición de discriminación por razón del sexo⁴⁰, se ha reconocido la posibilidad de discriminación múltiple (orientación sexual y

³⁶ A. SANZ PÉREZ, *La igualdad en las relaciones laborales. La discriminación “indirecta” por razón de sexo*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, n. 1.

³⁷ STJUE 17 febrero 1998, asunto C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*

³⁸ *Vid.* STJUE 12 enero 2023, asunto C-356/21, *J.K. c. TP S.A.*

³⁹ STC 67/2022, de 2 de junio.

⁴⁰ Asunto *Grant*, cit.

edad)⁴¹ y se ha establecido una conexión entre discriminación por asociación y orientación sexual⁴². Además, a criterio del TJUE, la Directiva 2000/78/CE también protege los estadios previos al acuerdo contractual, singularmente, cuando se hacen declaraciones en contra de la contratación de determinados colectivos de trabajadores por su orientación sexual, incluso cuando no haya un perjudicado concreto y el daño es meramente hipotético o potencial⁴³.

Al hilo de lo expresado, importa destacar un reciente pronunciamiento del TC⁴⁴, dado que es la primera vez que se plantea un asunto de discriminación laboral por razón de la identidad de género (recurso presentado por un trabajador transgénero). Con esta sentencia, se aprovecha la oportunidad para, en primer lugar, identificar qué se entiende por identidad de género y en qué medida ésta se diferencia de la identidad sexual; y, en segundo lugar, analizar si este elemento característico de las personas se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias, tal y como recoge el artículo 14 CE que enuncia la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por último, el TC analiza también el concepto de “transgénero”, ya que el demandante se identifica como “persona trans” y dado el estado «de indefinición actual de muchos de los conceptos asociados al estudio de la identidad de género».

2.2. Delitos de odio

La cotidianeidad de las personas LGTBI se entrecruza con manifestaciones de animadversión, tanto social como laboral, reforzadas por la diseminación de un discurso de odio dirigido contra esta comunidad en distintos contextos. No se debe olvidar que, además, las nuevas tecnologías juegan un papel esencial en la propagación de los distintos sesgos y discursos de odio (*hate speech*), que permean en la persona que los recibe y en el conjunto de la sociedad, perpetuando unos estigmas, mal

⁴¹ STJUE 24 noviembre 2016, asunto C-443/15, *David L. Parris c. Trinity College Dublin y otros*.

⁴² A.I. PÉREZ CAMPOS, *Discriminación por asociación*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, 2018, pp. 235-236.

⁴³ STJUE 23 abril 2020, asunto C-507/18, *NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*.

⁴⁴ STC 67/2022, cit.

concebidos, sobre algunos colectivos⁴⁵. En concreto, estos delitos relacionados con la orientación sexual en 2021 fueron 466, lo que representa un incremento del 67,7% respecto a 2019⁴⁶, mientras que en 2022 el delito de odio por orientación sexual e identidad de género ha sido la segunda causa de odio, suponiendo un 24,83% de estos hechos conocidos⁴⁷.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), a través de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos, define los delitos de odio como «cualquier infracción penal, ya sea contra las personas o contra la propiedad, en la que la víctima, el lugar o el objeto de la infracción sean seleccionados en base a su relación o pertenencia a un grupo minoritario discriminado en base a la etnia, origen nacional o étnico, el idioma, la religión, la edad, la orientación sexual u otros factores similares, sean estos reales o percibidos»⁴⁸. A su vez, la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁴⁹, establece importantes disposiciones procesales, como el derecho a ser oído, a entender y a ser entendido, el derecho a recibir información y a presentar una denuncia, y el derecho de acceso a los servicios de apoyo. Esta Directiva es un instrumento para la armonización que establece normas mínimas que deben aplicarse en toda la Unión.

Con todo, no existe una definición universalmente aceptada de “discurso de odio” en el Derecho Internacional. Según un reciente informe emitido por la UNESCO que estudió las distintas definiciones de discurso de odio en el Derecho Internacional, el concepto con frecuencia se refiere a «expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia»⁵⁰. Actualmente, todos los Estados miembros

⁴⁵ Cfr. VV.AA., *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2022*, Ministerio del Interior, 2023, p. 7.

⁴⁶ Vid. VV.AA., *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2021*, Ministerio del Interior, 2022, p. 10 ss.

⁴⁷ Cfr. FELGTBI+, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ OSCE, *Legislación sobre los Delitos de odio (Guía Práctica)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2009, p. 19. En el mismo sentido, cfr. M. AZABAL, M.I. ARRUABARRENA, *Delitos e incidentes de odio hacia personas LGTBI+. Prevalencia, consecuencias e impacto*, en *International e-Journal of Criminal Sciences*, 2023, n. 18, p. 4.

⁴⁹ Se traspuso en España mediante la Ley 4/2015 de Estatuto de víctimas del delito y el RD 1109/2015 que lo desarrolla.

⁵⁰ I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES, G. MARTINEZ, *Countering Online Hate Speech*,

tipifican las agresiones físicas como delito y, en la mayoría de ellos, la sanción asociada a dichos tipos delictivos puede ser mayor si están motivados por prejuicios tales como la raza o la religión de la persona (conocidos como “factores agravantes”). No obstante, la legislación de la UE no obliga a los Estados miembros a catalogar la homofobia o la transfobia como “factor agravante” de conductas delictivas; y ello, pese a que el miedo y la intimidación que resultan de los delitos por prejuicios y de la incitación al odio, impiden a las personas LGBTI participar plenamente en la sociedad.

El alcance de la incitación al odio hacia este colectivo en la UE no está muy claro ya que la mayoría de los Estados miembros no recopilan datos sobre esta cuestión. No obstante, algunas encuestas sugieren que, en ciertos Estados miembros, hasta un 50% del colectivo LGTBI ha sido víctima de incitación al odio o de delitos por prejuicios. Precisamente, ILGA-Europe⁵¹ nace con el objetivo (entre otros) de fortalecer las capacidades de las organizaciones participantes para desarrollar la recogida de datos y la publicación de informes sobre delitos de odio sobre una base más sostenible y profesional. A este objetivo responde, también, el *Estudio 2013 sobre discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en España*, primer estudio estatal de delitos de odio e incidentes discriminatorios por orientación sexual e identidad de género elaborado por FELGTB y COGAM. A falta de una norma única para toda la UE, los Estados miembros actúan de distinta forma ante este problema. Es cierto que, en 28 de noviembre de 2008, la UE aprobó una Decisión Marco relacionada con la incitación al odio y los delitos por prejuicios motivados por el racismo y la xenofobia. Aun así, la UE debe considerar adoptar una legislación similar que abarque la incitación al odio y los delitos por prejuicios homofóbicos y transfóbicos para que las personas LGTBI gocen de protección en todos los Estados miembros.

Los resultados obtenidos muestran la tendencia a trasladar los conflictos sociales a las salas de lo penal en lugar de abordarlos desde otras formas de administración de justicia como la justicia restaurativa⁵². La legislación sancionadora española relativa al delito de odio se concentra en

UNESCO, 2015, pp. 10-11.

⁵¹ Federación mundial de 1.200 organizaciones miembros de 110 países que luchan por los derechos para lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, desde 1978. Es una organización líder y una voz global para los derechos de quienes se enfrentan a la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género y el sexo (intersex).

⁵² M. GONZÁLEZ TORRES, *Justicia restaurativa una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad*, en *Ciencia Jurídica*, 2019, n. 15.

el CP⁵³ y la LISOS⁵⁴. Posiblemente, toca pensar en mecanismos fuera de la justicia penal como espacios donde la comunidad participe; introducir mecanismos de resolución de conflictos extrajudiciales que involucren a las partes afectadas, bien mediante justicia restaurativa o medidas penales alternativas. Para ello es preciso contribuir con políticas públicas y pedagogías del cuidado, que permitan cambiar la perspectiva de las personas profesionales que tienen que establecer redes de acompañamiento en estos procesos. Por otro lado, algunos de estos conflictos y violencias deben gestionarse en la comunidad, creando recursos y poniendo en el centro a las personas involucradas y su autodeterminación. La dimensión restaurativa no implica en ningún caso renunciar a la responsabilidad pública de las ofensas⁵⁵.

Con esta orientación y más allá de la normativa sancionadora, en España, otra de las respuestas al problema la encontramos en el Primer Plan de Acción contra los Delitos de Odio. Aprobado en enero de 2019, estamos ante un instrumento estratégico para construir un marco único de buenas prácticas policiales que satisfaga de manera multidisciplinar – y en especial colaboración e interacción con las organizaciones de la sociedad civil y otras instituciones que trabajan en este ámbito – las acciones preventivas, investigativas y de asistencia policial a las víctimas. Este primer Plan ha sido continuado por el II Plan de Acción de Lucha contra Delitos de Odio 2022-2024⁵⁶. Su enfoque transversal, comprende ocho líneas de acción que articulan este segundo plan tienen a la víctima del delito de odio como eje prioritario, tanto para asegurar su protección como para contribuir a la reparación del delito. El diseño estratégico busca mejorar la calidad de atención, asistencia y apoyo que reciben, pero también potenciar la prevención de cualquiera de los delitos de odio y articular una correcta respuesta policial a los mismos.

⁵³ Arts. 510 CP, *Delito de fomento, provocación al odio, la violencia o la discriminación*, y 607.2 CP, relativo a la difusión de ideas que justifican el genocidio, se fusionan. Completan a éstos los arts. 512 CP, *Negación acceso a prestación*, y 314 CP, *Discriminación en el empleo*.

⁵⁴ Arts. 8.12, 8.13-*bis* y 16.1.c.

⁵⁵ P. ALBERTÍN CARBÓ, J.A. LANGARITA, J. MAS GRAU, *Delitos de odio anti-LGTBI+. Oportunidades, límites y desafíos en el sistema penal*, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2022, n. extra 2.

⁵⁶ Elaborado por la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio (Ondod) a partir de los datos facilitados al Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) por Policía Nacional, Guardia Civil, Ertzaintza, Mossos d'Esquadra, Policía Foral de Navarra y policías locales.

2.3. Exposición a riesgos psicosociales derivados de comportamientos LGTBI-fóbicos

Como ya se ha referido antes, en las empresas se replican patrones de conducta social y, en este ámbito, los comportamientos LGTBI-fóbicos lo hacen con la agravante de que tradicionalmente afectan a las personas trabajadoras en sus puestos de trabajo. Unas condiciones laborales que pueden generar, *per se*, un riesgo para la salud dado el marco de una relación de poder que agrava la propia exposición a esos riesgos⁵⁷. Bajo estado anímico, depresión, presencia de ideas suicidas como escape al sufrimiento, disminución de la autoestima, aislamiento social, sentimiento de culpa o disminución del rendimiento en el trabajo, son efectos directamente relacionados con las exposiciones más clásicas de los riesgos psicosociales⁵⁸.

De acuerdo a informes recientes en los que se evalúa el impacto del acoso y de las agresiones a la comunidad LGTBI, los encuestados son preguntados sobre sus estados/situaciones emocionales de miedo, ansiedad/estrés, rabia/enfado, apatía/hartazgo, estado depresivo y soledad. De todos estos estados, la valoración media más elevada es la de “miedo”, seguida de “ansiedad/estrés” entre aquellas personas que han sufrido agresiones físicas/sexuales con medias de 7,65% y 7,03%. Sin embargo, las medias de quienes no han sufrido agresiones físicas tienen diferencias de hasta más de 3 puntos (en una escala de 0 a 10), con 4,63% 5,58% respectivamente. En el caso del acoso, las emociones/estados con mayor valoración media por parte de las víctimas son ansiedad/estrés, miedo y soledad, y la distancia entre quienes no han sufrido acoso en la emoción con más valoración media es de 2 puntos⁵⁹.

Pero además, en una sociedad heteronormativa, donde lo diferente y las minorías afrontan serias dificultades para encajar, la sintomatología del colectivo LGTB es más proclive a integrar riesgo psicosocial, incluido, por supuesto, el intento de suicidio. Ocultar su verdadera identidad (situación frecuente) ya produce altos niveles de estrés y ansiedad en el afectado, a causa de la necesidad de controlar de manera constante toda la información personal que comparte el empleador⁶⁰. Y está constatado que, en comparación con la población general, estas personas concentran más del

⁵⁷ M. MOYA, A. MOYA-GARÓFANO, *Discrimination, work stress, and psychological well-being in LGBTI workers in Spain*, en *Psychosocial Intervention*, 2020, n. 2, p. 95 ss.

⁵⁸ *Vid.* la guía que recientemente ha editado CCOO y que lleva por título *La LGTBIfobia desde la prevención de riesgos laborales*, 2023, p. 21 ss.

⁵⁹ *Cfr.* FELGTBI+, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ *Vid.* B. CAPELL (dir.), *Una cuestión de confianza: la visibilidad LGTB en el lugar de trabajo*, Workplace Pride Foundation, 2013, p. 3.

doble de intentos o ideas suicidas (32,1% *v.* 14,5%), así como de autolesiones (19,5% *v.* 9%)⁶¹. Por ejemplo, se ha comprobado que las personas bisexuales que se enfrentan a los prejuicios, al estigma y a la discriminación no solo del colectivo heterosexual sino, también, del homosexual, tienen un riesgo de suicidio más alto que estos últimos así como mayores tasas de aislamiento, marginación, ansiedad y depresión⁶².

De acuerdo al artículo 4.2.e ET, en la relación laboral es un derecho el respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de, entre otros motivos, la orientación sexual. Por su parte, los artículos 14 y 15 de nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) disponen que las empresas tienen la obligación de prevenir todos los daños y de evitar todos los riesgos que se pudiesen derivar del trabajo, así como de evaluar aquellos riesgos no evitables. Dicho en otras palabras, las condiciones de trabajo pueden ocasionar diversos tipos de daños para la integridad de las personas, ante los cuales las empresas tienen que implantar medidas preventivas con las que eliminen los riesgos o mitiguen al máximo posible su influencia en el deterioro de la seguridad y la salud. Lamentablemente, la inexistente referencia en la LPRL a los riesgos laborales con carácter general a los que se enfrentan los trabajadores LGTBI por razón de su orientación sexual o identidad de género y el olvido generalizado de los riesgos psicosociales, definen un espacio inexplorado en la previsión de medidas preventivas⁶³.

No hace falta decir que ni la orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o las características sexuales suponen un riesgo psicosocial en sí mismo considerado. Son las condiciones de la organización del trabajo las que permiten, generan o fomentan comportamientos LGTBI-fóbicos por discriminación, conflicto y acoso derivados de la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género y las características sexuales y, por lo tanto, generan un riesgo para la salud de las personas LGTBI. La posibilidad de sufrir estos comportamientos segregadores, incluyendo agresiones físicas (que no es lo más habitual), es un riesgo que tiene que ser valorado y ante el cual hay que actuar, si bien, en ocasiones, falla incluso la herramienta necesaria y el marco previo para identificarlos.

⁶¹ CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA, FUNDACIÓN MUTUA MADRILEÑA, [La situación de la Salud Mental en España 2023](#), 2023, pp. 147-148.

⁶² Como se recoge en una revisión de 77 informes publicada en el número del mes de mayo de la revista científica *The Journal of Sexual Medicine*, 2015, vol. 12, n. 12.

⁶³ M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *La invisibilidad de la diversidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral*, en J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 179 ss.

Por tanto, la prevención de riesgos psicosociales debe estar basada en la evaluación de las características de la organización del trabajo para las que se tiene evidencia científica de que pueden afectar negativamente a la salud, identificándose y valorándose las condiciones de trabajo y no las características de la persona. En este contexto, se consideran esenciales las actuaciones de la empresa dirigidas a prevenir, identificar y actuar ante situaciones de discriminación y acoso derivadas de la orientación e identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar; impulsar las evaluaciones de riesgos psicosociales y la prevención de los mismos; intervención en sensibilización, información y formación para el colectivo de personas trabajadoras en general; identificación y evaluación de las condiciones de trabajo; y diseñar protocolos de actuación en las empresas para la prevención y afrontamiento de situaciones de discriminación.

Las organizaciones y, especialmente, los departamentos de RRHH, deberían ofrecer programas de sensibilización a sus plantillas y superar el pudor que, muchas veces, supone visibilizar su compromiso con la no discriminación y la igualdad de oportunidades en la empresa, para con las personas LGBT. Igualmente, tener un plan para la prevención y medidas en caso de acoso o discriminación, y ofrecer formación a la plantilla en diversidad LGBT y lenguaje inclusivo debería ser prioridad⁶⁴. Pero no solo esto, sino que, además, y vinculadas al desarrollo de la prestación, deberán tenerse en cuenta las “necesidades sanitarias específicas” de este colectivo, especialmente de las personas trans, atendidas en el seno de la organización preventiva de la empresa⁶⁵ e integradas en la evaluación de riesgos y la planificación de los mismos, con pleno respeto a la intimidad y la confidencialidad de sus datos.

2.4. Mujeres (particularmente Trans) como principales damnificadas en el ámbito laboral

Entre las poblaciones LGBTI, las mujeres son quienes más padecen la discriminación laboral y sus repercusiones. Las hay cisgénero, trans, bisexuales, asexuales, lesbianas, pansexuales, intersexuales, queer y más⁶⁶.

⁶⁴ *Vid.* Ó. MUÑOZ (dir.), *op. cit.*, p. 24.

⁶⁵ Tal como pone de manifiesto, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación menciona las “necesidades sanitarias específicas” para personas pertenecientes al colectivo LGTBI (art. 15.3).

⁶⁶ *Cfr.* OIT, *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) en el mundo del trabajo: una guía de aprendizaje*, cit., p. 7.

En cualquiera de los casos, son ellas quienes más dificultades tienen para conseguir un empleo y, cuando lo consiguen, son las más acosadas. Además del acoso u obstáculos profesionales que viven por el simple hecho de ser mujeres, aquellas que forman parte de la población LGBTI suelen desenvolverse en un ambiente de trabajo complejo. En el peor de los casos a consecuencia de la discriminación y la agresión por su identidad, pero también es común escuchar preguntas incómodas de personas que aún se impresionan cuando conocen más opciones que la heterosexualidad o la identidad cisgénero.

Para las mujeres lesbianas, al igual que las trans y las bisexuales, la situación es todavía más grave, más dura. Para Amnistía Internacional, la prevalencia en la sociedad del sexismo y la homofobia hacen que las mujeres trans, bisexuales y lesbianas sean más vulnerables a la violencia, dada su doble condición de mujer y por tener una orientación sexual distinta a la socialmente considerada “normal”. Además, y por la misma razón, siguen siendo menos visibles en el lugar de trabajo que los hombres del colectivo; en el caso de las mujeres trans lesbianas⁶⁷, por su identidad de género. Mujeres invisibilizadas que han sufrido discriminación en su lugar de trabajo o entorno educativo, y otras que han ocultado su identidad lésbica con el objetivo de evitar el rechazo. Así, un 60% de las mujeres lesbianas invisibilizadas han sufrido discriminación laboral, mientras que un 58,8% de las mujeres que trabajan en un entorno de trabajo homófobo no han revelado ser lesbianas⁶⁸.

El doble techo de cristal de estas mujeres que les impide llegar a posiciones directivas, es conocido y se cuantifica. Y si en las cúpulas de las empresas hay personas del colectivo LGTBI, especialmente lesbianas, es porque lo ocultan. Por ello, sólo el 28% de los jóvenes (hombres o mujeres) que consigue un puesto de trabajo desvela su orientación sexual; prefieren no decirlo para no ver truncada su carrera profesional. El porcentaje es inferior al de la media de trabajadores que está en el 38%; el 62% restante prefiere no revelar cuál es su orientación sexual. Asimismo, se constata que casi el 50% de los *millennials* LGBTI que hace pública su orientación sexual vuelve a ocultarla cuando inicia su carrera profesional. Se trata de un comportamiento debido, en gran medida, al rechazo y a las actitudes poco inclusivas muy frecuentes aún en el puesto de trabajo⁶⁹. Pensemos que las empresas deben ser diversas, pero también inclusivas, de modo que, todos

⁶⁷ B. BOHÓRQUEZ ESPINEL, M. CASTRO LÓPEZ, *Discriminación de mujeres Trans en el ámbito laboral*, en *Poliantea*, 2021, n. 29.

⁶⁸ *Vid.* T. ABAD, M.G. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁶⁹ *Cfr.* Ó. MUÑOZ (dir.), *op. cit.*, p. 25.

sus miembros, tengan el mismo valor humano, importancia y posibilidad de crecer en la organización⁷⁰.

Como se ha mencionado *supra*, dentro del colectivo LTGBI, las mujeres lesbianas tienen su propia realidad laboral discriminatoria, en buena parte provocada porque «han sido incluidas en el grupo de los hombres gays, produciendo que no solo se hayan invisibilizado las violaciones de los derechos de estas mujeres, sino que haya impedido analizar cómo en ellas confluyen los abusos derivados de cuestiones de género u orientación sexual y cómo enfrentan formas específicas de persecución frente a la de los hombres homosexuales»⁷¹.

En suma, cada una de las identidades es discriminada de distinta manera y lo que descubrimos es que, en el lugar de trabajo, más que por orientación sexual, se discrimina por identidad de género. Si bien alrededor del 60% de las lesbianas se descubren como tales en su ámbito personal, solo el 35% se atreve a hacerlo también en el lugar de trabajo. Y, según datos relativos a la discriminación laboral percibida, el mayor porcentaje es el de las mujeres lesbianas (15%), seguidas de personas bisexuales (13%), siendo los hombres gay los que presentan menores porcentajes (8%). A mayor abundamiento, la búsqueda de soluciones para atajar esta situación exigiría realizar un censo de la población de mujeres LGTBI lo que, no solo en España, sino en cualquier país, es casi misión imposible. De igual forma, cualquier investigador que desee realizar un estudio demográfico se encontrará con dificultades diversas, entre las que podemos subrayar dos: problemas metodológicos, o lo que es lo mismo, cómo, cuándo y dónde realizar los muestreos, y, sobre todo, el miedo a la estigmatización que podría llevar a las encuestadas a falsear las respuestas.

Ahora bien, definitivamente, en el lado más vulnerable están las mujeres trans, pues, una de cada tres se ha sentido discriminada en su trabajo⁷². Cuatro de cada diez personas trans aseguran que han sido rechazadas en entrevistas por ello⁷³. Estudios exploratorios sobre la situación sociolaboral de las personas trans en España, permiten evidenciar la realidad de este colectivo como discriminado, de manera significativa, en el acceso a la educación y al empleo. Por tanto, las personas trans, sobre todo si son mujeres, con independencia del lugar del mundo en el que vivan, están expuestas a un riesgo más elevado de sufrir violencia, acoso y

⁷⁰ En muchas organizaciones, el 92% de los puestos de alta jerarquía (C-Level) están solo reservados para hombres, blancos, heterosexuales.

⁷¹ J.I. PICHARDO, *Mujeres lesbianas y derechos humanos*, en V. MAQUIEIRA D'ANGELO (coord.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Cátedra, 2010, p. 379.

⁷² Vid. O. MUÑOZ (dir.), *op. cit.*, p. 25; T. ABAD, M.G. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁷³ Así lo ponen de manifiesto T. ABAD, M.G. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 16 ss.

discriminación⁷⁴.

Pero es más, aunque la discriminación afecta y tiene repercusiones en toda la población trans, la doble discriminación que sufren las mujeres trans las sitúa en una posición todavía más delicada⁷⁵. Uno de los campos donde las personas transexuales tienen más dificultad atañe no solo a su relación con el mundo del trabajo, sino a su integración en el mismo⁷⁶. Y resulta llamativo porque las empresas importantes en este país ya saben que la diversidad es un componente esencial para su innovación, crecimiento y sostenibilidad. También, que las acciones de diversidad e inclusión introducidas en el entorno de trabajo favorecen el clima de confianza necesario para que los empleados/as LGBTI vivan su orientación e identidad de manera más normalizada⁷⁷.

Sin embargo, la diversidad e inclusión de las personas LGBTI ha quedado, generalmente, fuera de los programas de diversidad corporativos. Sobre esta premisa, las personas transexuales han venido demandando que se les reconozca como especialmente sensibles a la discriminación social, en el empleo y jurídica y que los estamentos pertinentes potencien medidas para su mayor inserción laboral, como pudieran ser las políticas de discriminación positiva. Es decir, establecer cuotas para la contratación de las personas LGBTI, tanto en las empresas privadas como en el empleo público al objeto de favorecer la discriminación positiva de las mismas, igual que existen cuotas de género o para personas con discapacidad. Entendemos que las cuotas son una fórmula de justicia positiva, pero también son útiles para demostrar que los criterios de promoción interna tienen un sesgo discriminatorio y promueven así que, dichos ámbitos, incorporen su talento de manera eficiente.

3. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

Recientemente, un nuevo paso de calado ha sido la aprobación de la Ley 4/2023, también conocida, coloquialmente, como “Ley Trans”. Nos

⁷⁴ Cfr. UNITED NATIONS, *Transgender*, UN Free & Equal Factsheet, 2019.

⁷⁵ De acuerdo con el [Programa de Inserción Sociolaboral 2009-2012](#) de Transexualiala (Asociación Española de Transexuales). Cfr. M. PÉREZ ANDRADA (dir.), *Estudio exploratorio sobre la inserción socio-laboral de las personas trans*, Innicia, Ministerio de la Presidencia, Relaciones Instituciones con las Cortes e Igualdad, 2019, p. 42.

⁷⁶ Ó. MUÑOZ (dir.), *op. cit.*, p. 25.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 17.

encontramos ante una medida impulsada por el Ministerio de Igualdad de España que busca consolidar y ampliar los derechos de la comunidad LGTBI y erradicar cualquier situación de discriminación. De hecho, su Exposición de Motivos indica que la reforma consiste en introducir la cláusula de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual y características sexuales. Para ello, establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas frente a cualquier forma de discriminación. La normativa enfatiza la importancia de la igualdad real y efectiva, no solo para el colectivo LGTBI sino también para sus familias. Asimismo, el texto recoge medidas de acción en distintos ámbitos como el laboral, educativo y sanitario, por lo que la Disposición final 14ª modifica once artículos del ET, y, con el mismo fin, la Disposición final 15ª modifica el TR de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (art. 33.4.f).

Incluye entre las posibles causas de discriminación de los trabajadores por cuenta ajena la “orientación e identidad sexual”, la “expresión de género” y las “características sexuales”. Y, entre las disposiciones que afectan directamente al tejido empresarial se contemplan actuaciones para la igualdad de oportunidades, fomento del empleo e integración de las personas trabajadoras pertenecientes al colectivo LGTBI. Una de las medidas con mayor repercusión es, como se abordará *infra*, la obligatoriedad de desarrollar directrices específicas, recogidas en un Protocolo o Plan LGTBI, que deberán impulsar las empresas con una plantilla superior a 50 personas trabajadoras.

Por otro lado, esta ley introduce obligaciones específicas para las empresas, como la creación de entornos laborales inclusivos y la promoción de la diversidad. Se centra en medidas preventivas y correctivas contra la discriminación, fomentando una participación más activa de las personas LGTBI en todos los aspectos de la vida social y laboral, mientras busca desmantelar los estereotipos lesivos que afectan a su percepción por la sociedad. Además del modelo del Plan LGTBI, en lo que respecta a igualdad, la ley indica que el plan de igualdad «incluira expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans» y la misma prescripción se marca a las Administraciones. De acuerdo a esta regulación, una vez más, se erige fundamental el papel de la empresa y del sindicato negociando protocolos que detecten y corrijan estas situaciones y que hagan que esos espacios que son hostiles o se perciben así, sean espacios seguros. Para ello es esencial incluir medidas en los convenios colectivos y los planes de formación y concienciación dentro de las empresas, que se monitoricen las entrevistas de trabajo, y que se controlen las plantillas para evaluar la

representación de los diferentes colectivos.

Ahora bien, el contenido y alcance de estas medidas sigue pendiente de desarrollo reglamentario (art. 15.1, Ley 4/2023) que, finalmente, no ha tenido lugar el 2 de marzo 2024 (tal como estaba previsto), al no existir consenso por parte de los operadores jurídicos. Diversas voces se han elevado ya en el debate jurídico recordando la fecha y la obligación. Y, sin embargo, ni el mandato legal está claro, ni está claro que sea exigible desde la fecha indicada. En cualquier caso, el reglamento, expresamente reclamado por la Ley parece necesario para contar con un mínimo de seguridad jurídica, sobre todo, considerando que la propia ambigüedad de la norma dificulta su cumplimiento. Y estando tal cuestión en manos del Gobierno (que habría tenido ya un año para aprobarlo), entendemos que, difícilmente, se podrían pedir responsabilidades a las empresas por el incumplimiento del mandato legal que lo exige.

4. Los nuevos Planes de Diversidad e Inclusión LGTBI en empresas

Con defectuosa sistemática, la Ley 4/2023, ha introducido importantes novedades en relación a las personas LGTBI en las empresas, convirtiéndose ahora en una prioridad para éstas. Concretamente, a partir del 2 de marzo de 2024, las empresas de más de 50 personas trabajadoras deberían contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o violencia específico sobre ellas. Imponer fecha límite para la implementación de este Plan es un recordatorio de la urgencia con la que las empresas deben actuar para cumplir la legislación, marcando un nuevo paso hacia la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

Podría decirse que un Plan de diversidad e inclusión LGTBI es un conjunto de políticas, procedimientos y acciones diseñadas para promover la inclusión y la igualdad de oportunidades dentro de una organización, así como para prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o expresión de género. A grandes rasgos, el Plan LGTBI debe abordar la prevención del acoso, estableciendo un *modus operandi* claro y efectivo para combatir cualquier forma de discriminación o violencia. Además, debe incluir acciones y políticas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades, reconociendo y valorando la diversidad de la plantilla. Pero, a diferencia del Plan de Igualdad (PI) entre mujeres y hombres, el Plan LGTBI parece configurarse como un documento

específico, subrayando el objetivo de atender las particularidades y desafíos a los que se enfrenta este colectivo en el lugar de trabajo.

Así, la necesidad de establecerlo no nace sólo del avance normativo. En España, sólo un 41% de las empresas presenta un clima laboral donde se hable de manera natural y se normalice completamente la visibilidad de las personas LGTBI. Esto impulsa a que, en tres de cada diez empresas, las personas del colectivo se mantengan en el anonimato. Sin embargo, el aspecto positivo es que el 60% de las empresas que aún no abordan programas de diversidad LGBTI, tienen previsto empezar a hacerlo en los próximos 3 años⁷⁸.

Por lo pronto, la implantación de un Protocolo LGTBI se suma a las medidas de obligado cumplimiento que ya incluían el PI, registro retributivo y protocolo de acoso laboral⁷⁹. En función del tamaño de la plantilla, las obligaciones en materia de igualdad varían y el desarrollo de este conjunto ordenado de medidas, tendrá por objeto evitar la discriminación de los trabajadores LGTBI y sus familias. Y, al igual que sucede con el PI para empresas, el protocolo debe ser pactado a través de la negociación colectiva (NC) y acordado con la representación legal de las personas trabajadoras (RLPT)⁸⁰.

En tanto que el contenido y alcance de estas medidas sigue pendiente de desarrollo reglamentario previsto en el artículo 15.1 Ley 4/2023, la primera impresión es que se trata de un plan específico para el colectivo LGTBI, diferente al PI tradicional. Y ello, por varias razones. En primer lugar, la regulación de la Ley 4/2023 tiene una importante diferencia jurídica frente a lo previsto en la Ley de Igualdad en cuanto a su aprobación, ya que debe ser “pactado” a través de la NC y “acordado” con la RLPT; se dice dos veces, por lo que parece claro que no será posible un plan negociado pero no acordado; aquí la ley se aparta mucho de lo previsto respecto a los PI, que serán “negociados” y, en su caso, “acordados”, por lo que debemos entender que se pretende eliminar la posibilidad de que la empresa apruebe este acuerdo de forma unilateral.

Adicionalmente, la Ley 4/2023 establece la obligación de que los PI “tradicionales” incluyan referencias a este colectivo, lo que carecería de sentido si se tratara de un mismo documento. Por todo ello, cabe pensar

⁷⁸ Cfr. BBVA, REDI, *La gestión de la diversidad LGBT+ en España: Análisis de las acciones corporativas y su impacto en la inclusión de las personas LGBT+ en el contexto laboral*, 2023, estudio realizado en colaboración con el Pacto Mundial de la ONU España.

⁷⁹ R. LÓPEZ FUENTES, *Planes de igualdad y colectivo LGTBIQ+*, en J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *op. cit.*, p. 144 ss.

⁸⁰ Cfr. P. RIVAS VALLEJO, *El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión “ad hoc”*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 2.

que se trata de dos documentos distintos y que las empresas a las que se apliquen ambas leyes por sus dimensiones deberán disponer de un PI y otro, específico, para el colectivo LGTBI. En principio, entendemos que ello no obsta a que pueda plantearse un único documento, es decir, un PI integrado que aglutine ambos contenidos, salvo lo que disponga el reglamento en cuanto a la compatibilidad de los procesos de negociación. Otra alternativa sería que la obligación del artículo 15 se cumpla mediante una adaptación del PI preexistente (realizada según lo acordado en éste y remitido al Registro de Convenios Colectivos y Planes de Igualdad (REGCON)).

Como las empresas deberían disponer ya de un protocolo antiacoso, habría que analizar si sería posible adaptarlo y utilizarlo para canalizar las reclamaciones de estas personas. Pensemos que nos encontramos *de facto* ante uno de los supuestos de revisión del PI previstos en el artículo 9 del RD 901/2020⁸¹: «Cuando se ponga de manifiesto su falta de adecuación a los requisitos legales».

Este deber de contemplar medidas se dirige a todos los PI, incluyendo los vigentes. Pero nada se dispone en cuanto a cómo se producirá esta adaptación. La norma ya está en vigor (lo hizo al día siguiente de su publicación), con lo que todos los PI vigentes son obsoletos (salvo los que ya incluyan estas previsiones). La Ley no dice nada sobre un posible plazo de adaptación, como sí se hizo cuando se aprobó el Reglamento de Planes de Igualdad. La Disposición transitoria 1ª se ocupa del régimen transitorio de procedimientos, estableciendo que a los procedimientos administrativos y judiciales ya iniciados con anterioridad a su entrada en vigor «no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda». Ésta se refiere al supuesto específico de las solicitudes de rectificación registral de la mención relativa al sexo en tramitación. Aplicando esto al caso de los PI, debemos entender que los que se hayan presentado a registro en el momento de entrar en vigor la Ley 4/2023, no se les podrá exigir un contenido específico LGTBI. A los nuevos que se presenten a registro, sí. En todo caso, debe producirse una actualización del Reglamento de PI para incluir estas materias entre los contenidos obligatorios y cuando se produzca se establecerán las condiciones y plazos para la renovación de los PI en vigor.

Cabe mencionar que, si bien con base en la redacción actual de la norma – y sin perjuicio del reglamento pendiente – el conjunto planificado de medidas para las personas LGTBI no debe integrarse necesariamente en

⁸¹ 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.

el PI de la empresa; sí es obligatorio incluir en los mismos, expresamente, a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans. En efecto, según el artículo 55.3 Ley 4/2023⁸², las empresas que cuenten o que estén negociando un PI deben incluir también a este colectivo, teniendo en cuenta sus particularidades y las dificultades específicas que puedan afrontar en comparación con el resto de la plantilla.

Esta obligación, inexistente hasta la fecha, supone que cuando se elabore un PI deberá considerarse de manera expresa a este colectivo, lo que debe incluir tanto la fase de diagnóstico (estudiando la presencia de personas de alguna de estas categorías en la plantilla), como en la de diseño de medidas de actuación. Aunque en la primera fase se constate que la empresa no tiene conocimiento de que haya personas de los grupos referidos, ello no implica que no deban preverse medidas específicas, dado que es posible que se contraten en el futuro o que, de entre el personal preexistente, alguien declare su pertenencia al colectivo.

En fin, pese a la incertidumbre sobre esta cuestión es altamente recomendable que las empresas implanten a la mayor brevedad tales medidas y, entre ellas, como adelantábamos, el protocolo de prevención y actuación frente al acoso de este colectivo, lo que exige la revisión y actualización de los protocolos existentes en las empresas anteriores a esta regulación. Y, mientras se produce el desarrollo reglamentario, las empresas de más de 50 personas trabajadoras deben tener en cuenta que, en el marco de la NC, las medidas deberán versar tanto sobre la identidad de género (igualdad y no discriminación de las personas trans) como sobre orientación sexual (igualdad y no discriminación de las personas gay, lesbianas, trans y bisexuales). Ello, como se ha dicho *supra*, con independencia de que desde la dirección empresarial se tenga o no conocimiento de si en la plantilla hay personas pertenecientes al colectivo LGTBI.

Sin perjuicio de la necesidad de implementar estas medidas para aquellas empresas obligadas a ello, cuyo incumplimiento puede tener repercusiones, tanto reputacionales como sancionadoras, esta norma es una oportunidad para reforzar el compromiso de las empresas con la diversidad y la sostenibilidad en el ámbito laboral, reconociendo la importancia de crear espacios de trabajo seguros y acogedores para toda la plantilla, al margen de su orientación sexual o identidad de género.

⁸² Vid. Título II, *Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans*: hay un Capítulo II, *Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans*, cuya Sección 3ª está dedicada a *Medidas en el ámbito de la salud para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans* (arts. 54-55).

4.1. Implantación de un Plan LGTBI

El pasado 26 de junio el Gobierno, junto con las principales organizaciones sindicales y empresariales del país, alcanzaron un acuerdo⁸³ para la implementación de medidas concretas destinadas a garantizar los derechos de las personas LGTBI+ en el ámbito laboral. Este acuerdo establece las coordenadas para implantar el Plan LGTBI, incluyendo políticas de igualdad, formación en diversidad y mecanismos de denuncia y protección. Como se ha explicado *supra*, uno de los componentes fundamentales de este Plan es la implementación de un protocolo de actuación específico para abordar el acoso o la violencia dirigida hacia las personas LGTBI en el lugar de trabajo. Esto implica la adopción de acciones tanto preventivas como reactivas para prevenir, detectar y actuar ante cualquier caso de acoso o violencia dirigida hacia estas personas trabajadoras⁸⁴.

La elaboración del Plan es una obligación de las empresas de más de 50 personas trabajadoras. Para el cálculo del número de personas trabajadoras se considerará la totalidad de la plantilla de la empresa, sin importar el número de centros de trabajo o la modalidad de contratación. Esto incluye tanto a personas con contratos fijos discontinuos, contratos de duración determinada y contratos de puesta a disposición. En el caso de contratos a tiempo parcial, cada persona se cuenta como una unidad, sin importar el número de horas trabajadas. Además, se deben sumar los contratos de duración determinada que hayan estado vigentes en la empresa durante los 6 meses anteriores al cómputo. Cada 100 días trabajados se va a contabilizar como una persona trabajadora adicional. Importante destacar que, la obligación de implementar el Plan LGTBI se mantiene aunque el número de personas trabajadoras descienda por debajo de 50: una vez constituida la comisión negociadora y hasta que concluya el período de vigencia de las medidas planificadas acordadas o, en su defecto, durante cuatro años.

En este orden de ideas, el Plan debe ser producto de un proceso de negociación con la RLPT, ya sea unitaria o sindical. En el caso de empresas que carezcan de RLPT la comisión negociadora debe estar constituida, en representación de la plantilla, por una comisión sindical, esto es, por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del

⁸³ Acuerdo para la igualdad y la no discriminación del colectivo LGTBI+ en el ámbito laboral, 26 junio 2024.

⁸⁴ A. SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ-MARÍN, *La obligación de tener un Plan de Igualdad LGBTI en marzo*, en *Capital Humano*, 2024, n. 394.

sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. En cualquier caso, ante la imposibilidad de inscribir un PI elaborado por la empresa tras haber intentado sin éxito conformar la comisión negociadora con los sindicatos ante la ausencia de RLPT, debe ser registrado en el REGCON por parte de la Autoridad Laboral⁸⁵.

El panorama actual contemplaría dos situaciones:

- si ya tenemos implantado el PI, tendremos que volver a reabrir la NC para incluir en el mismo y de manera expresa a las personas pertenecientes al colectivo LGTBI;
- si todavía no tenemos implantado el PI, es una buena oportunidad para implantar ambos Planes, de manera que, de forma adicional al PI, se incluya, además, del rechazo absoluto de la organización a este tipo de conductas, el compromiso de prevenir, detectar, corregir y sancionar cualquier tipo de acoso laboral y el ciberacoso o acoso a través de redes sociales.

La Ley 4/2023 también establece que, el contenido y alcance de estas medidas, se desarrollarán reglamentariamente, lo que proporciona un marco estructurado para la elaboración del Plan LGTBI en las empresas. Con el acuerdo, se despeja un aspecto clave referido a los plazos, de modo que, una vez que la nueva norma entre en vigor, la NC tendrá un plazo de tres meses para incorporar estas medidas en los convenios colectivos que deberán ser de aplicación en las empresas de más de 50 personas trabajadoras.

4.2. Contenido obligatorio del Plan

La redacción del artículo 15 de la Ley 4/2023 arroja poca luz sobre lo que debe contener este Plan. Tan sólo hace referencia a que debe contar con un conjunto de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra estas personas. Difícilmente se pueden negociar y establecer medidas cuyo contenido y alcance (que corresponde fijar al poder reglamentario) se desconocen. Lo que sí parece claro es que, como mínimo, dicho protocolo tendrá que incluir *ex profeso* medidas que garanticen la igualdad de dicho colectivo y acciones para prevenir, detectar y actuar ante un caso de acoso o violencia contra las

⁸⁵ El TS, en su Sentencia 545/2024, de 11 de abril, resuelve al fin una situación que se estaba dando con demasiada frecuencia.

personas trabajadoras.

Pues bien, de nuevo, ha sido gracias al reciente Acuerdo para la igualdad y la no discriminación del colectivo LGTBI+ en el ámbito laboral, lo que nos ha permitido conocer las concretas medidas para implantar el Plan, sin perjuicio, lógicamente, de la aprobación en el Consejo de Ministros y publicación en el *BOE* del texto definitivo, así como a que las medidas sean objeto de la NC. En concreto, con relación a su contenido, deberán integrarse como medidas obligatorias las siguientes:

- *cláusulas de igualdad de trato y no discriminación*, es decir, medidas que contribuyan a crear un contexto favorable a la diversidad y avanzar en la erradicación de la discriminación de las personas LGTBI, con referencia expresa a la orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales;
- *acceso al empleo* o medidas para erradicar estereotipos en el acceso al empleo de las personas LGTBI, especialmente, formación adecuada a las personas que participan en los procesos de selección. Sería interesante la incorporación de elementos de lenguaje inclusivo en todas las comunicaciones de la empresa, partiendo, por ejemplo, de las ofertas de empleo publicadas;
- *formación, sensibilización y lenguaje* incluyendo en sus planes de formación módulos específicos sobre los derechos de las personas que pertenezcan al colectivo LGTBI en el ámbito laboral, haciendo hincapié especialmente en la igualdad de trato y oportunidades y en la no discriminación. Asimismo, es esencial formar a toda la plantilla, incluyendo mandos intermedios, puestos directivos y profesionales del área de RRHH, técnicos de selección y reclutadores. Estos últimos tendrán que tener una formación mucho más específica, como, por ejemplo, el curso de Plan de gestión de la diversidad LGTBI en la empresa o el de Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las organizaciones. Estas formaciones deberán contener conocimiento general, definiciones y conceptos básicos sobre diversidad sexual, familiar y de género (contenidas en la Ley 4/2023), conocimiento acerca del protocolo para la prevención, detección y actuación frente al acoso discriminatorio o violencia, así como de acompañamiento a las personas trans en el empleo;
- *clasificación y promoción profesional*. Se deben incluir criterios para la clasificación, promoción profesional y ascensos, de forma que no conlleven discriminación directa o indirecta para las personas LGTBI, garantizando el desarrollo de la carrera profesional en igualdad de condiciones;

- *permisos y beneficios sociales*. Es obligatorio garantizar el acceso a los permisos, beneficios sociales y derechos sin discriminación por razón de orientación e identidad sexual y expresión de género, así como el disfrute en igualdad de condiciones de los permisos para consultas médicas o trámites legales, con especial atención a las personas trans;
- *protocolo frente al acoso y violencia en el trabajo para garantizar entornos laborales diversos, seguros e inclusivos*. Estas medidas reflejarán prácticas preventivas y mecanismos de detección y de actuación frente al acoso, violencia o comportamientos LGTBI-fóbicos, salvo que ya se cuente con un Protocolo frente al acoso y violencia en el trabajo y prevea ya medidas para el colectivo LGTBI o lo amplíe específicamente para incluirlas. Este protocolo LGTBI para empresas debe contener un ámbito de aplicación, unos principios rectores y garantías de los procedimientos basado en agilidad, respeto, confidencialidad, protección a las víctimas, restitución de las víctimas y prohibición de represalias. Además, reflejará un procedimiento de actuación (cómo presentar denuncia/queja, medidas cautelares/preventivas, emisión de informe) y una resolución acerca del caso (expediente sancionador y adopción de medidas correctoras y de protección a la víctima o, si no hay evidencias, archivo de la denuncia);
- *régimen disciplinario*. Hay que integrar en el régimen disciplinario infracciones y sanciones por comportamientos que atenten contra la libertad sexual, orientación e identidad sexual y expresión de género.

El período de vigencia o duración de las medidas planificadas en el Plan LGTBI no podrá ser superior a 4 años, si bien, las medidas podrán revisarse en cualquier momento durante su vigencia para añadir, corregir o suprimir alguna medida según los efectos observados hasta ese momento.

5. La negociación colectiva como hábitat natural de los Planes LGTBI

La cooperación en el lugar de trabajo (que permite a los trabajadores y al personal directivo solucionar problemas comunes mediante la celebración de consultas y la discusión) puede brindar oportunidades para la inclusión efectiva de las personas LGBTI. En consecuencia, la NC tiene

el potencial de mejorar considerablemente la vida de este colectivo⁸⁶. Al influir en los cambios en las prestaciones y políticas relacionadas con el empleo, las personas trabajadoras LGBTI pueden pasar de una situación en la que están marginados y en la que se ignoran sus necesidades, a una mayor inclusión, no solo como fuerza de trabajo, sino también en la sociedad en general.

A ello responde el que la Ley 4/2023, junto con otras precedentes que atienden tanto al género como a la diversidad, consoliden un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva, en la lógica de que la NC es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales⁸⁷. Una vez más, se hace fundamental el papel de la empresa y del sindicato, negociando protocolos que detecten y corrijan estas situaciones, incluyendo medidas en los convenios colectivos y planes de igualdad, formación y concienciación dentro de las empresas que hagan que los espacios hostiles o que se perciben así, sean lugares seguros.

Con esta orientación, el artículo 14.3, Ley 4/2023, insta a las Administraciones Públicas a «impulsar, a través de los agentes sociales, así como mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias», mientras que, en el contexto del artículo 15, las medidas para lograrlo se vehiculan en el seno de la empresa, por previsión legal, a través de la NC y con el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras. Queda claro, pues, que es en el marco de la NC donde, a criterio de la Ley 4/2023, debe pactarse el conjunto planificado de medidas a través del cual alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI en las empresas.

Ante la llegada inminente de una obligación de resultado para las empresas (el 2 de marzo), pero sin que se haya concretado definitivamente la obligación de hacer, las inseguridades e incertezas sobre el camino a seguir por parte de los agentes sociales (vinculados al referido desarrollo

⁸⁶ C. MAK-SOLOMON, J.M. DREWRY, *Why Do Corporations Engage in LGBT Rights Activism? LGBT Employee Groups as Internal Pressure Groups*, en *Business and Politics*, 2021, vol. 23, n. 1.

⁸⁷ P. NIETO ROJAS, *El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad*, en *Labos*, 2023, n. extra 0, p. 123.

reglamentario), eran múltiples⁸⁸. En esta tesitura, y con cierta urgencia, el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha elevado al trámite de audiencia pública el proyecto de Real Decreto que desarrolla el artículo 15.1 de la Ley 4/2023. La norma, que no ha sido sometida a consulta pública previa y se tramita por el procedimiento de urgencia, estaba recogida en el Plan Anual Normativo de este año. Por tanto, tanto las cláusulas de igualdad de trato, las medidas para garantizar procesos de selección, contratación, promoción profesional y ascensos no discriminatorios, así como los permisos y beneficios sociales, deben ser pactados en el seno de la NC de acuerdo a unos criterios que constituyen la razón de ser de este nuevo reglamento. La obligación de contar con un protocolo de actuación para la atención del acoso y la violencia podrá entenderse cumplida cuando la empresa cuente con un protocolo general, que prevé medidas frente el acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

De forma más precisa y en relación a quienes planificarán estas medidas, se prevé:

- con carácter general, la legitimación para negociar en convenio colectivo las medidas planificadas será la prevista *ex* artículo 87 ET. En ausencia de convenio colectivo de aplicación, las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras negociarán las medidas planificadas mediante acuerdos de empresa (83.3 ET);
- las empresas que no cuenten con convenio colectivo, y carezcan de la representación legal de las personas trabajadoras, crearán una comisión negociadora, constituida por un máximo de seis representantes de la empresa y otros seis representantes de los trabajadores pertenecientes a los sindicatos más representativos. La negociación de las medidas planificadas será voluntaria en las empresas de cincuenta o menos trabajadores.

En cuanto al pazo para que las empresas adopten estas medidas, se dispone que:

- las entidades con convenio colectivo o con representación legal de los trabajadores tendrán que iniciar el procedimiento de negociación de las medidas planificadas, dentro del plazo máximo de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del RD o bien al momento al que alcancen el número de personas de plantilla que lo hacen obligatorio;
- las empresas que, teniendo la obligación de negociar las medidas

⁸⁸ F. VILA TIERNO, *Nuevas obligaciones laborales, nuevas incertidumbres*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2024, n. 8, p. 9.

planificadas, no cuenten ni con convenio colectivo ni con representación legal, tendrán seis meses para constituir la comisión negociadora. Una vez finalizado el plazo de tres meses desde la constitución de la comisión negociadora sin que se haya logrado un acuerdo sobre las pautas o en el supuesto de que el convenio colectivo no incluya las medidas planificadas, se aplicarán las establecidas en el RD.

Los sindicatos que respondan a la convocatoria de la empresa tienen un plazo de 10 días, ampliable a otros 10 días en caso de falta de respuesta de cualquiera de las organizaciones convocadas. La novedad aquí radica en que, en caso de que no se obtuviera respuesta en ese nuevo plazo, la empresa podrá proceder a la elaboración de las medidas planificadas.

6. Balance crítico y propuestas de mejora

La visibilidad de las personas LGBTI ha aumentado en los dos últimos años a nivel mundial, si bien, el cambio está ocurriendo a un ritmo más lento de lo que podríamos esperar. De hecho, en España, aunque no se percibe una discriminación generalizada, tampoco se ha logrado la plena normalización de las personas LGBTI en el trabajo y, por el momento, se mantienen unas variables segregadoras, estructurales e íntimamente vinculadas al empleo de esta minoría. Aun existiendo regulación previa, el punto de inflexión real en este escenario ha sido la aprobación de la Ley 4/2023, que incluye entre las posibles causas de discriminación de los trabajadores por cuenta ajena la “orientación e identidad sexual”, la “expresión de género” y las “características sexuales”, mientras que, entre las disposiciones que afectan directamente al tejido empresarial, contempla actuaciones para la igualdad de oportunidades, fomento del empleo e integración de las personas trabajadoras pertenecientes al colectivo LGTBI.

Como no podía ser de otro modo, la negociación colectiva asume aquí un papel estelar a través del binomio empresa-RLPT, unitaria o sindical, negociando protocolos que detecten y corrijan estas situaciones y convirtiendo los espacios hostiles o que se perciben así, en lugares seguros. Tanto las cláusulas de igualdad de trato, las medidas para garantizar procesos de selección, contratación, promoción profesional y ascensos no discriminatorios, así como los permisos y beneficios sociales, deben ser pactados en el seno de la NC. Una de las nuevas medidas con mayor repercusión es la obligatoriedad de desarrollar un Protocolo o Plan LGTBI, que deberán impulsar las empresas con una plantilla superior a 50 personas trabajadoras. Aunque el contenido y alcance de estas medidas sigue

pendiente de desarrollo reglamentario, el Gobierno, junto con las principales organizaciones sindicales y empresariales del país, han alcanzado un acuerdo para garantizar los derechos de este colectivo en el ámbito laboral. En él, se establecen las coordenadas para implantar el Plan LGTBI, contenido, legitimación para negociar e incluye políticas de igualdad, formación en diversidad y mecanismos de denuncia y protección.

Pese a todo, entendemos que quizá hay aspectos que podrían añadir valor y reforzar la eficacia del nuevo paquete normativo como, por ejemplo, establecer, cuotas para la contratación de estas personas en las empresas privadas y públicas al objeto de favorecer la discriminación positiva de las mismas. Igualmente, de cara a minimizar o neutralizar la discriminación en el proceso de contratación, una medida a introducir podría ser la de monitorizar las entrevistas de trabajo y que se controlen las plantillas para evaluar la representación de los diferentes colectivos. Vinculado al desarrollo de la prestación, se considera crucial, también, tener un plan para la prevención de riesgos con el que se controlen eventuales riesgos psicosociales y medidas a adoptar en caso de acoso o discriminación; complementariamente, habrán de tenerse en cuenta las necesidades sanitarias específicas de este colectivo, sobre todo, de las personas trans atendidas en el seno de la organización preventiva de la empresa e integradas en la evaluación de riesgos y la planificación de los mismos. Por último, entendemos que las organizaciones deberían ofrecer programas de sensibilización a sus plantillas visibilizando así su compromiso con la no discriminación y la igualdad de oportunidades en la empresa para las personas LGBTI.

7. Bibliografía

- ABAD T., GUTIÉRREZ M.G. (2023), *Hacia centros de trabajo inclusivos. Discriminación de las personas trans y LGTBI en el ámbito laboral en España en 2023. Retos y soluciones*
- AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2009), *Homofobia y discriminación por motivos e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea. Informe de síntesis*
- AGUILAR DEL CASTILLO M.C. (2022), *La invisibilidad de la diversidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral*, en J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- ALBERTÍN CARBÓ P., LANGARITA J.A., MAS GRAU J. (2022), *Delitos de odio anti-LGTBI+. Oportunidades, límites y desafíos en el sistema penal*, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n. extra 2, pp. 1-19

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ I. (2019), *Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas*, en *Estudios de Deusto*, n. 1, pp. 127-163
- AZABAL M., ARRUBARRENA M.I. (2023), *Delitos e incidentes de odio hacia personas LGTBI+. Prevalencia, consecuencias e impacto*, en *International e-Journal of Criminal Sciences*, n. 18, pp. 1-20
- BBVA, REDI (2023), *La gestión de la diversidad LGTBI+ en España: Análisis de las acciones corporativas y su impacto en la inclusión de las personas LGTBI+ en el contexto laboral*
- BOHÓRQUEZ ESPINEL B., CASTRO LÓPEZ M. (2021), *Discriminación de mujeres Trans en el ámbito laboral*, en *Poliantea*, n. 29, pp. 31-39
- CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA F. (2014), *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo
- CANO GALÁN Y. (2019), *Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre
- CAPELL B. (dir.) (2013), *Una cuestión de confianza: la visibilidad LGTB en el lugar de trabajo*, Workplace Pride Foundation
- CASTELLANO BURGUILLO E. (2021), *Discriminación por orientación sexual y libertad de expresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 238, pp. 281-290
- CASTRO SURÍS E. (2023), *La nueva ley de empleo a la luz de la STC 67/2022 no discriminación por identidad de género*, en *Revista justicia & trabajo*, n. extra., pp. 111-130
- CCOO (2023), *La LGTBIfobia desde la prevención de riesgos laborales*
- CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL ESPAÑA, FUNDACIÓN MUTUA MADRILEÑA (2023), *La situación de la Salud Mental en España 2023*
- FELGTB, COGAM (2013), *Estudio 2013 sobre discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en España*
- FELGTBI+ (2023), *Estado del odio: Estado LGTBI+ 2023*
- GAGLIARDONE I., GALD., ALVES T., MARTINEZ G. (2015), *Countering Online Hate Speech*, UNESCO
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2024), *Miradas y desafíos jurídicos-laborales a la diversidad sexual y de género. Especial atención al factor edad*, Dykinson

- GONZÁLEZ TORRES M. (2019), *Justicia restaurativa una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad*, en *Ciencia Jurídica*, n. 15, pp. 93-108
- HALBWACHS M. (1970), *Morphologie sociale*, Colin
- ILGA-EUROPE (2023), [Rainbow Europe Map and Index 2023](http://www.ilga-europe.org), en www.ilga-europe.org, 11 mayo
- ILGA-WORLD (2023), *Nuestras identidades bajo arresto: Un panorama global de la aplicación de normas que criminalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo y las expresiones de género diversas*
- IMOP INSIGHTS (2017), [Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades
- INNICIA, MINISTERIO DE IGUALDAD (2022), [Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans](#)
- IPSOS (2024), [LGBT+ Pride 2024. A 26-Country Ipsos Global Advisor Survey](#)
- IPSOS (2023), *LGBT+ Pride Study 2023. Global Survey*
- IPSOS (2022), *Global Advisor Predicciones para 2023*
- LARA-GARCÍA A., ESQUIVEL-ZEPEDA Á., QUIJANO-GUTIÉRREZ S. (2021), *Importancia de la diversidad cultural en la empresa global*, en *593 Digital Publisher CEIT*, n. especial 6-1, pp. 80-89
- LÓPEZ FUENTES R. (2022), *Planes de igualdad y colectivo LGTBIQ+*, en J.M. MORALES ORTEGA (coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- MAKS-SOLOMON C., DREWRY J.M. (2021), *Why Do Corporations Engage in LGBT Rights Activism? LGBT Employee Groups as Internal Pressure Groups*, en *Business and Politics*, vol. 23, n. 1, pp. 124-152
- MORALES ORTEGA J.M. (2022), *Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: Un análisis jurídico laboral*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 1, pp. 219-256
- MOYA M., MOYA-GARÓFANO A. (2020), *Discrimination, work stress, and psychological well-being in LGBTI workers in Spain*, en *Psychosocial Intervention*, n. 2, pp. 93-101
- MUÑOZ Ó. (dir.) (2019), [La diversidad LGBT en el contexto laboral en España](#), Mpátika
- NIETO ROJAS P. (2023), *El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad*, en *Labos*, n. extra 0, pp. 122-142
- OSCE (2009), [Legislación sobre los Delitos de odio \(Guía Práctica\)](#), Ministerio de Empleo y Seguridad Social

- OIT (2022), *Inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer (LGBTIQ+) en el mundo del trabajo: una guía de aprendizaje*
- OIT (2021), [Transformar las empresas mediante la diversidad y la inclusión](#)
- OIT (2012), *Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE*
- OIT (2003), *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión
- PÉREZ ANDRADA M. (dir.), *Estudio exploratorio sobre la inserción socio-laboral de las personas trans*, Innicia, Ministerio de la Presidencia, Relaciones Instituciones con las Cortes e Igualdad, 2019
- PÉREZ CAMPOS A.I. (2018), *Discriminación por asociación*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE
- PICHARDO J.I. (2010), *Mujeres lesbianas y derechos humanos*, en V. MAQUIEIRA D'ANGELO (coord.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Cátedra
- PICHARDO J.I. (coord.) (2019), [Guía ADIM LGBT+. Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones](#), Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad
- RIVAS VALLEJO P. (2021), *El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión "ad hoc"*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 2, pp. 1-10
- ROLDÁN-MESA S. (2020), [Asistencia sanitaria a personas transexuales: igualdad y libre autodeterminación de la identidad de género](#), *Trabajo Social Global*, n. 19, pp. 343-364
- RUIZ CÓRDOBA C. (2021), *La situación actual del Colectivo LGTBI en España. Un análisis legislativo de los derechos reconocidos y la protección de víctimas de discriminación por orientación sexual y/o identidad o expresión de género*, en *Ebquidad*, n. 16, pp. 141-164
- SÁEZ LARA C. (2022), [Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 43-65
- SANZ PÉREZ A. (2021), *La igualdad en las relaciones laborales. La discriminación "indirecta" por razón de sexo*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1
- SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ-MARÍN A. (2024), *La obligación de tener un Plan de Igualdad LGBTI en marzo*, en *Capital Humano*, n. 394
- UNITED NATIONS (2019), [Transgender](#), UN Free & Equal Factsheet

- VELASCO PORTERO M.T. (2020), *Libertad de expresión y prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual*, en *Temas Laborales*, n. 153, pp. 237-244
- VILA TIERNO F. (2024), *Nuevas obligaciones laborales, nuevas incertidumbres*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 8-10
- VV.AA. (2023), *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2022*, Ministerio del Interior
- VV.AA. (2022), *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2021*, Ministerio del Interior

Discriminación por razón de género: un viejo problema en un nuevo contexto sociolaboral

Susana DE LA CASA QUESADA*

RESUMEN: El nuevo contexto sociolaboral, marcado por la irrupción de la robótica y de la inteligencia artificial (IA), representa un cambio paradigmático para el empleo. El fenómeno de automatización y digitalización de los procesos genera tanto oportunidades como desafíos para la inclusión sociolaboral y la sostenibilidad del Estado de Bienestar. Es una realidad que la tecnología ha revolucionado la forma de trabajar, en ocasiones optimizando la productividad y permitiendo la automatización de tareas repetitivas, pero también generando una brecha tecnológica que requiere una adaptación constante y la necesidad de formación tecnológica para evitar la exclusión laboral. En este trabajo, se aborda el estudio de las nuevas formas de discriminación laboral por razón de género asociadas a las nuevas tecnologías y a la IA, las cuales, a pesar de los avances legislativos y de la implementación de políticas antidiscriminatorias, siguen suponiendo un desafío para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Palabras clave: Discriminación, género, brecha digital, IA.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La brecha digital de género y la discriminación laboral. 2.1. La brecha digital en las áreas rurales: un obstáculo para la igualdad de género. 2.2. Un nuevo logro en la lucha contra la brecha salarial de género: la Directiva (UE) 2023/970, de igualdad retributiva y transparencia. 3. El impacto de la discriminación algorítmica por razón de sexo en el ámbito laboral. 3.1. La transparencia, información y protección de datos como derechos de las personas trabajadoras en la era de la IA. 3.1.1. Transparencia algorítmica y derecho a la información y a la explicación. 3.1.2. Privacidad y protección de datos. 4. La IA y las relaciones laborales: un binomio necesitado de un marco jurídico garantista. 4.1. Marco normativo y ético para el despliegue de la IA. 4.2. La Ley europea de IA: un paso hacia la innovación responsable. 4.2.1. La dimensión laboral de la Ley Europea de IA. 4.3. La Ley 15/2022: un “quiero y no puedo” en la lucha contra sesgos de género en la IA. 5. Breve reflexión final. 6. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén (España).



Gender Discrimination: an Old Problem in a New Socio-Labour Context

ABSTRACT: The new socio-labour context, marked by the emergence of robotics and artificial intelligence (AI), represents a paradigmatic change for employment. The phenomenon of automation and digitalization of processes generates both opportunities and challenges for socio-labour inclusion and the sustainability of the Welfare State. It is a reality that technology has revolutionized the way of working, sometimes optimizing productivity and allowing the automation of repetitive tasks, but also generating a technological gap that requires constant adaptation and the need for technological training to avoid labour exclusion. This work addresses the study of new forms of gender-based employment discrimination associated with new technologies and AI, which, despite legislative advances and the implementation of anti-discrimination policies, continue to pose a challenge for the fundamental rights of working people.

Key Words: Discrimination, gender, digital divide, AI.

1. Introducción

La discriminación por razón de género en el contexto sociolaboral ha sido objeto de estudio y debate durante décadas¹. A pesar de los avances significativos en la legislación y las políticas de igualdad, la discriminación de género sigue siendo una realidad persistente en el mundo laboral. Esta problemática se manifiesta de diversas formas, incluyendo la brecha salarial entre hombres y mujeres, la segregación ocupacional, las dificultades en el acceso a ciertos puestos de trabajo y las condiciones laborales desiguales, entre otras.

En España, la tasa de desempleo de las mujeres es notablemente más alta que la de los hombres, situándose alrededor del 13%, en comparación con el 10,5% de los hombres².

Además, la brecha salarial de género sigue siendo la manifestación más evidente y cuantificable de que esta discriminación persiste, siendo el salario de las mujeres alrededor de un 20% menor que el de los hombres por trabajos de igual valor³. Esta disparidad no solo afecta el ingreso inmediato de las mujeres, sino que también tiene consecuencias a largo plazo en términos de seguridad social, pensiones y seguridad financiera, entre otras.

Otro aspecto preocupante es la parcialidad en el empleo, que afecta desproporcionadamente a las mujeres, muchas de las cuales optan o se ven obligadas a aceptar trabajos a tiempo parcial debido a la falta de oportunidades a tiempo completo o a la necesidad de cuidar a familiares dependientes⁴.

La infrarrepresentación de las mujeres en cargos directivos y de toma de decisiones también es evidente. Se presume que las mujeres están menos comprometidas con sus carreras profesionales o que no pueden ocupar puestos de responsabilidad debido a sus roles familiares, lo que lleva a una menor representación femenina en puestos de liderazgo.

¹ «El concepto de discriminación y, en particular, el de la discriminación en el empleo, ha sufrido cambios importantes tanto en la propia noción como en la lista de “factores odiosos” inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios. En esa evolución el viejo principio de no discriminación, considerado como mero apéndice del principio de igualdad, se ha convertido en un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional y a nivel europeo» (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 20).

² Datos obtenidos del INE, *Parados por sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo*, en *ine.es*, 1º agosto 2024.

³ V. PINHEIRO, M.N. VAEZA, *Una nueva normalidad con igualdad salarial entre hombres y mujeres*, en *www.ilo.org*, 17 septiembre 2020.

⁴ Véase INE, *Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres. España y UE-28. (De 15 y más años)*, en *www.ine.es*, 1º agosto 2024.

La segregación ocupacional es otro aspecto de la discriminación de género en el ámbito laboral. A menudo, las mujeres se encuentran concentradas en sectores de baja remuneración y con menor prestigio social, mientras que los hombres dominan en campos mejor remunerados y con mayor reconocimiento. Esta segregación se ve reforzada por estereotipos de género que asocian ciertas habilidades y profesiones con uno u otro sexo.

Como podemos ver, las causas de esta discriminación son múltiples y tienen sus raíces en estereotipos, sesgos y roles de género arraigados culturalmente. A estas causas de discriminación que podemos denominar “tradicionales” – aunque no por ello dejan de carecer de relevancia y de la necesidad de seguir trabajando en su erradicación a través de la implementación de políticas que promuevan la igualdad de oportunidades, como medidas de transparencia salarial, programas de mentoría y liderazgo para mujeres, y una mejor legislación que fomente la conciliación de la vida laboral y personal – hemos de añadir la aparición en los últimos tiempos de “nuevas” formas de discriminación por razón de género asociadas a las tecnologías (TIC) y a la inteligencia artificial (IA).

En este estudio, abordaremos el análisis de dichas “nuevas” formas de discriminación laboral por razón de género, surgidas del actual contexto sociolaboral, que presenta tanto desafíos como oportunidades para las personas trabajadoras, las empresas y la sociedad en su conjunto. Para ello, dedicaremos las primeras páginas al análisis de la brecha digital de género y a su impacto en la discriminación laboral para posteriormente referirnos a la discriminación por razón de género y a la repercusión que la IA ha supuesto sobre la misma, especialmente en el ámbito laboral.

2. La brecha digital de género y la discriminación laboral

A pesar de los esfuerzos realizados para superar la brecha digital, existen barreras que persisten y que requieren atención y estrategias específicas para ser superadas. Es el caso de las brechas de acceso a internet por falta de disponibilidad de infraestructuras tecnológicas; las brechas de uso por la falta de habilidades y conocimientos necesarios para aprovechar plenamente las TIC; las brechas de contenido por la escasez de información y recursos digitales relevantes en determinados idiomas, lenguajes o contextos culturales; la brecha de género que se caracteriza por la existencia de diferencias notables entre mujeres y hombres en las competencias digitales especializadas; la brecha generacional entre jóvenes y mayores en el uso y comprensión de las TIC; la brecha educativa debido a la disparidad

en la calidad de la educación y la falta de programas de formación digital y, la desigualdad económica que hace que las personas con menos recursos pueden tener mayores dificultades para adquirir dispositivos tecnológicos o pagar por el acceso a internet⁵.

De entre ellas, la brecha digital de género entendida como la desigualdad en el acceso y uso de las tecnologías digitales entre hombres y mujeres, se traduce en una menor participación de las mujeres en la economía digital. Esta brecha no solo limita las oportunidades de empleo y desarrollo profesional para las mujeres, sino que también tiene un impacto en su capacidad para participar plenamente en la sociedad y en la toma de decisiones. Las mujeres tienen menos probabilidades que los hombres de tener habilidades digitales avanzadas y de trabajar en el sector de las TIC⁶. Esto se debe a una variedad de factores, incluyendo estereotipos de género, falta de modelos a seguir y barreras culturales que desalientan a las mujeres a optar por puestos de trabajo con una alta presencia de TIC⁷.

Según el informe del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI) *Brecha digital de género 2023*⁸, solo el 17,8% de las mujeres susceptibles de trabajar tiene formación STEM (acrónimo en inglés de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas). En 2020, había 12,3 graduadas en STEM por cada mil habitantes de ese intervalo de edad frente a 29,2 graduados. En las ramas de informática e ingeniería es donde más diferencias por género se dan, con solo un 13,5% y 27,9% de graduadas en el curso 2020-2021.

Por otra parte, menos de un 20% (19,4%) de especialistas en tecnologías digitales son mujeres. Además, los salarios en el sector son más altos en hombres, si bien esta brecha es más grande en el resto de la UE que en España.

⁵ Resulta interesante consultar el estudio de revisión sobre los retos y oportunidades de la digitalización y su impacto sobre la mujer de M. SÁINZ, L. ARROYO, C. CASTAÑO, *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, 2020.

⁶ Estudios como el de MOBILE WORLD CAPITAL BARCELONA, *Digital Talent. Overview 2023. Analizando el estado del talento digital*, 2023, revelan que las mujeres aún están subrepresentadas en puestos técnicos y especializados dentro del sector digital. Véase también M. WEST, R. KRAUT, H.E. CHEW, *I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education*, EQUALS, UNESCO, 2019.

⁷ Véase la distinción que realiza M. LUQUE PARRA, *IA y seguridad y salud laboral: la dicotomía entre ser un gran aliado productivo y un "riesgo laboral emergente"*, en A. GINÈS I FABRELLAS (dir.), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, Aranzadi, 2023, p. 323, entre brecha digital interna y exógena.

⁸ Pueden consultarse también los datos INE, *Mujeres y hombres Ciencia y tecnología, sociedad de la información. Brecha digital de género según uso de tecnologías. Serie 2020-2023*, en *ine.es*, 1º agosto 2024.

Frente a la brecha digital de género se impone la necesidad de crear un futuro más inclusivo y equitativo, adoptando un enfoque integral que incluya políticas públicas, iniciativas privadas y la participación activa de la sociedad, entre las que se incluyan medidas como:

- la promoción de las condiciones necesarias para que las niñas y las mujeres adquieran una educación y formación que abarque habilidades digitales y competencias tecnológicas. Esto puede lograrse a través de programas educativos inclusivos y campañas de sensibilización que fomenten la participación femenina en campos STEM;
- la implementación de políticas de igualdad de género en el lugar de trabajo. Las empresas deben comprometerse a crear entornos laborales inclusivos y equitativos. Esto incluye políticas de igualdad salarial, programas de mentoría y patrocinio para mujeres, y la promoción de una cultura organizacional que valore la diversidad y la inclusión;
- el fomento de la participación femenina en la toma de decisiones especialmente en sectores relacionados con la tecnología y la innovación. Esto puede contribuir a que los productos y servicios tecnológicos reflejen mejor las necesidades y perspectivas de toda la población;
- facilitar el acceso a recursos y financiación por parte de las mujeres emprendedoras y las empresas lideradas por mujeres que les permitan desarrollar sus proyectos en el ámbito digital;
- el desarrollo de legislación y regulaciones que promuevan la igualdad.

Es necesario afrontar la discriminación tecnológica sufrida por las mujeres rompiendo los estereotipos vinculados al género en el trabajo digital para facilitar el tránsito a la emancipación, autonomía y dignidad de las mujeres⁹.

Son varios los países que han implementado programas y políticas destinados a afrontar los desafíos que impone la brecha digital en el ámbito laboral. Estas iniciativas varían desde la inversión en infraestructura TIC hasta programas de formación y educación en habilidades digitales. Además, algunas organizaciones internacionales y ONG están trabajando para promover la inclusión digital a través de asociaciones público/privadas y proyectos de desarrollo.

El éxito de estas iniciativas se mide a través de varios indicadores, como

⁹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2024, n. 479.

el aumento en el acceso a internet, la mejora en las competencias digitales de las personas trabajadoras y la reducción de la brecha de género en el empleo de las TIC. Sin embargo, la medición del impacto a largo plazo y la sostenibilidad de estas políticas sigue siendo un área merecedora de una especial atención.

Entre las medidas más destacables que se han implementado en España para abordar esta problemática encontramos el Plan Nacional de Competencias Digitales de 2021, con un presupuesto de 3.750 millones de euros, que persigue el objetivo de que para el año 2025, el 80% de la ciudadanía tenga al menos competencias digitales básicas.

El plan [España digital 2026](#), incluye 42 medidas divididas en 12 ejes estratégicos, uno de los cuales se centra en las competencias digitales y la reducción de la brecha digital tanto en la población activa como en la no activa laboralmente (Eje 9, Medida 37)

Otra iniciativa importante que se inserta dentro del mencionado plan [España digital 2026](#) es el [Programa de Competencias Digitales para la Infancia \(Programa CODI\)](#) que busca garantizar la inclusión digital desde la infancia, especialmente para niños y adolescentes en riesgo de exclusión digital. Este programa tiene como meta formar en competencias digitales a 950.000 niños y adolescentes para el año 2025, con una inversión de 222 millones de euros.

La existencia de este tipo de iniciativas demuestra que nos hallamos ante un desafío complejo que requiere que los países y las organizaciones internacionales trabajen juntos para garantizar que todas las personas trabajadoras, independientemente de su ubicación o circunstancias, tengan la oportunidad de participar plenamente en la economía digital del futuro.

2.1. La brecha digital en las áreas rurales: un obstáculo para la igualdad de género

Como acabamos de ver, uno de los principales obstáculos con el que nos encontramos a la hora de reducir la brecha digital es la desigualdad en el acceso a las TIC que, en el caso de nuestro país, adquiere una especial gravedad para las personas que viven en las zonas rurales, observando una diferencia notable respecto a las que viven en zonas urbanas. Esta brecha de acceso que se debe a las diferencias socioeconómicas entre las personas y entre las distintas regiones geográficas no solo se manifiesta en la falta de infraestructura tecnológica, sino también en la limitada disponibilidad de oportunidades para adquirir habilidades digitales necesarias en la sociedad actual.

Las mujeres en el medio rural se enfrentan a una doble discriminación: la primera, asociada a su entorno de residencia en términos de oportunidades laborales, acceso a servicios y conectividad física y digital; y, la segunda, provocada por el hecho de ser mujer. Así, las barreras que genera la primera se ven magnificadas cuando interactúan con la variable género, en particular en tres aspectos: mayor precariedad en el empleo, infrarrepresentación en la toma de decisiones en el ámbito rural y mayor desequilibrio en la conciliación¹⁰.

Como consecuencia de todo esto, su participación y contribución plena a la generación de las rentas del trabajo se ve limitada, lastrando el desarrollo económico y el bienestar de las personas tanto en el entorno rural como en el conjunto de la sociedad.

Un informe reciente elaborado por ClosinGap, en colaboración con CaixaBank y Analistas Financieros Internacionales (Afi)¹¹, indica que el costo mínimo de la brecha de género en las zonas rurales en España equivale al 3,1% del PIB de 2019, lo que representa al menos 38.500 millones de euros.

En cuanto a las condiciones laborales, el informe indica que la precariedad laboral se acentúa en las mujeres que viven en las zonas rurales en comparación con los hombres. Las mujeres tienen una mayor tasa de temporalidad y parcialidad que los hombres en sus contratos de trabajo. Esta mayor precariedad de la mujer rural se da en un contexto de mercado laboral agrícola nacional en las posiciones de cola en Europa en cuanto a inclusión del talento femenino. En concreto, España es el quinto país europeo con la tasa de actividad rural femenina más baja (73% con una brecha de género de 8,8 puntos porcentuales); es el tercero de Europa con la tasa de empleo rural femenino más baja (64% con una brecha de género de 9,9 puntos) y el segundo con mayor tasa de paro femenino rural (12,9% con una brecha de género de 2,7 puntos). La tasa de temporalidad de las mujeres agrícolas es del 60,9%, mientras que la de los hombres agrícolas es del 52%. Además, la tasa de parcialidad de las mujeres rurales es del 13,9% frente al 5,3% de los hombres rurales. En este sentido, la brecha de género en la temporalidad de las actividades agrícolas es de 8,9 puntos, frente a una

¹⁰ Las mujeres rurales dedican un total de 4 horas y 43 minutos a la atención y cuidado de la familia y del hogar, lo que supone 2 horas y 7 minutos más que el tiempo que dedican los hombres rurales a estos quehaceres (AMFAR, [Digitalización y teletrabajo: dos claves frente a la discriminación laboral de las mujeres rurales](#), en [www.europapress.es](#), 8 marzo 2022).

¹¹ CLOSINGAP, [Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural](#), Informe Women for a Healthy Economy, 2022, n. 12. Véase también CLOSINGAP, [La brecha de género se intensifica en el mundo rural: mayor precariedad laboral, infrarrepresentación en la toma de decisiones y peor conciliación](#), en [closingap.com](#), 2 febrero 2022.

media nacional de 1,8 puntos, mientras que en el caso de la parcialidad se sitúa en 8,6 puntos.

Por otro lado, el informe también indica que, en general, las mujeres rurales tienen un porcentaje mayor de alto nivel educativo (22,8%) que los hombres rurales (15,6%), aunque esta situación no se traduce en mejores oportunidades o condiciones laborales para las mujeres, pese a que los hombres tienden a realizar tareas para las que no están suficientemente cualificados (el porcentaje de infracualificación de los hombres rurales es mayor que el de las mujeres: 39,6% frente a 35,6%).

Según las conclusiones de ClosinGap, «el potencial del teletrabajo para revertir la despoblación del medio rural es muy relevante, ya que el eventual retorno al medio rural en modalidad de teletrabajo de las personas que migraron a zonas urbanas, especialmente mujeres, supondría un importante impacto económico»¹².

Para mitigar los efectos de la brecha digital en mujeres rurales, es crucial implementar políticas públicas y privadas que mejoren la infraestructura tecnológica, asegurando que las áreas rurales tengan acceso a servicios de internet de alta calidad y asequibles; fomenten la educación y capacitación de las mujeres de áreas rurales en TIC; en definitiva que se incentive la creación de espacios que permitan a las mujeres rurales ser creadoras y no solo consumidoras de tecnología, promoviendo así su autonomía y liderazgo.

2.2. Un nuevo logro en la lucha contra la brecha salarial de género: la Directiva (UE) 2023/970, de igualdad retributiva y transparencia

La Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento, es una respuesta al persistente problema de la desigualdad salarial y forma parte del compromiso más amplio de la UE con la igualdad de género¹³. Se alinea

¹² CLOSINGAP, *La brecha de género se intensifica en el mundo rural: mayor precariedad laboral, infrarrepresentación en la toma de decisiones y peor conciliación*, cit. Es necesario advertir sobre los riesgos que el teletrabajo puede suponer para las mujeres. En tal sentido véase, entre otros, M. DURÁN BERNARDINO, *Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2021, n. 21.

¹³ M.A. BALLESTER PASTOR, *La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva*, Brief AEDTSS, 2023, n. 37.

con los valores consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que obliga a los estados miembros a garantizar la aplicación del principio de igual remuneración por igual trabajo.

Los requerimientos de la Directiva van a suponer que los Estados miembros tengan que llevar a cabo ajustes en su normativa interna para adaptarla a las previsiones de la misma. En el caso de España, si bien el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, prevé para determinadas cuestiones una protección mayor que la que recoge la Directiva – como ocurre con la obligación de transparencia en todas las empresas y no sólo en las de más de cien personas trabajadoras – en otras cuestiones supondrá la necesidad de llevar a cabo modificaciones de mayor calado para conseguir el citado ajuste.

Veamos, de manera resumida, cuáles son los aspectos claves que la Directiva prevé con el objetivo de reforzar la lucha antidiscriminatoria en materia de igualdad retributiva:

- *transparencia salarial*. Los empleadores deben tener estructuras salariales claras y objetivas que prevengan la discriminación por motivos de género. Esto incluye proporcionar a los solicitantes de empleo información sobre el salario inicial o el rango de pago para un puesto, antes de una entrevista. Además, la retribución del puesto ofertado deberá hacerse pública y no se podrá preguntar a las personas que optan a dicho puesto por sus salarios anteriores;
- *evaluación del trabajo*. La Directiva exige que la evaluación del trabajo de igual valor debe basarse en criterios como habilidades, esfuerzo, responsabilidad y condiciones laborales, aplicados de manera objetiva y sin sesgos de género;
- *mecanismos de cumplimiento*. Los Estados miembros deben garantizar que las personas empleadoras cuenten con mecanismos para cumplir con la Directiva, incluido el suministro de la información necesaria a las personas trabajadoras y autoridades.;
- *aplicación*. La Directiva prevé el establecimiento de órganos responsables de supervisar el cumplimiento y apoyar a las víctimas de discriminación.

La Directiva, por tanto, representa un avance en los esfuerzos de la UE para promover la igualdad de género en el lugar de trabajo. Resulta obvio que su implantación requerirá esfuerzos concertados de todas las partes interesadas, incluidos gobiernos, personas empleadoras e interlocutores sociales, para crear un entorno de trabajo justo y equitativo para todos.

No nos encontramos sólo ante un requisito legal sino también ante un imperativo moral para construir una sociedad más inclusiva donde todas las personas, independientemente de su género, sean valoradas y compensadas

de manera justa por el desempeño de su trabajo.

3. El impacto de la discriminación algorítmica por razón de sexo en el ámbito laboral

La IA ha transformado el mundo laboral de maneras inimaginables, optimizando procesos y facilitando la toma de decisiones, pero también generando una serie de riesgos potenciales sobre los derechos fundamentales, la intimidad, la protección de datos, la igualdad y no discriminación¹⁴ y la seguridad y salud laboral¹⁵. Existe una creencia generalizada que consiste en entender que las decisiones tomadas por sistemas de IA están revestidas de una apariencia de objetividad e infalibilidad, mayor precisión y neutralidad, frente a las tomadas por los humanos que suelen identificarse con procesos caracterizados por estar adolecidos de subjetividad, discrecionalidad o arbitrariedad. Sin embargo, esta tecnología no está exenta de desafíos, especialmente en lo que respecta al sesgo de género¹⁶. La omnipresencia de la IA no garantiza para nada la

¹⁴ Según el último informe elaborado por M. CAZZANIGA ET AL., *Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Notes, 2024, n. 1, p. 18 ss., podemos llegar a la conclusión de que, en la mayoría de los escenarios, la IA probablemente empeorará la desigualdad general.

¹⁵ Siendo muy extensa la doctrina que se ha dedicado al estudio del impacto de la IA sobre el empleo pueden consultarse, entre otros, J.E. LÓPEZ AHUMADA, *El desarrollo de la inteligencia artificial y sus consecuencias en el empleo*, y J. LOSADA CARREÑO, *El impacto de la automatización cognitiva y la robótica avanzada en el mercado laboral*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo*, en *ignasibeltran.com*, 17 enero 2022; J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el Derecho Digital del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2022, y J.R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017; H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi, 2020.

¹⁶ «Tras analizar las imágenes generadas por DALL-E 2 y Stable Diffusion, dos de las herramientas de IA más utilizadas para crear imágenes a partir de texto, los investigadores descubrieron que los estereotipos más habituales, como relacionar las profesiones de poder con hombres y las de “asistente” o “repcionista” con mujeres, empiezan a perpetuarse de manera peligrosa también en el mundo virtual. En cuanto a los rasgos de personalidad, los resultados también mostraron importantes estereotipos: cuando se agregaban adjetivos como “compasivo”, “emocional” o “sensible” para describir una profesión, la IA ofrecía más imágenes de mujeres; mientras que, si las palabras adicionales eran “obstinado” o “intelectual”, en la mayoría de los casos, los resultados eran imágenes de hombres» (M. IBÁÑEZ, *El algoritmo es machista y racista. Ellos son los jefes, ellas son compasivas...*, en *www.abc.es*, 11 abril 2023).

inclusión ni la equidad. Con menos del 25% de los puestos de trabajo del sector tecnológico ocupados por mujeres, la desproporción de género en los equipos de desarrollo de IA lleva a la creación de soluciones tecnológicas con un marcado sesgo de género.

Uno de los procesos en los que con mayor frecuencia se detectan situaciones de discriminación es el proceso de selección y contratación¹⁷. Si bien la era digital ha traído consigo avances significativos en la forma en que las empresas realizan dichos procesos gracias a los sistemas de seguimiento de solicitantes (ATS) consistentes en un software, que permite centralizar toda la información de los candidatos para agilizar el proceso de reclutamiento, y otras herramientas basadas en IA que prometen agilizar estos procesos y hacerlos más eficientes, sin embargo, junto con los beneficios, surgen preocupaciones legítimas sobre la discriminación algorítmica, un fenómeno donde los sesgos involuntarios en los algoritmos pueden llevar a decisiones de contratación injustas y discriminatorias¹⁸.

La “datificación” en la confección de las ofertas de empleo, está dando lugar a situaciones en las que se da prioridad a los perfiles de los candidatos antes que a la aptitud requerida para el puesto de trabajo en cuestión. Así lo ha advertido la propia European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)¹⁹. Con la aplicación de los algoritmos a los procesos de selección se obtienen unos resultados a partir de la combinación de datos con una serie de variables en función del objetivo, partiendo del big data; sin embargo, desde la perspectiva laboral, y específicamente antidiscriminatoria, a diferencia de otros ámbitos, es importante tener en cuenta que es más relevante la forma en que se tratan los datos que la forma en que éstos se obtienen, en la que es necesario respetar la dimensión jurídica, con especial atención al cumplimiento de los derechos fundamentales y a la dimensión ética²⁰.

Un buen ejemplo de las consecuencias discriminatorias que para las mujeres puede acarrear el hecho de dejar la toma de decisiones de contratación laboral en manos de algoritmos lo protagonizó hace unos años

¹⁷ Véase C. SERRANO FALCÓN, *Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos*, y S. MORENO CÁLIZ, *Análisis del comportamiento de las plataformas de captación, selección y contratación de trabajadores que emplean algoritmos para la adopción de decisiones*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi, 2022.

¹⁸ Véase N. BELLOSO MARTÍN, *La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial atención a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?*, en F. LLANO ALONSO (dir.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum, 2022.

¹⁹ FRA, *Big data, algorithms and discrimination*, FRA in Brief, 2018.

²⁰ S. OLARTE ENCABO, *La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 119, p. 86.

la compañía Amazon. La multinacional estadounidense había estado utilizando durante cuatro años un sistema de IA en el proceso de contratación de su personal que tuvo que ser descartado por sexista. El modelo había sido entrenado con datos de los trabajadores de la empresa durante la década anterior y resultaba que, tratándose de un sector altamente masculinizado como es el tecnológico, la mayoría de los perfiles analizados eran de hombres. Como resultado, y aunque no se incluyera el sexo de las candidatas en la solicitud, el algoritmo “aprendió” a penalizar los currículos que incluían palabras que se pudieran asociar con el género femenino, descartando por sistema la contratación de mujeres²¹.

Existen estudios significativos sobre este tema como los realizados por la profesora Rivas Vallejo²², que analiza el impacto discriminatorio del uso de algoritmos en entornos laborales desde una perspectiva de género. La autora manifiesta la necesidad de implementar medidas de transparencia y herramientas de gestión para mitigar los efectos de la discriminación algorítmica, así como abordajes jurídicos para la tutela frente a situaciones de discriminación provocadas por el uso de algoritmos.

Es necesario combinar la protección de datos con la legislación antidiscriminatoria para abordar la discriminación derivada de decisiones automatizadas. La interpretación de los algoritmos y la intervención humana significativa son aspectos cruciales para garantizar que las decisiones basadas en IA no resulten discriminatorias. En algunas empresas se están comenzando a utilizar tecnologías de procesamiento del lenguaje y de las imágenes para detectar sesgos de género que podrían pasar desapercibidos para los humanos. Estas herramientas pueden ayudar a prevenir la discriminación antes de que ocurra, asegurando que incluso los directivos que creen ser imparciales no perpetúen inadvertidamente la desigualdad²³.

Es innegable que la lucha contra el sesgo de género en la IA es compleja y requiere un enfoque multifacético²⁴. Se debe obligar a las empresas a utilizar datos desprovistos de sesgos, promover la diversidad en los equipos

²¹ J. DASTIN, *Amazon scraps secret ai recruiting tool that showed bias against women*, en www.reuters.com, 11 octubre 2018.

²² P. RIVAS VALLEJO, *Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 66, y P. RIVAS VALLEJO, *Sesgos de automatización y discriminación algorítmica*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *op. cit.*

²³ C. MOLINA NAVARRETE, «Duelo al sol» (digital). *¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 457.

²⁴ Sobre los desafíos éticos del uso de la IA en el ámbito laboral véase A. GINÈS I FABRELLAS, *La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos*, en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

de desarrollo de la IA y aplicar una supervisión humana rigurosa. Asimismo, es esencial que se implementen marcos jurídicos y éticos que promuevan la equidad y la transparencia en el uso de la IA en el ámbito laboral.

Al implementar estas estrategias, podremos trabajar hacia un futuro donde la IA sea una herramienta de inclusión y equidad, no de discriminación.

3.1. La transparencia, información y protección de datos como derechos de las personas trabajadoras en la era de la IA

La protección contra la discriminación algorítmica, la transparencia en las decisiones automatizadas y la privacidad son pilares fundamentales en la construcción de nuestro futuro por lo que es necesario abordar proactivamente estas cuestiones para asegurarnos que la tecnología esté al servicio del bienestar de las personas trabajadoras y contribuya positivamente al progreso de nuestra sociedad²⁵.

La FRA ha formulado diversas propuestas para la protección de los derechos fundamentales en el desarrollo y uso de los algoritmos en el marco de la Estrategia europea de IA y en conexión con las soluciones ya avanzadas por el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), que constituye, hasta la fecha, la regulación normativa más importante sobre el binomio derechos fundamentales e IA. Si la Estrategia Europea quiere situar a la persona en el centro de la IA, es decir persigue una IA centrada en el ser humano, el RGPD establece la prohibición general de decisiones únicamente automatizadas con efectos jurídicos sobre los interesados (art. 22) y les asegura una intervención humana y garantías como el derecho de explicación y la evaluación de impacto (arts. 13, 14 y 15)²⁶.

3.1.1. Transparencia algorítmica y derecho a la información y a la explicación

La transparencia algorítmica se refiere a la claridad y comprensibilidad

²⁵ Véase A. TODOLÍ SIGNES, *Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos*, y P. RIVAS VALLEJO, *Herramientas desde el derecho antidiscriminatorio y la protección frente a la igualdad y a la no discriminación*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *op. cit.*

²⁶ C. SÁEZ LARA, *El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 155, p. 52.

de los procesos y decisiones tomadas por algoritmos, especialmente aquellos que involucran aprendizaje automático y toma de decisiones basada en datos. Este concepto es fundamental para garantizar que las personas usuarias y las partes afectadas entiendan cómo se toman las decisiones que les afectan y para asegurar que estos procesos sean justos y no discriminatorios.

El derecho a la información, por otro lado, es un pilar de las sociedades democráticas que permite a los ciudadanos acceder a información relevante y necesaria para ejercer sus derechos y responsabilidades cívicas. En el contexto de la transparencia algorítmica, este derecho se extiende a comprender cómo los sistemas algorítmicos procesan y utilizan los datos personales y cómo estos influyen en las decisiones que afectan a la vida cotidiana de las personas.

Mientras que en las decisiones adoptadas “al modo tradicional” resulta lógico en el común de los casos entender como suficiente un razonamiento simple de los motivos de la decisión, cuando se trata de decisiones automatizadas, la explicación simple, justificando la decisión en que la selección se ha hecho por un algoritmo es a todas luces escasa y poco convincente, por lo que requiere dar cuenta de la esencia del funcionamiento del propio sistema de IA utilizado para llegar a tal conclusión si se quiere ofrecer la mínima justificación²⁷.

Los artículos 13.2.f y 14.2.g del RGPD configuran el llamado derecho de explicación sobre la lógica aplicada por las decisiones exclusivamente automatizadas (así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado), que deberá realizarse a través de una información específica y de fácil acceso. El RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada; no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo, pero sí una información suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión²⁸.

En este contexto, en nuestro país, iniciativas como el Certificado de Transparencia Algorítmica de Adigital (Asociación Española de la Economía Digital)²⁹, destacan el compromiso de la industria digital por la transparencia y el buen gobierno de la tecnología. Este tipo de certificaciones alinea a las empresas con las expectativas y la agenda

²⁷ P. RIVAS VALLEJO, *Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo*, cit., p. 14.

²⁸ Véase el Título II, Capítulo I, de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

²⁹ Véase ADIGITAL, *Adigital presenta su Certificación de Transparencia Algorítmica en el Foro Global sobre la Ética de la IA de la UNESCO*, en www.adigital.org, 13 febrero 2024.

legislativa de instituciones públicas sobre IA, promoviendo prácticas responsables y éticas en el desarrollo y uso de algoritmos.

La transparencia algorítmica y el derecho a la información son, por lo tanto, aspectos cruciales para el avance de una sociedad informada y justa. Las personas trabajadoras tienen derecho a ser informadas sobre cómo la IA y los algoritmos afectan a sus condiciones de trabajo y oportunidades laborales.

3.1.2. Privacidad y protección de datos

La capacidad de la IA para procesar y analizar grandes volúmenes de información plantea interrogantes sobre cómo se manejan y protegen estos datos³⁰. La protección del artículo 22 RGPD se extiende a las decisiones únicamente automatizadas, tanto parciales o previas (elaboración de perfiles) como finales o definitivas, pero siempre que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente de modo similar a la persona interesada; por tanto, esa afectación jurídica o significativa a los interesados de las decisiones automatizadas es otra pieza clave del precepto. Las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, relativas a la contratación o despido de trabajadores o a su promoción económica o profesional estarían claramente dentro de las decisiones a las que se refiere el art. 22 RGPD.

No obstante, no nos encontramos ante una prohibición absoluta, pues el apartado 2 del art. 22 recoge tres excepciones entre las que se encuentra la inaplicabilidad de dicha decisión cuando sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato. Por tanto, si el volumen de datos es tal que requiere el uso de la IA, estarían autorizadas las decisiones “únicamente” automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) con efectos jurídicos o similares en el ámbito laboral, que sean necesarias para la celebración y la ejecución del contrato.

Finalmente, el RGPD establece importantes garantías frente a las decisiones automatizadas. Cuando se trata de decisiones únicamente automatizadas con efectos relevantes sobre las personas interesadas, el RGPD establece, como hemos visto, una regulación específica, tanto en relación con los derechos de información de los interesados (arts. 13 y 14), como en relación con el derecho de acceso de estos a los datos personales

³⁰ Véase C. MOLINA NAVARRETE, *Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 459.

y a la información proporcionada por el responsable del tratamiento de, entre otras cuestiones, si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la información sobre la categoría de datos, los destinatarios de los mismos, el plazo de conservación, si se han transferido a un tercer país u organización internacional... (art. 15)³¹.

En nuestro país, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha reconocido la importancia de estas cuestiones y ha publicado guías y regulaciones para ayudar a las organizaciones a navegar por el complejo paisaje de la IA y la privacidad de datos. Así, la guía [*Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*](#) proporciona un marco de actuación para que las empresas aseguren que sus aplicaciones de IA cumplan con el RGPD³².

La Asociación Profesional Española de Privacidad (APEP) también aborda estos desafíos, ofreciendo formación y recursos para que los profesionales de la privacidad puedan comprender y gestionar las implicaciones de la IA en la protección de datos.

El equilibrio entre la innovación tecnológica y la protección de la privacidad es delicado y requiere una consideración cuidadosa. Las empresas deben garantizar que el uso de IA para supervisar a sus empleados/as no infrinja su privacidad ni su bienestar implementando prácticas de IA que respeten la privacidad y estén en línea con las regulaciones vigentes. Esto incluye realizar evaluaciones de impacto en la protección de datos, garantizar la transparencia en el procesamiento de datos y fomentar la confianza de los usuarios al demostrar un compromiso firme con la protección de su información personal³³.

4. La IA y las relaciones laborales: un binomio necesitado de un marco jurídico garantista

La irrupción de la IA en el ámbito laboral ha generado un debate

³¹ C. SÁEZ LARA, *op. cit.*, p. 53 ss.

³² Sobre el RGPD véase el análisis que realiza C. SÁEZ LARA, *op. cit.*, p. 52 ss.

³³ Sin constituir el objeto principal de este estudio sí entendemos que resulta de especial relevancia la problemática que suscita el uso de la IA y su intromisión en las emociones, estados de ánimo, intenciones... de las personas trabajadoras. En este sentido puede consultarse, entre otros, A.B. MUÑOZ RUIZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento y emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, 2023; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, 2023.

multidisciplinar sobre la necesidad de un marco jurídico que garantice los derechos de las personas trabajadoras y regule las responsabilidades de los empleadores³⁴.

El impacto de la IA en el trabajo no es uniforme; varía según los sectores y los roles desempeñados. Además, la IA está modificando el tipo de competencias y habilidades requeridas, lo que plantea desafíos significativos para la formación y el desarrollo profesional. Por ejemplo, la automatización de tareas repetitivas puede liberar a las personas trabajadoras para que se centren en actividades más creativas y estratégicas, pero también puede conllevar la obsolescencia de ciertas habilidades y puestos de trabajo.

Si bien, la IA en el ámbito laboral no es solo una herramienta para mejorar la eficiencia y la productividad; también es un catalizador de cambios profundos en la forma en que trabajamos y en la estructura misma del mercado laboral. Desde el soporte automatizado al cliente hasta el mantenimiento predictivo y la generación de contenido, la IA está transformando industrias enteras.

Ante esta realidad, surge la necesidad de un marco jurídico garantista que proteja a las personas trabajadoras y asegure una transición justa hacia la nueva era digital. Un marco que contemple la protección de datos personales, la seguridad laboral, la equidad en el acceso a oportunidades de formación y la regulación de nuevas formas de empleo que la IA pueda generar.

La IA tiene el potencial de ser una fuerza positiva en el mundo laboral, pero solo si se gestiona de manera responsable y con una visión a largo plazo de sus implicaciones sociales y éticas.

4.1. Marco normativo y ético para el despliegue de la IA

Como venimos diciendo, la IA está transformando el mundo a un ritmo sin precedentes, y España no es una excepción. Con la creciente integración de la IA en diversos sectores, surge la imperiosa necesidad de establecer un marco normativo que regule su uso ético y responsable. Este marco no solo debe garantizar la seguridad y los derechos de los ciudadanos, sino también fomentar la inversión y la innovación en el ámbito de la IA.

³⁴ Sobre el marco regulatorio extraestatutario véase S. DEL REY GUANTER, *Inteligencia artificial, algoritmo y big data en el ámbito laboral. Consideraciones en torno a su marco regulatorio*, en A. GINÉS I FABRELLAS (dir.), *op. cit.*

España, consciente de estos desafíos, ha emprendido una serie de iniciativas que promuevan una IA confiable, explicable, transparente e inclusiva con el objetivo de aprovechar las oportunidades que ofrece, al tiempo que abordar sus retos, estableciendo condiciones idóneas para su promoción y despliegue³⁵.

En 2022 fue aprobada la estrategia *España digital 2026*³⁶, pensada como un marco general para el avance de la estrategia digital en España en base a doce ejes principales concretados en una serie de medidas que buscan, en línea con la estrategia marcada por la Comisión Europea, impulsar una transición digital que concilie las nuevas oportunidades que ofrece el mundo de la IA con el respeto de los valores constitucionales y la protección de los derechos individuales y colectivos.

Una de las medidas incluidas en dicha estrategia consiste en el establecimiento de un Sandbox Regulatorio de IA³⁷. Este espacio digital, desarrollado en colaboración con la Comisión Europea, tiene como objetivo conectar a las autoridades competentes con las compañías desarrolladoras de IA. La finalidad es generar directrices de buenas prácticas y guías que preparen y sensibilicen a las empresas, especialmente a pymes y startups, para facilitar su puesta en marcha.

Otro de los ejes de la estrategia *España digital 2026* y de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española es la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA)*. Su objetivo general es proporcionar un marco de referencia para el desarrollo de la IA con la finalidad de mejorar el tejido productivo español impulsando su competitividad, en el entendimiento de que esa IA debe ser inclusiva, sostenible y centrada en la ciudadanía. La *ENIA* contempla distintas acciones, entre ellas, la publicación de la *Carta de Derechos Digitales (CDD)* y algunas referidas a la creación y gestión de datos.

La *CDD*, adoptada por el Gobierno en 2021, recoge un conjunto de principios que deben inspirar la adopción de los proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas, con la finalidad de garantizar los derechos individuales y colectivos a los que también se refiere la citada *CDD* en el contexto de la nueva realidad digital. No constituye un texto normativo, aunque su redacción – con expreso reconocimiento de derechos

³⁵ Véase la página web de espanadigital.gob.es dedicada al *Marco normativo y ético para el despliegue de la IA*.

³⁶ Véase la página web *Medidas y avances. Conoce el detalle de España Digital 2026*.

³⁷ Para más información sobre el primer piloto de Sandbox de regulación de la IA puede consultarse MINISTERIO DE ECONOMÍA, COMERCIO Y EMPRESA, *El Gobierno de España presenta, en colaboración con la Comisión Europea, el primer piloto del sandbox de regulación de Inteligencia Artificial en la UE*, en portal.mineco.gob.es, 27 junio 2022.

– pueda, en ocasiones, inducir a confusión. Sugiere principios y políticas para la adaptación de los derechos ya existentes al entorno digital y confiere un marco de referencia para la acción de los poderes públicos. Esto no significa que los derechos reconocidos se reconozcan exclusivamente en la esfera pública pues afectan a todos los ámbitos sociales, incluyendo el laboral que cuenta con un apartado específico (punto 9) en el que aparecen varias referencias a sistemas de IA. Reciben atención específica el derecho a la igualdad y no discriminación en el entorno digital (punto 8) y la propia IA (punto 25).

Otra de las iniciativas más destacables consiste en la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA). En la disposición adicional centésimo trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, se autorizaba al Gobierno a impulsar una ley para la creación de dicha agencia. Tras ello, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, autorizó expresamente su creación y previó que estaría adscrita a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y que se regiría por su estatuto orgánico.

Con su creación, España se convirtió en el primer país europeo en tener un organismo de estas características y se anticipó a la entrada en vigor de la Ley europea de IA. Se profundiza así en un ecosistema que pueda resultar atractivo para las empresas que pretenden desarrollar y/o utilizar herramientas basadas en la IA.

El Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la AESIA, establece en su artículo 4 como principales tareas las de supervisión, asesoramiento, concienciación y formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de la normativa nacional y europea sobre la correcta utilización y el desarrollo de los sistemas de IA y los algoritmos. Además, le corresponderá la inspección, comprobación, sanción y demás funciones que le atribuya la normativa en la materia.

Entendemos que la AESIA será un actor clave en la implantación de la IA en España, por lo que habrá que seguir de cerca el comienzo de su actividad en los próximos meses.

El Observatorio del Impacto Social y Ético de los Algoritmos (OBISAL) es otra de las iniciativas cuyo objetivo es monitorear el impacto social y ético de los algoritmos. Este observatorio se encargará de analizar cómo la IA afecta a diferentes aspectos de la sociedad y recomendará medidas para mitigar posibles efectos negativos.

Para promover que el desarrollo de IA sea seguro y respetuoso con los

derechos de los individuos, España está trabajando en la implementación de un *sello de IA confiable*. Este sello servirá como un indicador de calidad y ética para las soluciones de IA desarrolladas o implementadas en el país.

Sin negar el valor de estas medidas como un avance en la incorporación de la perspectiva de género en los procesos de digitalización, resulta evidente que, independientemente de este tipo de iniciativas o recomendaciones, para la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en este ámbito se precisa de un marco normativo claro y efectivo, desde la protección de la igualdad y la promoción de la diversidad como valor, también dentro de nuestras empresas, y por tanto promoviendo el uso de algoritmos justos y equitativos. De esta manera, el respaldo normativo contribuirá a eliminar o, al menos, minimizar el riesgo de que los sistemas algorítmicos perpetúen los sesgos y la discriminación en el empleo y podrá ayudar a que los mismos supongan una oportunidad de avance de la igualdad y la diversidad en el mundo de la empresa.

4.2. La Ley europea de IA: un paso hacia la innovación responsable

La UE ha sido pionera en la regulación de la tecnología y su enfoque hacia la IA no es una excepción. Con el objetivo de establecer un marco legal que garantice la seguridad y los derechos fundamentales, al tiempo que fomenta la inversión y la innovación, el pasado 13 de marzo de 2024, fue aprobada por el Parlamento Europeo la Ley de IA³⁸.

La indeterminación legal de la que, como veremos a continuación, adolece la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se ve enmendada con la aprobación de la ley europea de IA que impone verdaderas obligaciones a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y que contempla una regulación exhaustiva de obligaciones para los usuarios de los sistemas de IA³⁹.

³⁸ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). Un análisis detallado de la propuesta de Reglamento sobre la regulación de la IA en Europa y de la propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo puede encontrarse en J. BAZ RODRÍGUEZ, *Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 89; H. ÁLVAREZ CUESTA, *Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una ley sobre IA*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *op. cit.*

³⁹ Un interesante repaso sobre las distintas referencias a la IA en recientes documentos europeos puede consultarse en E. ROJO TORRECILLA, [La presencia, cada vez más importante, de las referencias a la Inteligencia Artificial en los textos y documentos sobre empleo y relaciones laborales](#),

La aprobación de esta ley marca un hito al ser la primera de su tipo, a nivel mundial, con la que se aspira a ser un modelo para la regulación internacional de la IA. Con su enfoque equilibrado y centrado en los derechos humanos, la UE se posiciona como líder en la definición de estándares éticos y de seguridad para la era digital. Se trata de un testimonio del compromiso de la UE con la promoción de una IA que sea confiable y beneficiosa para todos.

El periodo de transposición será escalonado, primero con un plazo de nueve meses desde la entrada en vigor hasta la aplicación de un código de buenas prácticas y de un año para la puesta en vigor de las normas sobre IA de uso general. En cualquier caso, la ley tendrá plena aplicabilidad 24 meses después de su entrada en vigor, si bien el articulado relacionado con los sistemas de alto riesgo tiene un plazo de aplicación de 36 meses.

La ley clasifica los sistemas de IA en cuatro niveles de riesgo: mínimo, limitado, alto e inadmisibles.

Los sistemas de IA de riesgo mínimo están libres de requisitos legales significativos pero se fomentan las buenas prácticas alentando a sus proveedores a autorregularse voluntariamente, la mayoría de los sistemas de IA se clasifican en este nivel, donde los riesgos son considerados insignificantes, integrándose en este grupo los videojuegos de IA o los filtros de spam en el correo electrónico, entre otros; los sistemas de IA que tienen un riesgo limitado deben cumplir con los requisitos específicos de transparencia, por ejemplo, un chatbot deberá informar claramente a los usuarios que están interactuando con una máquina y no con un ser humano.; los sistemas de IA de riesgo alto que se utilizan en contextos críticos, como la salud, la policía y el transporte, deben cumplir con estrictos requisitos de transparencia, seguridad y supervisión; y por último, los sistemas de IA de riesgo inadmisibles que ponen en peligro la seguridad o la integridad física de las personas están prohibidos.

4.2.1. La dimensión laboral de la Ley Europea de IA

Las referencias al ámbito laboral se suceden durante el articulado de la Ley europea de IA tanto para determinar la prohibición de determinadas conductas o situaciones, como para proclamar los derechos de las personas trabajadoras o indicar cuáles son los sistemas de alto riesgo que pueden afectar a la esfera laboral.

Así, el artículo 2.11 recoge una regla de salvaguardia con una referencia

en www.eduardorjotorrecilla.es, 19 diciembre 2023.

expresa a las personas trabajadoras cuando señala que

El presente Reglamento no impedirá que los Estados miembros o la Unión mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores o fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores.

Y es que, como viene a aclarar el considerando 9, esta norma

tampoco debe afectar en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluidos el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros y el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o a llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación nacional.

El artículo 5.1.f de la Ley IA prohíbe expresamente «la introducción en el mercado, la puesta en servicio o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en lugares de trabajo». Asimismo, se prohíbe

la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual (art. 5.1.g).

El considerando 48 recoge el reconocimiento expreso de los derechos de los trabajadores señalando que

la magnitud de las consecuencias adversas de un sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta es especialmente importante a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo. Entre dichos derechos se incluyen el derecho a la dignidad humana [...] la libertad de reunión y de asociación, la no discriminación, los derechos de los trabajadores.

El artículo 6.2 remite al Anexo III de la ley para completar el listado de sistemas de alto riesgo, entre los que se encuentran los que atañen al «Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo» y, en

concreto:

- a) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos
- b) Sistemas de IA destinados a utilizarse para tomar decisiones o influir sustancialmente en ellas que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas basada en la conducta individual o en rasgos o características personales, o al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones.

El considerando 57 se refiere, entre otras situaciones a la discriminación por razón de género que se puede producir por el uso de sistemas de IA que pueden, en palabras de la ley,

perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres [...] durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad.

Los requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo son regulados en los artículos 8 a 15 (sección 2) de la ley donde se añade un sistema de garantías específico que se adiciona a los requisitos generales que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo. Por lo que se refiere a la implantación en los lugares de trabajo de sistemas de IA, el artículo 26.7 y el considerando 92 de la ley establecen que

Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo.

Se trata de una exigencia fundamental si tenemos en cuenta que el considerando 92 estipula que «este derecho de información es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales que subyace al presente Reglamento» y, además, se impone «incluso aunque no se cumplan las condiciones de las citadas obligaciones de información o de

información y consulta previstas en otros instrumentos jurídicos»⁴⁰.

En definitiva, la ley establece un detallado catálogo de obligaciones de los usuarios en relación con los sistemas de IA. Su adopción permite cubrir la actual laguna del derecho nacional en esta materia dado el nulo contenido vinculante del art. 23 de la Ley 15/2022 y, sin perjuicio de la prohibición de discriminación en el empleo por cuenta ajena del art. 9 de dicha ley⁴¹.

A pesar de sus buenas intenciones, la implementación de la ley de IA no está exenta de desafíos⁴². La clasificación de los riesgos de la IA es compleja y requiere un entendimiento profundo de la tecnología y sus implicaciones. Además, la ley debe equilibrar la seguridad y los derechos humanos con el impulso a la innovación, lo que puede ser una tarea delicada. Otro desafío es la aplicación de la ley en un mercado globalizado, donde las tecnologías de IA se desarrollan y distribuyen a través de fronteras internacionales lo que requiere una cooperación internacional y la posibilidad de que la ley de IA sirva como un modelo para la regulación de la IA en otras jurisdicciones.

Entendemos que la UE ha dado un paso trascendental hacia delante en la regulación de la IA, si bien será crucial que los legisladores, las empresas y la sociedad civil trabajen juntos para garantizar que la IA se desarrolle de manera que beneficie a todos y proteja los valores fundamentales de la sociedad.

4.3. La Ley 15/2022: un “quiero y no puedo” en la lucha contra sesgos de género en la IA

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación nace con la intención de «convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas» (Preámbulo)⁴³.

⁴⁰ Véase el análisis que realiza el profesor J.R. MERCADER UGUINA, *El Reglamento de Inteligencia Artificial: frecuentemos el futuro*, Brief AEDTSS, 2024, n. 42.

⁴¹ A. VICENTE PALACIO, *La inteligencia artificial en la Ley integral para la igualdad y no discriminación*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

⁴² Sobre los mismos véase la reflexión final que realiza la profesora P. RIVAS VALLEJO, *Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo*, cit., p. 52 ss., acerca del impacto de la legislación sobre IA.

⁴³ Un completo estudio sobre la Ley 15/2022, puede consultarse en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4. Véase, asimismo, A. ÁLVAREZ DEL

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación, el artículo 3.1.º contempla la IA y la gestión masiva de datos. Posteriormente el artículo 23 bajo la rúbrica *Inteligencia artificial y a mecanismos de toma de decisión automatizados* se inicia con una referencia al marco regulador previo en el que deben desarrollarse las actuaciones administrativas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 23 del que solamente la referencia a las *iniciativas europeas en torno a la IA*, que debemos entender en la actualidad referidas a la reciente Ley europea de IA, tiene contenido normativo.

Ha sido la aprobación de la Ley europea de IA la que ha determinado su aplicación obligatoria y directa en nuestro país superando la limitada operatividad del marco configurador que el art. 23 confiere a las iniciativas europeas. A continuación, el precepto insta a las administraciones públicas a favorecer la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las mismas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. La expresión “siempre que sea técnicamente factible” condiciona la puesta en marcha de los mecanismos para la minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, de manera que se está priorizando a los mecanismos automatizados de toma de decisión sobre la prevención de la discriminación que los mismos puedan generar. Es de lamentar que, pese a las deficiencias evidenciadas, la referida norma alcance sólo a la administración pública, quedando los algoritmos desarrollados en el ámbito de la empresa privada exentos de la obligatoriedad de transparencia y de incorporación de mecanismos minimizadores de sesgos de género regulados en la ley. Con respecto al sector privado, la Ley solo alude, ya en términos más genéricos, a que las empresas deberán promover el uso de una IA ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la UE en este sentido y añade que se promoverá la creación de un sello de calidad de los algoritmos.

Aunque la prohibición de discriminación generada por estos sistemas de toma de decisiones está comprendida entre las acciones y omisiones prohibidas por la ley, resulta llamativo que el artículo 9, referido al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, no contenga ninguna referencia explícita en su contenido a dichos sistemas, lo que hubiera supuesto dotarlo de una mayor solidez. Lo mismo ocurre respecto a la negociación colectiva. Una referencia a la IA en el párrafo segundo del art. 10 hubiera constituido una buena medida para el fomento

CUVILLO, [La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque](#), en [www.aedtss.com](#), 18 julio 2022.

de códigos de conducta y buenas prácticas en el marco de diálogo social. Lógicamente, la negociación colectiva pueda intervenir en esta materia pues queda comprendida dentro del ámbito de libertad negocial del art. 85 ET⁴⁴, pero hubiera sido deseable una mención expresa en una ley que se denomina integral y transversal⁴⁵.

5. Breve reflexión final

Como hemos tenido ocasión de evidenciar a lo largo de este trabajo, la brecha digital de género y la discriminación algorítmica en el ámbito laboral son dos caras de una misma moneda que reflejan la desigualdad y los desafíos que enfrentan las mujeres en la sociedad tecnológicamente avanzada de hoy. A pesar de los avances significativos en la inclusión y la equidad de género, persisten barreras que limitan la participación plena de las mujeres en el sector TIC y en el mercado laboral en general.

La brecha digital de género en el ámbito laboral se manifiesta en la subrepresentación de las mujeres en roles tecnológicos y de liderazgo dentro de las empresas, y esto a pesar de que su formación sea igual o superior a la de sus homólogos masculinos. Esta disparidad no solo afecta a las perspectivas profesional de las mujeres, sino que también tiene un impacto en la innovación y el rendimiento de las organizaciones, ya que la diversidad de género ha demostrado ser un factor clave para el éxito empresarial.

Por otro lado, la discriminación algorítmica emerge como una preocupación creciente en la era de la automatización y la IA. En el ámbito laboral, esto puede traducirse en prácticas de contratación, promoción y remuneración injustas que afectan desproporcionadamente a las mujeres. La transparencia y la rendición de cuentas en el uso de algoritmos son esenciales para garantizar que la tecnología sirva como una herramienta de empoderamiento y no como una de exclusión.

Para abordar estas cuestiones, es necesario adoptar un enfoque multidisciplinario que incluya políticas públicas, iniciativas corporativas y la participación activa de la sociedad. Las políticas deben centrarse en la educación y la formación en competencias digitales, la promoción de la igualdad de género en el lugar de trabajo y, como no, en la implementación de verdaderas regulaciones que aseguren prácticas laborales justas y

⁴⁴ Véase UGT, [Recomendaciones para la negociación colectiva de la IA. Capítulo XVI.3 del V AENC](#), Análisis y Contextos, 2023, n. 58.

⁴⁵ A. VICENTE PALACIO, *op. cit.*, pp. 131-147.

transparentes.

6. Bibliografía

- ADIGITAL (2024), *Adigital presenta su Certificación de Transparencia Algorítmica en el Foro Global sobre la Ética de la IA de la UNESCO*, en www.adigital.org, 13 febrero
- AEPD (2020), *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*
- ALEMÁN PÁEZ F. (2002), *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de intensidad del Derecho del Trabajo?*, en *Sistema*, n. 168-169, pp. 121-144
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2022), *Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una ley sobre IA*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- ÁLVAREZ CUESTA H. (2020), *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Aranzadi
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), *La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*, en www.aedtss.com, 18 julio
- AMFAR (2022), *Digitalización y teletrabajo: dos claves frente a la discriminación laboral de las mujeres rurales*, en www.europapress.es, 8 marzo
- BALLESTER PASTOR M.A. (2023), *La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva*, Brief AEDTSS, n. 37
- BAZ RODRÍGUEZ J. (2022), *Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva*, en *Trabajo y Derecho*, n. 89, pp. 1-25
- BELLOSO MARTÍN N. (2022), *La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial atención a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?*, en F. LLANO ALONSO (dir.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2023), *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), *La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo*, en ignasibeltran.com, 17 enero
- CAZZANIGA M., JAUMOTTE F., LI L., MELINA G., PANTON A.J., PIZZINELLI C., ROCKALL E.J., MENDES TAVARES M. (2024), *Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Notes, n. 1

- CLOSINGAP (2022), [*Coste de oportunidad de la brecha de género en el medio rural*](#), Informe Women for a Healthy Economy, n. 12
- CLOSINGAP (2022), [*La brecha de género se intensifica en el mundo rural: mayor precariedad laboral, infrarrepresentación en la toma de decisiones y peor conciliación*](#), en [closingap.com](#), 2 febrero
- DASTIN J. (2018), [*Amazon scraps secret ai recruiting tool that showed bias against women*](#), en [www.reuters.com](#), 11 octubre
- DEL REY GUANTER S. (2023), *Inteligencia artificial, algoritmo y big data en el ámbito laboral. Consideraciones en torno a su marco regulatorio*, en A. GINÈS I FABRELLAS (dir.), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, Aranzadi
- DURÁN BERNARDINO M. (2021), [*Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género*](#), en *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 21, pp. 1-31
- FRA (2018), [*Big data, algorithms and discrimination*](#), FRA in Brief
- GINÈS I FABRELLAS A. (2022), *La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos*, VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- GINÈS I FABRELLAS A. (dir.) (2023), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, Aranzadi
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2022), [*España digital 2026*](#)
- IBÁÑEZ M. (2023), [*El algoritmo es machista y racista. Ellos son los jefes, ellas son compasivas...*](#), en [www.abc.es](#), 11 abril
- INE (2024), [*Mujeres y hombres Ciencia y tecnología, sociedad de la información. Brecha digital de género según uso de tecnologías. Serie 2020-2023*](#), en [ine.es](#), 1º agosto
- INE (2024), [*Parados por sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo*](#), en [ine.es](#), 1º agosto
- INE (2024), [*Razones del trabajo a tiempo parcial de las mujeres. España y UE-28. \(De 15 y más años\)*](#), en [www.ine.es](#), 1º agosto
- LÓPEZ AHUMADA J.E. (2023), *El desarrollo de la inteligencia artificial y sus consecuencias en el empleo*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- LOSADA CARREÑO J. (2023), *El impacto de la automatización cognitiva y la robótica avanzada en el mercado laboral*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

- LUQUE PARRA M. (2023), *LA y seguridad y salud laboral: la dicotomía entre ser un gran aliado productivo y un “riesgo laboral emergente”*, en A. GINÉS I FABRELLAS (dir.), *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, Aranzadi
- MERCADER UGUINA J.R. (2024), *El Reglamento de Inteligencia Artificial: frecuentemos el futuro*, Brief AEDTSS, n. 42
- MERCADER UGUINA J.R. (2022), *Algoritmos e inteligencia artificial en el Derecho Digital del Trabajo*, Tirant lo Blanch
- MERCADER UGUINA J.R. (2020), *Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico*, en *Trabajo y Derecho*, n. 63, pp. 1-24
- MERCADER UGUINA J.R. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL (2020), [ENIA. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial](#)
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, COMERCIO Y EMPRESA (2022), [El Gobierno de España presenta, en colaboración con la Comisión Europea, el primer piloto del sandbox de regulación de Inteligencia Artificial en la UE](#), en [portal.mineco.gob.es](#), 27 junio
- MOBILE WORLD CAPITAL BARCELONA (2023), [Digital Talent. Overview 2023. Analizando el estado del talento digital](#)
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 459, pp. 5-22
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *«Duelo al sob» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 457, pp. 5-21
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G (2022), *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 4, pp. 11-42
- MORENO CÁLIZ S. (2022), *Análisis del comportamiento de las plataformas de captación, selección y contratación de trabajadores que emplean algoritmos para la adopción de decisiones*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- MUÑOZ RUIZ A.B. (2023), *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento y emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch
- OLARTE ENCABO S. (2020), *La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación*, en *Documentación Laboral*, n. 119, pp. 79-98

- ONTSI (2023), [Brecha digital de género 2023](#)
- ORTIZ DE ZÁRATE ALCARAZO L., GUEVARA GÓMEZ A. (2021), *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE España y Suiza*, Fundación Alternativas
- PINHEIRO V., VAEZA M.N. (2020), [Una nueva normalidad con igualdad salarial entre hombres y mujeres](#), en www.ilo.org, 17 septiembre
- RIVAS VALLEJO P. (2023), *Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 66, pp. 5-63
- RIVAS VALLEJO P. (2022), *Herramientas desde el derecho antidiscriminatorio y la protección frente a la igualdad y a la no discriminación*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- RIVAS VALLEJO P. (2022), *Sesgos de automatización y discriminación algorítmica*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- RIVAS VALLEJO P. (dir.) (2022), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2024), *La brecha digital de género: reflexiones en las postrimerías del primer cuarto del siglo XXI*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 479, pp. 7-19
- RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER M. (2022), [Los contornos de la discriminación](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 19-27
- ROJO TORRECILLA E. (2023), [La presencia, cada vez más importante, de las referencias a la Inteligencia Artificial en los textos y documentos sobre empleo y relaciones laborales](#), en www.eduardorojotorrecilla.es, 19 diciembre
- SÁEZ LARA C. (2020), *El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación*, en *Temas Laborales*, n. 155, pp. 41-60
- SÁINZ M., ARROYO L., CASTAÑO C. (2020), [Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad
- SERRANO FALCÓN C. (2022), *Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi
- TODOLÍ SIGNES A. (2022), *Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi

- UGT (2023), *Recomendaciones para la negociación colectiva de la IA. Capítulo XVI.3 del V AENC*, Análisis y Contextos, n. 58
- VALVERDE ASENCIO A.J. (2020), *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*, Bomarzo
- VICENTE PALACIO A. (2023), *La inteligencia artificial en la Ley integral para la igualdad y no discriminación*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64, pp. 1-26
- VV.AA. (2023), *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- WEST M., KRAUT R., CHEW H.E. (2019), *I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education*, EQUALS, UNESCO

Páginas web

- Carta de Derechos Digitales: <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales>
- ENIA: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Paginas/ENIA.aspx>
- España digital 2026: <https://espanadigital.gob.es/>
- OIT: <https://www.ilo.org/>
- Programa de Competencias Digitales para la Infancia (Programa CODI): <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/programa-codi>

La discriminación de las personas jóvenes en el acceso al mercado de trabajo por escasez de competencias y habilidades

María Rosa VALLECILLO GÁMEZ*

RESUMEN: Las instituciones de formación superior, en la actualidad, se encuentran en una situación de presión para la mejora de la empleabilidad de su alumnado de manera que redunde en la mejora de la inserción laboral. Sin embargo, las demandas del mercado de trabajo, en un importante número de ocasiones, no se ajustan a las competencias adquiridas por los egresados, lo que obliga a repensar y adaptar los procesos formativos que, con carácter tradicional, solo se centran en la adquisición de conocimientos, olvidando la formación en competencias –digitales y *soft skills*– y habilidades, lo que conlleva una menor capacidad de inserción y procesos de discriminación en el acceso a determinados puestos de trabajo. Analizamos pues, en este trabajo el efecto disruptivo en los modelos establecidos de formación y empleo y las consecuencias concretas para el futuro del trabajo, incluida la discriminación en el acceso.

Palabras clave: Competencias, habilidades, empleabilidad, formación, mercado de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción: formación, competencias y empleabilidad. 1.1. La empleabilidad de las personas jóvenes. 1.2. La necesaria introducción de las competencias en los procesos formativos. 2. Los retos de la educación superior para mejorar la empleabilidad de sus egresados. 2.1. La formación dual: ¿una posibilidad de mejora? 2.2. Las competencias como reto universitario para la mejora de la empleabilidad. 2.3. La reinención de la persona a través del crecimiento en habilidades. 3. La posición de Europa con respecto a las competencias y la transposición a España. 4. Ajustes, desajustes y riesgos de discriminación en el acceso al empleo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén (España).



Discrimination of Young People in Access to the Labour Market Due to a Shortage of Skills and Abilities

ABSTRACT: Higher education institutions are currently under pressure to improve the employability of their students in a way that results in improved job placement. However, the demands of the labour market, on a significant number of occasions, do not adjust to the skills acquired by graduates, which forces them to rethink and adapt training processes that, traditionally, only focus on acquisition of knowledge, forgetting training in competencies –digital and “soft skills”– and abilities, which leads to a lower capacity for insertion and discrimination processes in access to certain jobs. We therefore analyse in this work the disruptive effect on established training and employment models and the specific consequences for the future of work, including discrimination in access.

Key Words: Competencies, skills, employability, training, labour market.

1. Introducción: formación, competencias y empleabilidad

El sistema productivo demanda cada vez más competencias y habilidades de manera que aquellas personas que no las tienen están expuestas a procesos de discriminación en el acceso al mercado de trabajo. Esta situación demanda una intervención desde el ámbito educativo universitario al detectarse la falta de ajuste entre las competencias demandadas por el puesto de trabajo y las obtenidas en la formación universitaria.

Con este panorama, asistimos en los últimos tiempos a un cuestionamiento de las instituciones de educación superior en lo que se refiere a la capacidad de inserción laboral de su alumnado egresado. Y todo porque nos encontramos en un mercado laboral cambiante en el que los procesos de digitalización de la economía y los requerimientos empresariales de mejora de las competencias y habilidades, chocan de frente con la formación, en muchos casos, excesivamente tradicional, que dificulta la mejora de la empleabilidad de las personas que acceden a ella con la intención de optar a un puesto de trabajo. Es cada vez más alta la demanda de empleos en los que se identifican nuevos requerimientos competenciales que, desgraciadamente, no todos los procesos de formación superior incorporan, por lo que empieza a ser imprescindible abordar y potenciar unos nuevos hábitos que, más allá de la tradicional formación, permitan a las universidades hacer frente a los cada vez más inciertos mercados de trabajo.

Cuando se habla de las competencias actuales requeridas por las empresas, es inevitables dirigir la mente hacia los procesos de digitalización económica que incorporan la inteligencia artificial (IA), el internet de las cosas (IoT) la robótica..., pero también la biología sintética, los materiales inteligentes, la fabricación aditiva..., que ya conviven con nuestro estilo de vida y que seguirán siendo el origen de cambios sustanciales del modelo. Los efectos ya los estamos percibiendo y pasa por la disrupción del modelo conocido de formación-empleo, con importantes consecuencias para el mundo del trabajo.

Estas competencias tecnológicas han de convivir con las denominadas *hard skills*, competencias duras o conocimientos técnicos, que han sido y siguen siendo, la base de la preparación de los estudiantes para el mercado laboral y el elemento fundamental en el que las empresas se han estado basando en los procesos de selección de personal, con demandas crecientes en cuanto al nivel de formación de las personas trabajadoras. No obstante, actualmente junto a estas competencias técnicas se valoran otras competencias personales, que se consideran necesarias para el buen

desarrollo de las tradicionales. Se trata de habilidades sociales concretas que afectan de modo subjetivo a las personas, como el manejo de las emociones, la capacidad de adaptación a distintas realidades, el liderazgo, la comunicación..., y que se están ocupando un espacio de decisión muy importante en el acceso al mercado de trabajo.

En 2020 el Foro Económico Mundial, publicó un informe¹ en el que marcaba el horizonte de 2025 como aquel en el que podrían surgir 97 millones de empleos adaptados a una nueva dinámica laboral, pero señalando también que se podrían estimar en unos 85 millones de puestos de trabajo los que se perdieran por causa de la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas y algoritmos. Este mismo informe establece las 10 habilidades más destacadas para ese año las denominadas *soft skills* entre las que se encuentran la creatividad, el liderazgo, el trabajo en equipo y la flexibilidad. Con estas circunstancias, se hace pues necesario repensar el modelo de educación universitaria que, en clave de innovación docente, se precisa, puesto que los planes de estudios que se desarrollan en la actualidad no pueden permanecer estáticos y deben adaptarse a trayectorias profesionales cada vez más cambiantes y menos lineales.

Es el objetivo principal de este trabajo, el análisis del efecto disruptivo en los modelos tradicionales de formación y empleo que, inevitablemente, tienen consecuencias concretas para el futuro del trabajo, sobre todo en la empleabilidad de las personas jóvenes entre las que se incluye como resultado de la falta de adaptación a los mercados de trabajo, la discriminación en el acceso. Objeto de especial atención serán las personas universitarias a las que dedicamos la mayor parte de las referencias a la empleabilidad por su doble condición de jóvenes y egresadas. Repasaremos normativa y doctrina, además de evidencias en los procesos de formación, incidiendo en la formación dual como apuesta de futuro.

1.1. La empleabilidad de las personas jóvenes

Aunque el concepto de empleabilidad no es nuevo, en los últimos tiempos se ha convertido en una palabra clave cuando se trata de mejorar las competencias de acceso al mercado de trabajo, sobre todo de las personas jóvenes. Por eso, en las universidades se ha introducido como parte de los procesos de inserción laboral que se promueven a través de programas y acciones de política universitaria. Esto no es más que una consecuencia de los cambios que va afrontando la educación superior que

¹ WORLD ECONOMIC FORUM, [The Future of Jobs Report 2020](#), 2020.

cada vez es más consciente de su deber de fomentar activamente la empleabilidad de sus egresados o, en un mercado de trabajo cada vez más cambiante y competitivo.

El concepto de empleabilidad no ha estado exento de polémica y de debate académico y ha enfrentado a quienes lo critican con los que defienden su importancia e incluso diseñan parámetros para su medición e implementación. No es un concepto nuevo, de hecho, se viene utilizando desde hace varias décadas en el ámbito de las políticas de empleo, pero ha cobrado especial auge desde que se ha incorporado al lenguaje oficial de las instituciones europeas y a la política universitaria.

El término se ha venido utilizando de manera diferente según la línea de actuación a la que hiciera referencia². Por un lado, en función de la adecuación, es decir la relación entre los problemas de inserción de los jóvenes y el desajuste de sus competencias y las requeridas por el mercado de trabajo. Esta perspectiva ha desencadenado una serie de acciones, fundamentalmente programas formativos destinados a prolongar los periodos de formación para la mejora de estas competencias. Otra manera de definirla es considerar el concepto de empleabilidad con carácter preventivo, de manera que las dificultades de inserción se justifican por una falta de estrategias en la búsqueda activa de empleo, lo que se solventaría con políticas de orientación y apoyo para la mejora de este tipo de competencias. Finalmente, la falta de empleabilidad se vincula a la falta de “activación” o insuficiente motivación de las personas jóvenes hacia el mercado de trabajo.

Las posiciones más críticas con este discurso centran su rechazo en la derivación hacia la responsabilidad individual de la persona joven que quiere acceder al mercado de trabajo y sobre su propia situación de desempleo, promoviendo un diagnóstico que le culpabiliza por su falta de formación, de motivación o de proyecto vital, y evitando por tanto llevar a cabo un análisis de carácter estructural sobre el tipo de empleo que ofrece un mercado de trabajo cada vez más segmentado y precario o sobre la formación ofrecida por las instituciones. Es cierto que apoyar todo el discurso de la empleabilidad en la noción de competencia (o de carencia de ella), supone el uso de criterios subjetivos en el proceso de inserción. Así, frente al fomento de la empleabilidad competitiva, que pone el énfasis en la responsabilidad individual para paliar el desempleo, algunos autores proponen la reformulación del enfoque para promover otro tipo de trayectorias laborales basadas en el trabajo por el bien común y que

² A. SERRANO PASCUAL, *Enhancing Youth employability through social and civil partnership*, ISE, 2001, pp. 43-52.

refuercen la dimensión comunitaria del empleo³.

Por otra parte, no podemos obviar el contenido de la Declaración de Lovaina de 2009⁴ que establece la empleabilidad como uno de los objetivos prioritarios implicados en el proceso de Bolonia, cuyo uso ya se ha extendido a todo el sistema de educación superior. En el caso de nuestro país, resulta muy significativo que, en el Preámbulo del [Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad](#), se indique que se «pretende robustecer las capacidades de empleabilidad que confiere la formación recibida en diferentes títulos, a partir de las competencias y conocimientos asumidos, así como mediante un amplio abanico de opciones académicas, con la voluntad de facilitar a los egresados universitarios una inserción laboral digna y de calidad».

1.2. La necesaria introducción de las competencias en los procesos formativos

El auge de la gestión por competencias en el ámbito laboral se ha visto impulsado, desde la década de los 90, por las empresas multinacionales, organismos internacionales como la OCDE o la OIT y grandes consultoras como Hay Group, Ernst and Young, KMPG o PricewaterhouseCoopers insertándolo en los procesos de selección, formación y evaluación de los trabajadores⁵.

El concepto no ha estado exento de polémica, porque la lógica subyacente es la de la fragmentación y subjetivación de las relaciones laborales, en las que se tiende a primar más el saber ser de las personas, esto es, las competencias individuales –disposición, iniciativa, autonomía...– que los otros componentes, como son el conocimiento o el saber hacer (*know how*). Es obvio también que las competencias no pueden ser observadas directamente, por lo que se requiere evaluar los conocimientos y habilidades para que estos se transformen en competencias⁶. Ahí es donde

³ E. SANTAMARÍA LÓPEZ, X. ORTEU GUIU, [¿Qué ocurre con la empleabilidad? Reflexiones críticas sobre su orientación y desafíos en tiempos de crisis](#), en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43.

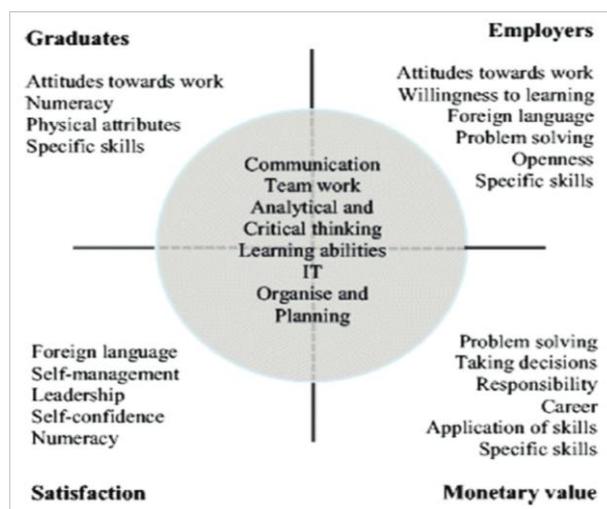
⁴ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones, [Informe sobre los progresos en materia de garantía de la calidad en la enseñanza superior](#), 21 septiembre 2009, COM(2009)487 final.

⁵ P. AMIGOT LEACHE, L. MARTÍNEZ, [Gestión por competencias, modelo empresarial y sus efectos subjetivos. Una mirada desde la Psicología Social Crítica](#), en *Universitas Psychologica*, 2013, n. 4.

⁶ F. SULEMAN, [The employability skills of higher education Graduates: insights into conceptual frameworks and methodological options](#), en *Higher Education*, 2018, vol. 76, n. 2.

pueden surgir algunos elementos discriminatorios porque responsabilizar a la persona de sus propias competencias, no se tienen en cuenta la clase social, la etnia, el género o la localización geográfica en la conformación del capital cultural, que es el sedimento de todos los aprendizajes posteriores⁷.

Figura 1 – Employability Skills Framework



Fuente: F. SULEMAN, *The employability skills of higher education graduates: insights into conceptual frameworks and methodological options*, en *Higher Education*, 2018, vol. 76, n. 2

En respuesta a este modelo de gestión de las competencias, se han formulado modelos alternativos como el propuesto por Amartya Sen y, posteriormente, por Martha Nussbaum, entre otros, que reivindican la primacía de las capacidades de las personas, en las que el énfasis radica en la capacidad y la libertad del individuo para perseguir sus propias metas y valores⁸.

A pesar de todo, es evidente que existe cierto consenso en la dificultad de definición del concepto por su carácter difuso, polisémico y multidimensional, lo que hace que no se aborde en profundidad la definición de competencias requeridas en todas y cada uno de los sistemas de formación y la mayor parte de los estudios y análisis sobre el trabajo del futuro y de la educación, y solo se aborde de manera colateral cuando se

⁷ L. TANGUY, *Rationalisation pédagogique et légitimité politique*, en F. ROPE, L. TANGUY (dirs.), *Savoirs et compétences. De l'usage de ces notions dans l'école et l'entreprise*, L'Harmattan, 1994.

⁸ J.F. LOZANO, A. BONI, J. PERIS, A. HUESO, *Competencies in Higher Education: A Critical Analysis from the Capabilities Approach*, en *Journal of Philosophy of Education*, 2012, vol. 46, n. 1.

trata de diseñar nuevos itinerarios formativos. Tratamos fundamentalmente a los análisis referidos a los egresados universitarios y a las personas jóvenes que se encuentran en las primeras etapas de su trayectoria profesional tras el egreso. Se hace necesario, en los tiempos actuales establecer las competencias necesarias para el desarrollo profesional en el trabajo de aquellas otras propuestas que identifican las competencias que deberían adquirirse desde el ámbito de la educación superior.

Para el caso de la formación universitaria el modelo que se propone pasa por integrar las principales dimensiones competenciales que actúen de refuerzo en la mejora de la empleabilidad de los egresados, basado en: conocimiento de la disciplina y aplicación de la misma, habilidades genéricas y transferibles, autorregulación emocional, habilidades relacionadas con el desarrollo de la carrera, autogestión y autoevaluación del desempeño, y autoestima y motivación⁹.

Las competencias que se implican en la promoción de la empleabilidad presuponen, de entrada, que la persona ha adquirido unos conocimientos previos e incluyen habilidades cognitivas e intelectuales que priman los elementos de carácter individual, es decir, todo lo relacionado con las *soft skills* (motivaciones, emociones, valores) que permiten poner en práctica los conocimientos a través de la acción de la persona y sin tener en cuenta los elementos del entorno a los que nos hemos referido antes –de tipo estructural y/o social– y que pueden dar lugar a posibles discriminaciones más allá de las que la persona sufre por la escasez de competencias a las que se enfrenta cuando accede al mercado de trabajo tras finalizar el proceso formativo.

Hecho este recorrido por las dificultades de definición y desarrollo de las competencias en los procesos de formación en las instituciones de educación superior, se hace necesario hacer referencia a la posición de la Unión Europea (UE) en esta materia o, al menos las aproximaciones que se puedan inferir. En este sentido, el Principio 1 del Pilar Europeo de Derechos Sociales reconoce que «Toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanentes inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que le permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral»¹⁰. Se intuye pues la inclusión en el pilar de las competencias como parte del derecho a la educación que se enuncia, al

⁹ I. RÖMGENS, R. SCOUPE, S. BEAUSAERT, [Unraveling the concept of employability, bringing together research on employability in higher education and the workplace](#), en *Studies in Higher Education*, 2020, vol. 45, n. 12.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, [El pilar europeo de derechos sociales en 20 principios](#), en [commission.europa.eu](#), 18 marzo 2024.

hablar de la necesidad de gestión exitosa de las transiciones al mercado laboral.

Pero no es la única institución que hace referencia a las competencias. El Informe del Foro Económico Mundial, publicado en 2020¹¹, señala que hasta 2025 podrían surgir 97 millones de empleos adaptados a una nueva dinámica laboral. Entre las 10 habilidades más destacadas para el año 2025 se encuentran algunas *soft skills* como la creatividad, el liderazgo y la flexibilidad. Ante ese escenario, es necesario repensar la educación universitaria en clave de innovación docente pues los planes de estudios no pueden permanecer estáticos, ya que las trayectorias profesionales están cambiando y son menos lineales que antes.

2. Los retos de la educación superior para mejorar la empleabilidad de sus egresados

En los tiempos actuales resulta imprescindible abordar y potenciar nuevos ámbitos de actuación entre los que se encuentran la formación dual con el fin de que las universidades puedan hacer frente al futuro del trabajo que tiene un importante porcentaje de incertidumbre. De todas maneras, no es fácil reflexionar sobre las mejores estrategias encaminadas a enfrentarse a la adecuación de los cambios que estamos viviendo y los que se esperan por venir porque, a mi juicio, todas estas modificaciones que se están introduciendo por causa de la digitalización, sobre todo, solamente nos permiten predecir como viviremos y trabajaremos en las próximas décadas.

2.1. La formación dual: ¿una posibilidad de mejora?

El número de empleos generados por la transformación digital de la economía, uno de los elementos transformadores del modelo económico de nuestro mercado de trabajo junto con la transición ecológica, necesitan ser cubiertos por personas competentes y cualificadas profesionalmente, al menos con un nivel de formación que vaya más allá de los contenidos básicos que se incluyen en la enseñanza obligatoria. Las previsiones para España en unos meses, en el horizonte 2025, son que al menos un 49% de los puestos de trabajo requerirán una formación intermedia y solo un 14%

¹¹ FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *Tu próximo cambio de trabajo podría ser más fácil de lo que piensas*, en es.weforum.org, 21 octubre 2020.

quedará para los empleos de baja cualificación. Este es el argumento central de la [Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional](#), tal y como se expresa en la exposición de motivos.

La ley responde al derecho subjetivo a una educación, formación y aprendizaje inclusivo, continuo, permanente y de calidad, que permita mantener y adquirir capacidades para participar de manera plena en la sociedad y que garantice el éxito de las transiciones en el mercado laboral, establecidas por el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹².

El nuevo sistema de formación profesional que incide en la Formación Dual –combinando escuela y empresa– y sitúa a la persona en su centro¹³, pretende alcanzar el equilibrio entre convertirse en una adecuada palanca para la educación y el despliegue de las capacidades de la persona y ser un poderoso instrumento para la modernización y transformación del modelo productivo¹⁴, de acuerdo con la nueva economía “digital, verde y azul”. La digitalización se presenta pues, como un elemento de transformación y sostenibilidad de todos los sectores económicos como vectores clave del empleo, la economía y la sociedad para construir el futuro y generar nuevas oportunidades socioeconómicas y, consecuentemente, profesionales.

A diferencia de lo que ocurre con la formación profesional, en nuestro país el desarrollo de la formación universitaria dual es relativamente reciente, fundamentalmente porque hasta la aprobación del ya comentado [Real Decreto 822/2021](#) no existía una normativa estatal que regulara este tipo de enseñanzas. Su publicación supuso la regulación, por primera vez en España, de la posibilidad de que los títulos oficiales de Grado y Máster puedan incluir la mención dual, además, de fijar el porcentaje de créditos que se han de desarrollar en la entidad colaboradora y que suponen entre el 20 y el 40 por ciento para grados, y entre el 25 y el 50 por ciento para másteres) y la necesidad de que la actividad se regule mediante un contrato para la formación dual universitaria, creado recientemente. Pero, desde su publicación, las actuaciones en pro del desarrollo de esta formación han sido mínimas. De momento, el único protocolo que se ha desarrollado, en una comunidad autónoma, en el marco del Real Decreto para la obtención del reconocimiento de esta modalidad de formación para los títulos

¹² COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*

¹³ F. CAMAS RODA, *La nueva Ley de Formación Profesional en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 94.

¹⁴ F. CAMAS RODA, *Empleabilidad-formación tras la ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.

universitarios oficiales de Grado y Master, ha sido el País Vasco, a través de su agencia [Unibasq](#), la agencia de calidad del sistema universitario vasco.

No obstante la poca incidencia de la formación dual universitaria en nuestro país, es evidente que algún germen se ha sembrado a través de las practicas académicas externas que se desarrollan en casi todos los títulos universitarios. En este sentido, un estudio realizado por el Grupo de Empleo de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), establecía en 2019 en 400.000 el número de estudiantes que, con carácter anual, realizan prácticas de las que un 85% son curriculares obligatorias y el 65% de ellas se realizan en entidades públicas¹⁵.

Si tenemos en cuenta las altas tasas de desempleo juvenil y la ya evidenciada escasez de cualificaciones y habilidades *hard* y *soft* que las empresas demandan, podemos vislumbrar la formación dual como una posible solución a los graves problemas de acceso al mercado de trabajo y discriminación en la inserción laboral, precisamente por esta falta de competencias requeridas entre las que las digitales ocupan un lugar esencial¹⁶. Porque, aunque las prácticas externas sean una fuente de aproximación a las demandas del mercado, a veces no son suficientes en el establecimiento de sus objetivos para adquirir estas habilidades necesarias en el proceso de mejora de la empleabilidad. Por eso, la formación dual, entendida como una formación en alternancia que combina períodos de prácticas presenciales en un centro de trabajo, con la formación teórica en la institución superior¹⁷, se configura como una modalidad formativa que permite afrontar los retos de futuro y mejorar la empleabilidad, reduciendo las posibilidades de discriminación por falta de competencias cuando la persona se enfrenta a un proceso de inserción que, además, será más fácil por la interacción alumno-empresa que ya se ha producido durante el periodo formativo.

A pesar de la escasa incidencia podemos afirmar que son muchas las ventajas que implica la introducción de la formación dual en el ámbito universitario. Más allá de nuestras fronteras, donde está más extendida se han identificado cuales son estas para las empresas, el estudiantado y las universidades a través del proyecto europeo ApprEnt16, que analiza 33 casos de formación dual superior en nueve países europeos. Las ventajas

¹⁵ N. GRANÉ, L. FINKEL, *La Universidad y las prácticas académicas externas: retos y perspectivas desde la CRUE*, Conferencia inaugural del XV Symposium Internacional Poio sobre el Prácticum y las Prácticas Externas, Pontevedra, 10 julio 2019.

¹⁶ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Capacitación y reciclaje profesional: hacia un modelo digital, integrado y competitivo*, Dykinson, 2023.

¹⁷ CEDEFOP, *Terminology of European education and training policy. A selection of 100 key terms*, 2008.

van desde la generación de confianza entre el mundo de la educación superior y el mundo empresarial; el valor que se otorga a las aportaciones del alumnado en su proceso formativo en la empresa, pasando por las sinergias que potencian la transferencia de conocimientos teóricos y transversales, la facilitación de los procesos de contratación una vez finalizado el programa formativo, el mejor conocimiento de las empresas del entorno, del propio sector y de la sociedad en general, y el hecho de que los programas duales animan a los propios empleados de las empresas que la acogen a participar en programas de formación continua¹⁸.

Pese a las bondades que se les atribuyen, la escasez de los mismos se justifica en el mayor número de recursos económicos y de personal que se requieren para su implementación, además de una mayor atención y preparación por parte de las universidades, que les obliga a modificar sus programas de Grado y Máster y las empresas que han de adaptar sus procesos de producción de bienes y servicios para acoger y tutorizar al estudiantado. Igualmente se ha de abordar una intensa labor formativa tanto de los tutores académicos como los de las entidades colaboradoras, pero también los mecanismos de compensación de los tutores por su dedicación a estas tareas.

2.2. Las competencias como reto universitario para la mejora de la empleabilidad

Las denominadas *hard skills*, competencias duras o conocimientos técnicos, han sido y siguen siendo la base de los procesos formativos del estudiantado y se han considerado el elemento clave de preparación para enfrentarse al importante reto de la inserción en el mercado de trabajo, tanto desde el punto de vista del demandante de empleo como de las empresas que, durante mucho tiempo, han basado su selección de personal en los conocimientos que se adquieren a través de la formación universitaria. Pero si vamos más allá, la sociedad ha adolecido de “titulitis” en el sentido de basar la mejor preparación de una persona para un puesto de trabajo en función de la acumulación de títulos entendiéndolo que son los que garantizan las habilidades para el desempeño de un puesto de trabajo, de manera que cuantos más títulos se poseyeran, más capacidad se le suponía a la persona.

No estamos en contra de esta percepción, al menos no totalmente,

¹⁸ L. FINKEL, *Formación y nuevas competencias para el trabajo y el empleo del futuro: retos para la educación superior*, en *Panorama Social*, 2021, n. 34.

porque si bien una buena formación presupone una acumulación de conocimientos y saberes que garantizan un buen desenvolvimiento en el empleo, no son suficientes para el mercado de trabajo actual. Ahora, junto a esas *hard skills* se valoran otras competencias personales y de carácter subjetivo, fundamentales para el buen desarrollo de las competencias técnicas, y que se configuran como habilidades sociales concretas de la persona, y de las que ya hemos introducido su concepción, recordemos, manejo de las emociones, capacidad de adaptación a distintas realidades, liderazgo, comunicación... Son las llamadas *soft skills*, que han irrumpido en el mercado laboral como las más demandadas por parte de las empresas.

Estas *soft skills* no son nuevas. Surgen en los años 80 en el ámbito empresarial y han ido intentando tener espacio en los procesos formativos de las universidades, con el objetivo principal de dar respuesta a las necesidades de la sociedad del conocimiento y mejorar la capacidad de inserción profesional de los universitarios. Las *soft skills* en tanto que habilidades transversales se aplican en variedad de situaciones y en castellano tienen diversas denominaciones: competencias/habilidades blandas; competencias/habilidades sociales; competencias transversales; habilidades del siglo XXI o competencias clave.

En ese marco, entre las *soft skills* más demandadas en el mercado laboral podemos citar:

1. la capacidad de liderazgo;
2. el pensamiento crítico que facilite la resolución de problemas;
3. la flexibilidad o capacidad de adaptación a nuevas dinámicas laborales;
4. la resiliencia ante situaciones adversas;
5. la adopción de compromisos;
6. la creatividad y la capacidad de innovación;
7. el trabajo en equipo y en colaboración con otros;
8. el aprendizaje constante;
9. la capacidad de enfrentar nuevos retos con visión de futuro y con mentalidad de crecimiento;
10. las habilidades de comunicación.

La adquisición de estas competencias en el proceso de enseñanza-aprendizaje facilita las vías de inserción laboral por ser parte del ajuste entre demanda y oferta que el propio mercado de trabajo está requiriendo, sobre todo de cara al desarrollo de nuevos perfiles profesionales. Pero el principal problema se asocia al reto de mejora de la educación superior al que necesariamente han de enfrentarse las universidades para garantizar la mejora de la empleabilidad de sus egresados y el principal escollo se encuentra en la forma de introducción de este aprendizaje por

competencias y su evaluación. Los caminos van hacia la intervención en actividades tanto curriculares como extracurriculares, a partir de la aplicación de metodologías participativas y enfocadas en el desarrollo de prácticas, de manera que el estudiantado adquiera un rol protagonista en su propio proceso de aprendizaje, incentivando la creatividad y la iniciativa.

Más complicado se hace el diseño de la evaluación de estas competencias al tener un componente tan alto de implicación personal y por tanto de subjetividad, optando en muchos casos por la autoevaluación o evaluación por pares para fomentar la toma de conciencia de las debilidades y cómo establecer acciones de mejora que incidan directamente en las capacidades de la persona y la ponga en relación directa con su propia empleabilidad, situándola en una posición de ventaja en el acceso a un puesto de trabajo.

Los procesos de innovación docente son la vía más utilizada para la introducción del aprendizaje de estas competencias y las metodologías a seguir son variadas y se aplican en función del objetivo a conseguir. Las más utilizadas en la actualidad son: trabajos basados en proyectos, juegos de rol; debates y mesas de diálogo, gamificación... Son, por tanto, enfoques de trabajo activo que requieren una implicación máxima del alumnado y con un importante componente motor de estimulación de la curiosidad y las ganas de aprender.

Sin embargo, y a pesar de sus demostradas bondades y la asunción de la necesidad de trabajar sobre ellas, nuestro país no es precisamente líder en su aplicación, con lo que se hace necesario resolver esta necesidad de innovación docente si pretendemos mejorar la tasa de inserción laboral de las personas jóvenes y que nuestra economía sea más competitiva. Esta reflexión viene avalada por los resultados del [European Skills Index](#) que nos sitúa en el grupo de países de «bajo rendimiento» a nivel de la UE. En el pilar de activación de competencias, España ocupa el puesto 29, con un bajo rendimiento en el subpilar de transición al trabajo (puesto 30). Entre los indicadores de este pilar, el rendimiento de España oscila entre el puesto 31 en «abandono temprano de la formación» y el puesto 23 en «tasa de actividad (20-24 años)». También, en el pilar de la adecuación de las cualificaciones, España ocupa el puesto 30. Sin embargo, España obtiene mejores resultados en la proporción de la población con «altas competencias digitales» (puesto 13).

En definitiva, el aprendizaje de *soft skills* en la formación universitaria crea una ventaja competitiva a favor del estudiantado universitario mejorando su empleabilidad, limitando las posibles discriminaciones en el acceso que pudieran surgir por la falta de estas habilidades que facilitan la

adaptación al nuevo mercado de trabajo¹⁹.

2.3. La reinención de la persona a través del crecimiento en habilidades

La digitalización también ha despertado la adaptación de nuestra vida laboral a las nuevas condiciones vitales. Técnicas e iniciativas que buscan el equilibrio y la proyección hacia el futuro. Es el caso de la técnica japonesa *ikigai* que promueve la búsqueda de la actividad que “se ama hacer”, que además se es bueno haciéndola y por la que se recibe un salario y que acaba considerándose, en general, en lo que el mundo puede necesitar de cada uno. Esta técnica busca un equilibrio personal que pasa por lo profesional, una reinención de uno mismo “a la japonesa”.

Figura 2 – *Ikigai* como intersección de cuatro círculos



Fuente: FUTURO EMPLEO, [Descubre tu propósito de la vida con IKIGAI](#), en www.futuroempleo.com, 26 enero 2021

Iniciativa interesante también es *Closing the Skills Gap* (“cerrando la brecha de las habilidades”)²⁰, puesta en marcha por el Foro Económico

¹⁹ A.B. MUÑOZ DE LUNA, S. MARTÍN GÓMEZ, *Power Skills: habilidades, conocimiento actitudes y aptitudes que hacen personas únicas*, ESIC, 2024, p. 53.

²⁰ Vid. WORLD ECONOMIC FORUM, [Closing the Skills Gap. Project Overview](#), 2018.

Mundial y que sirve como plataforma para abordar el desarrollo de habilidades orientadas al futuro apoyando la colaboración constructiva público-privada en la reforma urgente de los sistemas educativos y las políticas laborales de manera que se prepare a la mano de obra para el futuro del empleo y de los mercados de trabajo, a través de programas específicos para cada país, intercambios globales y regionales de mejores prácticas.

Se nos marcó el horizonte en 2022 para alcanzar las habilidades que los gurús prevén que nos exigirían para el mercado de trabajo. Ya nos hemos pasado en dos años y no hemos evolucionado como se esperaba, de manera que el *top ten* de las competencias requeridas que toda persona debe alcanzar para no sufrir procesos de discriminación en el acceso al empleo, se resume en el siguiente cuadro.

Cuadro 3 – Top ten de las competencias requeridas para no sufrir procesos de discriminación en el acceso al empleo

Pensamiento analítico e innovador	Analizar la información y utilizar y aplicar el pensamiento creativo para encontrar las soluciones a los problemas relacionados con el trabajo
Aprendizaje activo y estratégico	Entender las implicaciones de la nueva información para resolver problemas y tomar decisiones, así como seleccionar los métodos más adecuados
Creatividad, originalidad e iniciativa	Voluntad de asumir responsabilidades y desafíos y la capacidad de desarrollar formas inteligentes de resolver problemas. Espera que los trabajadores tomen decisiones por sí mismos y prueben sus propias ideas
Diseño tecnológico y programación	Diseñar programas y adaptar el equipo y la tecnología para satisfacer las necesidades de los usuarios
Pensamiento crítico y analítico	Usar la lógica y el razonamiento para identificar las fortalezas y debilidades de los enfoques de los problemas y evaluar la efectividad de las soluciones
Resolución de problemas complejos	Desarrollar, evaluar e implementar soluciones
Liderazgo e influencia social	Habilidad para opinar, dirigir y desarrollar influencia sobre otros en el seno de la organización

Inteligencia emocional	Ser cooperativo, preocuparse por los demás y entender por qué las personas reaccionan de la manera que lo hacen
Razonar y buscar soluciones a los problemas	Generar ideas y manejar la información para la resolución de problemas
Análisis y evaluación de sistemas	Considerar los costes y beneficios de las potenciales acciones y escoger la mejor opción

Fuente: elaboración propia a partir de WORLD ECONOMIC FORUM, [The Future of Jobs Report 2020](#), 2020

Con todo esto, una de las principales barreras que se plantean es el análisis de los costes de la disrupción tecnológica y las posibilidades de asunción por una colaboración público-privada que, en el caso que planteamos, tendría su vía a través de la formación dual universitaria. Un informe del Foro Económico Mundial apunta que el gasto en capacitación de una persona trabajadora es un 25% inferior a los beneficios que generaría, por tanto, merece la pena en términos de inversión²¹.

Se hace necesario impulsar y adoptar el cambio de mentalidad, un cambio que suponga una profunda transformación transversal de todas las instituciones de enseñanza superior para poder afrontar con mayores garantías cualquier cambio de escenario provocado por la imparable evolución de los mercados de trabajo.

3. La posición de Europa con respecto a las competencias y la transposición a España

No es una novedad el reconocimiento que la UE otorga a la importancia de las competencias digitales en el acceso al empleo ni que España ha recogido el guante. Han pasado prácticamente dos décadas desde que se publicara la [Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente](#), publicación que supuso un paso de gigante en la configuración de la “competencia digital” como una de las competencias clave imprescindible para que todas las personas afronten con garantías de éxito su desarrollo profesional pero también personal. Posteriormente vino la definición desde la propia Comisión Europea con el establecimiento del Marco de competencias digitales de la UE (DigComp)²² y su consideración

²¹ WORLD ECONOMIC FORUM, [Global Gender Gap Report 2021](#), 2021.

²² COMISIÓN EUROPEA, [Marco europeo de competencias digitales DIGCOMP](#), en [epale.ec.europa](#).

como competencias transversales. Una posterior actualización del citado marco vincula la competencia digital con otras 21, que agrupa en 5 áreas y todas y cada una de ellas tienen una especial importancia en los procesos de acceso al mercado de trabajo. Se agrupan de la siguiente manera:

1. información y alfabetización de datos;
2. comunicación y colaboración;
3. creación de contenidos digitales;
4. seguridad;
5. solución de problemas.

El año 2022, con la publicación del DigComp 2.2²³, fue el de la visibilidad más evidente puesto que este ya recoge ejemplos de los conocimientos, habilidades y actitudes aplicables a cada competencia que se define como una combinación de conocimientos, capacidades y actitudes, que «implica el uso seguro, crítico y responsable de las tecnologías digitales para el aprendizaje, en el trabajo y para la participación en la sociedad, así como la interacción con estas», en las que:

1. los conocimientos se componen de hechos y cifras, conceptos, ideas y teorías que ya están establecidos y apoyan la comprensión de un área o tema concretos;
2. las capacidades se definen como la habilidad para realizar procesos y utilizar los conocimientos existentes para obtener resultados;
3. las actitudes describen la mentalidad y la disposición para actuar o reaccionar ante las ideas, las personas o las situaciones.

Y coincidiendo con el establecido por el Marco europeo de competencias digitales el concepto incluye las siguientes habilidades:

1. la alfabetización en información y datos;
2. la comunicación;
3. la colaboración;
4. la alfabetización mediática;
5. la creación de contenidos digitales (incluida la programación);
6. la seguridad, incluido el bienestar digital y las competencias relacionadas con la ciberseguridad;
7. asuntos relacionados con la propiedad intelectual;
8. la resolución de problemas y el pensamiento crítico.

Las competencias digitales tienen una importancia capital, como venimos avanzando, en el acceso al empleo, sobre todo por las transformaciones que está experimentando el mundo del trabajo a las que

[eu](#), 16 diciembre 2020.

²³ R. VUORIKARI, S. KLUZER, Y. PUNIE, *DigComp 2.2: The Digital Competence Framework for Citizens - With new examples of knowledge, skills and attitudes*, JRC, 2022.

también hemos hecho referencia. De hecho, la Agenda de Capacidades Europea 2020 para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia²⁴ hace referencia a la importancia de estas competencias para acompañar la transición digital, con base en diversos estudios que han puesto de manifiesto que, en algunas categorías, más del 90% de los empleos requieren competencias digitales específicas. Por tanto, la demanda de competencias tecnológicas en todos los sectores económicos, incluidos los no tecnológicos, ya fuerza a la adquisición de las mismas y la educación superior tiene mucho que decir al respecto.

El año 2025 se ha convertido en horizonte para prácticamente todas las políticas de la UE y, por tanto, también para procurar que toda la población tenga acceso a la capacitación en estas competencias, por lo que la Agenda Europea de Capacidades fija objetivos que alienten a su consecución. El objetivo principal que plantea es que el 70% de la población adulta de la UE cuente con competencias digitales básicas en 2025 en el marco de las acciones que plantea la Comisión Europea a través de la actualización del Plan de Acción de Educación Digital²⁵, y el impulso del programa *Europa Digital*²⁶.

Con este impulso europeo, España comienza el camino en 2020, con la aprobación de la Estrategia España Digital 2025 que fija como uno de sus ejes estratégicos «reforzar las competencias digitales de los trabajadores y del conjunto de la ciudadanía», poniendo el énfasis en la cuestión sobre la que debatimos en este trabajo: las necesidades del mercado laboral y el refuerzo del aprendizaje por competencias. El objetivo que fija es aún más ambicioso que el establecido por la UE, porque fija el porcentaje de población con competencias digitales en un 80%, introduciendo también la perspectiva de género además de impulsar el conocimiento de las competencias digitales requeridas por el mercado de trabajo para todas las personas trabajadoras.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, 1º julio 2020, COM(2020)274 final.

²⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)*, en education.ec.europa.eu, 26 julio 2022.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *El programa Europa Digital*, en digital-strategy.ec.europa.eu, 13 octubre 2022.

4. Ajustes, desajustes y riesgos de discriminación en el acceso al empleo

El análisis del ajuste o desajuste entre la utilidad de cada competencia para el desempeño del trabajo y los conocimientos adquiridos en la formación universitaria debería medirse periódicamente a través de una coordinación entre las instituciones educativas y la demanda del mercado de trabajo, identificando las cuestiones a mejorar, como ya hemos comentado previamente.

Afrontar este nuevo paradigma que confronta el sistema de formación universitario y el mercado laboral se ha convertido en uno de los principales desafíos cuando se trata de medir la empleabilidad de la población universitaria. Desde el prisma formativo se pretende una traslación desde los conocimientos a los resultados de aprendizaje, coincidiendo con el proceso de modificación de los objetivos planteados inicialmente en la Declaración de Bolonia. En este proceso de convergencia se hace necesario el desarrollo de titulaciones comprensibles y compatibles con las necesidades que plantean las empresas y el propio mercado de trabajo, de manera que la empleabilidad se ha convertido en una pieza clave.

Los resultados de aprendizaje tienen que poder demostrarse en el desempeño de una profesión por eso se encuentran más cercanos a la introducción para su medición del ajuste competencial cual es la relación entre la estructura, la metodología y el programa y los perfiles profesionales requeridos para cada titulación²⁷.

Para responder a las necesidades del mercado es necesario introducir las competencias profesionales en la formación por varios motivos. Por un lado, los conocimientos técnicos pueden quedarse obsoletos, de ahí la importancia de la capacidad de aprender y el interés por seguir aprendiendo. Cada vez son más los puestos de trabajo híbridos en los que se valora el conocimiento multidisciplinar. Por otro lado, puede intuirse que las personas que cuentan con unas *soft skills* más desarrolladas son más adaptables a las dinámicas de cambio de los mercados de trabajo en los procesos de globalización y digitalización económica, donde los empleos evolucionan a velocidades a veces, incontrolables²⁸. Y esa evolución que podía entenderse como la capacidad de resistencia de los más preparados, y no estaría lejos de la realidad, también puede tener un efecto perverso en los procesos de reclutamiento y, sobre todo, de promoción. Porque, aunque

²⁷ I. GARCÍA ESPEJO, M. IBÁÑEZ PASCUAL, *Competencias para el empleo. Demandas de las empresas y medición de los desajustes*, en *Revista Internacional de Sociología*, 2006, n. 43.

²⁸ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 95.

las competencias pueden ser consustanciales a la persona, también pueden aprenderse y desarrollarse de manera que aquellos con más posibilidades de acceder a una formación que incluya estas habilidades que solicita el empresario desplacen a quienes carecen de recursos para acceder a ella. Los elementos que influyen pueden ser de diversa naturaleza, territoriales, económicos, culturales o institucionales.

¿Dónde se debe de poner el foco? Principalmente incidiendo en los procesos formativos, esto es, en la educación en tanto que uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) para erradicar la pobreza. Una educación de calidad contribuye a reducir las desigualdades y en consecuencia romper con el ciclo de la pobreza, asociado en nuestra perspectiva al desempleo o a la falta de oportunidades para el acceso en igualdad de condiciones a un empleo. Debemos garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos y eso pasa por adaptarse a los requerimientos del mercado de trabajo.

La colaboración institucional es fundamental para afrontar esta tarea e implica a los siguientes actores:

- *Gobiernos*, poniendo el foco en la educación de sus políticas públicas;
- *Sector privado*, reforzando económicamente los vacíos a los que no llega la Administración Pública;
- *Organizaciones no gubernamentales*, trabajando en la educación de los jóvenes y reforzando las competencias transversales de los mismos con el objetivo de que consigan empleos de calidad.

Sin embargo, actualmente más de tres cuartas partes de las empresas de la UE señalan que tienen dificultades para encontrar trabajadores con las capacidades necesarias, y las últimas cifras de Eurostat indican que solo el 37% de los adultos reciben formación de forma periódica²⁹.

5. Conclusiones

El punto de partida de la reflexión sobre las competencias fue la búsqueda de una mejor manera de predecir un buen desempeño en el puesto de trabajo. Como se ha podido percibir a lo largo del trabajo, cuando se habla de competencias el análisis se hace más abstracto que cuando nos referimos a conocimientos, término que tradicionalmente está más asociado al aprendizaje. Las competencias relacionadas con el desempeño de una

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, [La Comisión pone en marcha el Año Europeo de las Capacidades](https://ec.europa.eu/representation.ec.europa.eu), en [spain.representation.ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/representation.ec.europa.eu), 13 octubre 2022.

profesión tienen, como hemos apuntado, un carácter de subjetividad asociada tanto a la persona como al determinado puesto de trabajo que ha de desempeñar. Pero, a pesar de ello, las competencias tienen un carácter totalmente opuesto a los conocimientos pese a que intenten encontrar puntos de confluencia. Y esa oposición se manifiesta fundamentalmente en el carácter objetivo de los conocimientos y subjetivo de las competencias.

Las instituciones de formación superior, las universidades, no pueden caminar ajenas a las demandas de un mercado de trabajo cada vez más cambiante, aun sabiendo las dificultades que ello entraña. Porque se producen en entornos poco amigables en los que las universidades tienen que hacer frente a presupuestos cada vez más reducidos, competencia entre universidades públicas y privadas, actores nuevos en el mercado de la formación, resistencia del profesorado a perder su libertad de cátedra y tenerse que adaptar a nuevos modelos de aprendizaje. Pero, a pesar de ser conscientes de las dificultades no puede dejar de lado el desarrollo y la implementación de nuevas tecnologías educativas que estimulen el pensamiento autónomo, la capacidad de comunicación, la adaptabilidad, la resiliencia, la iniciativa, el trabajo en equipo... todo ello sin perder de vista la importancia de los conocimientos básicos que permitan conocer los fundamentos de una disciplina y que serán los que, acompañados de las competencias, deban de desarrollar en el empleo.

Las características subjetivas de la persona no pueden ser determinantes en la formación ni en las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, pero es necesario ser conscientes de asumir e integrar las competencias en la formación para la mejora de la empleabilidad y en aras a limitar la discriminación que puede ocasionar su carencia.

6. Bibliografía

- AMIGOT LEACHE P., MARTÍNEZ L. (2013), *Gestión por competencias, modelo empresarial y sus efectos subjetivos. Una mirada desde la Psicología Social Crítica*, en *Universitas Psychologica*, n. 4, pp.1073-1084
- CAMAS RODA F. (2023), *Empleabilidad-formación tras la ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo*, en Vv.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- CAMAS RODA F. (2022), *La nueva Ley de Formación Profesional en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral*, en *Trabajo y Derecho*, n. 94
- CEDEFOP (2008), *Terminology of European education and training policy. A selection of*

100 key terms

- COMISIÓN EUROPEA (2024), *El pilar europeo de derechos sociales en 20 principios*, en commission.europa.eu, 18 marzo
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *El programa Europa Digital*, en digital-strategy.ec.europa.eu, 13 octubre
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *La Comisión pone en marcha el Año Europeo de las Capacidades*, en spain.representation.ec.europa.eu, 13 octubre
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027)*, en education.ec.europa.eu, 26 julio
- COMISIÓN EUROPEA (2020), *Marco europeo de competencias digitales DIGCOMP*, en epale.ec.europa.eu, 16 diciembre
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2023), *Capacitación y reciclaje profesional: hacia un modelo digital, integrado y competitivo*, Dykinson
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2021), *Formando para un mundo que ya no existe: la urgente necesidad de alfabetización digital para el empleo*, en *Revista de Derecho Social*, n. 95, pp. 115-146
- FINKEL F. (2021), *Formación y nuevas competencias para el trabajo y el empleo del futuro: retos para la educación superior*, en *Panorama Social*, n. 34, pp. 137-149
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2020), *Tu próximo cambio de trabajo podría ser más fácil de lo que piensas*, en es.weforum.org, 21 octubre 2020
- FUTURO EMPLEO (2021), *Descubre tu propósito de la vida con IKIGAI*, en www.futuroempleo.com, 26 enero
- GARCÍA ESPEJO I., IBÁÑEZ PASCUAL M. (2006), *Competencias para el empleo. Demandas de las empresas y medición de los desajustes*, en *Revista Internacional de Sociología*, n. 43, pp. 139-168
- GRANÉ N., FINKEL L. (2019), *La Universidad y las prácticas académicas externas: retos y perspectivas desde la CRUE*, Conferencia inaugural del XV Symposium Internacional Poio sobre el Prácticum y las Prácticas Externas, Pontevedra, 10 julio
- LOZANO J.F., BONI A., PERIS J., HUESO A. (2012), *Competencies in Higher Education: A Critical Analysis from the Capabilities Approach*, en *Journal of Philosophy of Education*, vol. 46, n. 1, pp. 132-147
- MUÑOZ DE LUNA A.B., MARTÍN GÓMEZ S. (2024), *Power Skills: habilidades, conocimiento actitudes y aptitudes que hacen personas únicas*, ESIC
- RÖMGENS I., SCOUPE R., BEAUSAERT S. (2020), *Unraveling the concept of employability, bringing together research on employability in higher education and the workplace*, en *Studies in Higher Education*, vol. 45, n. 12, pp. 2588-2603

- SANTAMARÍA LÓPEZ E., ORTEU GUIU X. (2020), *¿Qué ocurre con la empleabilidad? Reflexiones críticas sobre su orientación y desafíos en tiempos de crisis*, en *Lan Harremanak*, n. 43, pp. 21-40
- SERRANO PASCUAL A. (2001), *Enhancing youth employability through social and civil partnership*, ISE
- SULEMAN F. (2018), *The employability skills of higher education graduates: insights into conceptual frameworks and methodological options*, en *Higher Education*, vol. 76, n. 2, pp. 263-278
- TANGUY L. (1994), *Rationalisation pédagogique et légitimité politique*, en F. ROPE, L. TANGUY (dirs.), *Savoirs et compétences. De l'usage de ces notions dans l'école et l'entreprise*, L'Harmattan
- VUORIKARI R., KLUZER S., PUNIE Y. (2022), *DigComp 2.2. The Digital Competence Framework for Citizens. With new examples of knowledge, skills and attitudes*, JRC
- WORLD ECONOMIC FORUM (2021), *Global Gender Gap Report 2021*
- WORLD ECONOMIC FORUM (2020), *The Future of Jobs Report 2020*
- WORLD ECONOMIC FORUM (2018), *Closing the Skills Gap. Project Overview*

Normativa europea

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia*, 1º julio 2020, COM(2020)274 final
- Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones, *Informe sobre los progresos en materia de garantía de la calidad en la enseñanza superior*, 21 septiembre 2009, COM(2009)487 final
- [Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente \(2006/962/CE\)](#)

La inserción laboral de las personas con trastorno del espectro autista ante la discriminación por razones de discapacidad: el nuevo reto de la política de empleo

Raquel VELA DÍAZ*

RESUMEN: Las situaciones de desigualdad se caracterizan por sus diferentes formas de expresión, que se manifiestan de una manera especial mediante la discriminación y la vulneración de derechos de determinados grupos de personas. En el ámbito laboral estas discriminaciones se manifiestan especialmente, siendo la discriminación por motivos de discapacidad en general, y de determinados tipos de discapacidad en particular, una de las más habituales. A este respecto, las personas con trastorno del espectro del autismo (TEA) conforman uno de los colectivos con más dificultades en la participación social y en el empleo. El presente artículo analiza la situación de las personas con trastorno del espectro autista desde la perspectiva de su inserción en el mercado de trabajo, y su reciente inclusión como uno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Palabras clave: Discapacidad, trastorno del espectro autista, inserción laboral, empleo con apoyo, discriminación, políticas de empleo, Ley de Empleo.

SUMARIO: 1. Planteamiento inicial. 2. Una aproximación a las principales características del trastorno del espectro autista. 3. Especiales dificultades de participación en el mercado de trabajo de las personas con trastornos del espectro autista. 4. La protección de los derechos de las personas con discapacidad tras la reforma del artículo 49 de la Constitución Española. 5. La evolución normativa de los derechos laborales de las personas con discapacidad: especial atención a la referencia de las personas con TEA. 6. La inclusión de las personas con trastorno del espectro autista como colectivo de atención prioritaria de la política de empleo en la Ley de Empleo. 7. La necesaria atención personalizada y especializada de los colectivos prioritarios de la política de empleo por los servicios públicos de empleo: especial referencia a las personas con TEA. 8. A modo de reflexión final. 9. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén (España).



The Labour Insertion of People with Autism Spectrum Disorder in the Face of Discrimination for Reasons of Disability: the New Challenge of Employment Policy

ABSTRACT: Situations of inequality are characterized by different forms of expression, which are manifested in a special way through discrimination and violation of the rights of certain groups of people. In the workplace, these discriminations are especially evident, with discrimination based on disability in general, and certain types of disabilities in particular, being one of the most common. In this regard, people with autism spectrum disorder (ASD) are one of the groups with the most difficulties in social participation and employment. This article analyses the situation of people with autism spectrum disorder from the perspective of their insertion into the labour market, and their recent inclusion as one of the groups of priority attention for employment policy in Act No. 3/2023, of 28 February, on Employment.

Key Words: Disability, autism spectrum disorder, labour insertion, supported employment, discrimination, employment policies, Employment Act.

1. Planteamiento inicial

Las situaciones de desigualdad se caracterizan por sus diferentes formas de expresión, que se manifiestan de una manera especial mediante la discriminación y la vulneración de derechos de determinados grupos de personas.

Las relaciones laborales constituyen uno de los ámbitos en el que las situaciones de discriminación se hacen más visibles y son más sensibles, no en vano la igualdad es un ingrediente esencial de nuestro sistema jurídico-laboral, de manera que informa la práctica totalidad de los temas fundamentales del Derecho del Trabajo¹.

Es innegable que las sociedades y los mercados de trabajo son cada vez más complejos, lo que supone, entre otras cuestiones, la aparición y la persistencia de diferentes formas de discriminación y exclusión. En este sentido, la discriminación por motivos de discapacidad en general en el ámbito laboral, y de determinados tipos de discapacidad en particular, es una de las más habituales y arraigadas. Por ello, no cabe desconocer que determinados colectivos de personas encuentran auténticos obstáculos sociales y jurídicos, tanto para el acceso al mercado de trabajo, como para el mantenimiento de su relación profesional².

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación supone un avance importante en este proceso en el derecho antidiscriminatorio español, dando cobertura a la legítima pretensión de que las personas sean tratadas por igual en cualquier momento y lugar, extendiendo su ámbito objetivo de aplicación, como no podía ser de otra manera, al ámbito de las relaciones laborales. Así, el art. 1.a) establece expresamente que esta Ley se aplicará al ámbito del empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, detallando las causas por las que nadie podrá ser discriminado, entre ellas, «por razón de discapacidad». La norma no sólo incluye las tradicionales causas de discriminación ya recogidas en otros textos legislativos, sino que introduce

¹ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones Laborales*, 2022, n. 4, p. 12.

² *Vid.* un estudio exhaustivo desde las diferentes perspectivas de la discapacidad en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, 2020.

también algunas más novedosas³.

El principio constitucional de fomento del empleo derivado del art. 40 de la Constitución Española, en combinación con el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo (arts. 14 y 9.2 CE), constituyen el fundamento jurídico de las medidas de política activa de empleo y la determinación, a nivel legal, de los sujetos que, a lo largo del tiempo, por padecer rasgos personales o pertenecer a grupos sociales desfavorecidos, tienen dificultades en su acceso al mercado de trabajo que legitiman medidas de acción positiva para reequilibrar su situación de inferioridad en las oportunidades⁴.

El *Libro blanco sobre empleo y discapacidad* de 2023 pone de manifiesto que la tasa de actividad de las personas con discapacidad es relativamente muy baja, si se compara con la general de personas que no tienen reconocimiento alguno de la misma. En particular, ello es así en relación con las de carácter intelectual y mental, y no tanto en el campo de las sensoriales. Con todo, el carácter heterogéneo de las diferentes discapacidades y de las personas con discapacidad debería considerarse también en cuanto a las políticas de empleo, que desde luego deben atender de forma específica a las necesidades particulares de estos colectivos.

En este sentido, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo recoge una ampliación cuantitativa de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, por precisar una atención específica en el diseño y ejecución de las políticas de empleo ante las especiales dificultades que padecen para el acceso y mantenimiento del empleo, lo que conlleva una especial vulnerabilidad en su participación en el mercado de trabajo.

Uno de esos colectivos especialmente vulnerable que es objeto de atención y mención específica por primera vez en una Ley de Empleo, por tratarse de uno de los colectivos de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, es el de las personas con trastorno del espectro autista.

El presente artículo analiza en profundidad la situación de las personas con trastorno del espectro autista desde la perspectiva de su inserción en el mercado de trabajo, la evolución normativa de los derechos laborales de las

³ Como puede ser la orientación o identidad sexual, la expresión de género, así como la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos o la situación socioeconómica. *Vid.* un análisis de las causas de discriminación incluidas en la Ley 15/2022 en J.F. LOUSADA AROCHENA, *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo*, en *Revista de Jurisprudencia*, 2022, n. 50.

⁴ M.C. AGUILAR GONZÁLEZ, [La ampliación y concreción de los colectivos de atención prioritaria a los efectos de las políticas de empleo: ¿eran necesarias?](#), en *NET21*, 2023, n. 13.

personas con discapacidad, prestando una especial atención a la referencia de las personas con TEA en los textos normativos, y se aborda de manera específica su reciente inclusión como uno de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

2. Una aproximación a las principales características del trastorno del espectro autista

El trastorno del espectro del autismo (TEA) es una condición de origen neurobiológico que afecta a la configuración del sistema nervioso y al funcionamiento cerebral. Acompaña a la persona a lo largo de su vida y afecta, fundamentalmente, a dos áreas del funcionamiento personal: la comunicación e interacción social, y la flexibilidad del comportamiento y del pensamiento⁵. La percepción y el procesamiento de información conduce a limitaciones significativas en las interacciones sociales básicas, lo que dificulta la planificación, toma de decisiones, resolución de problemas, control de los impulsos, inhibición de reacciones, flexibilidad de acción y el pensamiento.

Las características nucleares del TEA son específicas, aunque a veces pueden aparecer asociadas a otras condiciones como la discapacidad intelectual, trastornos del lenguaje o problemas de salud mental. No lleva asociado ningún rasgo físico y diferenciador, sino que solo se manifiesta a nivel de las competencias cognitivas de la persona y del comportamiento.

Cabe resaltar que las características que definen el trastorno del espectro autista no se traducen únicamente en dificultades, sino que en muchos casos también se asocian a determinadas capacidades, tales como: meticulosidad, curiosidad por temas muy específicos, conocimiento especializado sobre temas de su interés, sinceridad, honestidad, respeto y cumplimiento de las reglas establecidas, atención por lo detalles, buena adaptación y seguimiento de las rutinas, competencias en tareas mecánicas y repetitivas, tendencia a ser personas muy lógicas o capacidad para escuchar sin prejuicios.

La clasificación del autismo ha variado a lo largo de los años. El Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM) elaborado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría y la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la organización Mundial de la Salud, que son los sistemas de clasificación utilizados internacionalmente y que sirven de

⁵ CONFEDERACIÓN AUTISMO ESPAÑA, *Qué es el autismo*, en autismo.org.es, 9 agosto 2022.

referencia a profesionales de la salud para establecer diagnósticos clínicos, definían el autismo y sus trastornos asociados como “trastorno generalizado del desarrollo” (TGD), clasificándolo en cinco subtipos: el trastorno autista, el síndrome de Asperger, el trastorno desintegrativo infantil, el trastorno generalizado del desarrollo no especificado y el síndrome de Rett⁶.

Sin embargo, las últimas versiones de estos sistemas de clasificación (DSM-5 y CIE-11) han modificado la denominación de la categoría diagnóstica, sustituyendo el término “trastorno generalizado del desarrollo” (TGD) anteriormente utilizado, por el de “trastorno del espectro del autismo” (TEA), incluyendo a su vez este tipo de trastornos dentro de una categoría más amplia de “trastornos del neurodesarrollo”⁷. En lugar de hacer distinción entre diferentes subtipos, se especifican tres niveles de gravedad en los síntomas, de menor a mayor intensidad, según el nivel de apoyo que necesita la persona: Grado 1, Grado 2 y Grado 3.

De acuerdo con los datos mostrados en el *I Plan de Acción Estratégica Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027*, en la última década se ha producido un crecimiento significativo de los casos identificados en la categoría de trastorno del desarrollo, pasando de 31.703 personas en 2013 a 87.227 en la actualidad. La Base de datos Estatal de Discapacidad, dependiente del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) identificó con fecha de 2021 a 127.612 personas con una valoración oficial de grado de discapacidad en la categoría de “trastorno del desarrollo”.

El nuevo baremo del reconocimiento del grado de discapacidad regulado en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que ha entrado en vigor en abril de 2023 y que ha venido a sustituir al anterior RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, recoge los fundamentos del trastorno del espectro del autismo. Tal y como señala el preámbulo del RD 888/2022, dicho baremo se adapta al modelo social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas,

⁶ P. MARCOS, [La clasificación del autismo, cuántos tipos existen y cuáles son sus características](#), en [www.20minutos.es](#), 25 diciembre 2022.

⁷ Según esta nueva clasificación, el síndrome de Rett ya no forma parte de esta categoría y el síndrome de Asperger desaparece y se incluye en los TEA. No obstante, aunque la categoría diagnóstica específica ha desaparecido de los sistemas de clasificación, se mantiene la denominación social de síndrome de Asperger por una cuestión de identidad y por el sentimiento de pertenencia que pueden presentar las personas que recibieron dicho diagnóstico.

adoptando el modelo biopsicosocial propuesto por la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, según el cual la discapacidad se debe entender sobre la base de factores biológicos, pero también psicológicos y sociales. De manera más específica, este baremo supone un avance en la valoración del grado de discapacidad en el caso particular de las personas con trastornos del espectro del autismo, ya que incorpora la categoría de “trastorno generalizado del desarrollo” de manera independiente y diferenciada del diagnóstico de discapacidad intelectual, lo que visibiliza el impacto que las características nucleares del TEA tienen por sí mismas en el funcionamiento adaptativo y en la calidad de vida de las personas que lo presentan.

3. Especiales dificultades de participación en el mercado de trabajo de las personas con trastornos del espectro autista

La condición personal de discapacidad constituye, como ya hemos señalado, una causa legal de discriminación con particular manifestación en el marco de las relaciones laborales. No en vano las personas con discapacidad integran uno de los colectivos que mayores dificultades presentan en el acceso al mercado laboral, dificultades que pueden intensificarse dependiendo de las características de la discapacidad que se padece⁸.

La mayor parte de los estudios tanto de ámbito nacional como europeo que analizan la situación y el contexto vital de las personas con trastornos del espectro autista en su etapa adulta muestran, de manera general, la escasa integración social y especialmente laboral de estas personas.

De hecho, gran parte de las personas adultas con TEA no llevan a cabo ninguna actividad productiva o laboral, a lo que hay que unir su limitada integración en la comunidad. En definitiva, las personas con TEA constituyen uno de los colectivos con mayor riesgo de exclusión social y con mayores dificultades para su inserción en el mercado de trabajo ordinario. Es a través de la fórmula de empleo con apoyo como las personas con TEA han conseguido en mayor medida participar en el mercado de trabajo⁹.

A estas constantes referencias a su escasa integración social y

⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *op. cit.*, cit., p. 32.

⁹ CENTRO ESPAÑOL SOBRE TRASTORNO DEL ESPECTRO DEL AUTISMO, *I Plan de Acción Estratégica Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024, pp. 22-23.

especialmente laboral, hay que unir que la amplia variedad de manifestaciones posibles en las personas con TEA hace muy difícil delimitar un único perfil de entre las personas candidatas a encontrar un empleo.

En este sentido, los datos de la última *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia* (EDAD) correspondiente al año 2020, pone claramente de manifiesto que estas dificultades mencionadas son muy superiores a las que presentan otros sectores de personas con discapacidad. Así, los resultados obtenidos muestran que las personas con discapacidad con un menor índice de ocupación laboral en la actualidad, son aquellas que presentan dificultades en las «interacciones y relaciones personales», con un 8% de ocupación, y las que presentan dificultades en el «aprendizaje, aplicación del conocimiento y desarrollo de tareas», con sólo un 4% de ocupación¹⁰. Sin embargo, las dificultades relacionadas con la audición, la movilidad o la visión, representan un 33%, un 31% y un 28% de ocupación, respectivamente¹¹. Se detecta así que las personas con trastornos del espectro autista se encuentran dentro de los colectivos con mayor riesgo de exclusión laboral.

Esas dificultades parten, en muchos casos, del mismo acceso a ofertas o puestos vacantes, dado que en ocasiones no consiguen entender los motivos o intenciones de las personas y tienen dificultades para anticiparse a las conductas de los demás, lo que puede generar desconcierto en un proceso de selección. Del mismo modo, las características de las personas con TEA en el ámbito de la comunicación limitan su acceso incluso a la información sobre oportunidades de trabajo.

Algunos de los estudios realizados también ponen de relieve que una vez que estas personas logran un empleo (en numerosas ocasiones de baja cualificación), las dificultades que presentan en las áreas relacionadas con lo social, la comunicación y la flexibilidad –autoorganización, comprensión de instrucciones, normas sociales de la empresa, relación con los compañeros y compañeras...– suponen un auténtico reto para ellas. En algunos casos, la discapacidad puede pasar desapercibida y otras personas que no conocen las características de las personas con TEA pueden no comprender sus

¹⁰ Estos resultados son incluso inferiores a los de la *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia* de 2008, en la que las personas que presentaban dificultades en las interacciones y relaciones personales tenían un índice de ocupación del 11% (frente al 8% de la Encuesta actual), y las que presentaban dificultades en la adquisición y aplicación de conocimientos y tareas, un 8% (frente al 4% de la Encuesta actual).

¹¹ INE, *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD). Principales resultados. Año 2020*, Nota de prensa, 19 abril 2022.

dificultades¹².

Por su parte, los datos del INE sobre el empleo de las personas con discapacidad del año 2022 muestran que lo más destacable del colectivo de personas con discapacidad en general es su baja participación en el mercado laboral, situándose su tasa de actividad en el año 2022 en el 35,3%, 42,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. Pero además, señala que la participación laboral está muy determinada por el tipo e intensidad de la discapacidad¹³.

En esta misma línea, los datos de Autismo Europa muestran que entre el 76% y el 90% de las personas adultas con autismo está desempleada y no desarrolla ninguna actividad productiva o laboral, lo que les convierte en el colectivo de la discapacidad con la más alta tasa de desempleo. A ello se suma, tal y como recoge el *I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027*, la brecha de género, no sólo porque las mujeres con trastorno del espectro autista tienen más limitado aún el acceso al mercado de trabajo, sino porque las oportunidades de empleo que se ofrecen con más frecuencia a estas mujeres se limitan en la mayoría de las ocasiones al desempeño de tareas domésticas o de limpieza.

Uno de los objetivos y líneas de actuación de la *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030* va dirigido a aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad, asegurando su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones (Eje 1, Objetivo 2). Dicho objetivo determina, entre sus líneas de actuación, la necesidad de incorporar las realidades de las personas con trastornos del espectro del autismo, estableciendo pautas unificadas sobre la aplicación de la cuota de reserva en el empleo público.

En este sentido, resulta innegable que, para garantizar la calidad de vida, el desarrollo personal y la participación en sociedad de este colectivo especialmente vulnerable, el empleo y, en particular, el empleo en el sector público, puede suponer una gran oportunidad para conseguirlo con estabilidad, mejorando las barreras propias de estas patologías y las derivadas del todavía precario acceso a la función pública, planteándose como una oportunidad real y efectiva¹⁴.

¹² R. ÁLVAREZ PÉREZ ET AL., *Servicio de inserción laboral (empleo con apoyo) para personas con trastorno del espectro Autista*, en VV.AA., *I Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad "Hacia la Plena Inclusión Laboral". 5 y 6 de marzo de 2015, Granada*, Universidad Internacional de Andalucía, 2016.

¹³ INE, *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2022*, Nota de prensa, 20 diciembre 2023.

¹⁴ N.M. GARRIDO CUENCA, C. DELGADO GARRIDO, *El acceso al empleo público de personas con*

También en esta línea, el *I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027* contempla como medida estratégica:

M22 Reconocer el diagnóstico de TEA y los ajustes necesarios en las convocatorias de empleo público de manera específica y diferenciada a la discapacidad intelectual, para facilitar el acceso a todas las personas con TEA y evitar su exclusión si este diagnóstico no aparece de manera concurrente o no se encuentra explícitamente reconocido.

Por último, cabe también mencionar que, respecto a la percepción de discriminación de las personas con discapacidad en las distintas situaciones de su vida cotidiana, los resultados de la citada EDAD de 2020 ponen de manifiesto que las personas cuya discapacidad afecta a las interacciones y relaciones personales son las que más han declarado sentir situaciones de discriminación, tanto en el ámbito escolar como en el laboral.

4. La protección de los derechos de las personas con discapacidad tras la reforma del artículo 49 de la Constitución Española

La Constitución Española, junto a la portuguesa, fue de las primeras en contemplar la protección de las personas con discapacidad, incluyéndose una referencia a las mismas en el art. 49, que dotó de una relevancia sin precedentes a las personas con discapacidad y que se redactó inicialmente en los siguientes términos:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

La propia exposición de motivos de la Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, señala que «Este precepto situó en su día a España en la vanguardia de la protección de este colectivo,

discapacidad por trastorno del espectro autista. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 140/2023, de 26 de mayo, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, n. 3, p. 124. Las autoras ponen de relieve que la sentencia analizada demuestra que, a pesar de los avances normativos, las medidas de integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad y el sólido aval jurisprudencial a la discriminación positiva, las Administraciones Públicas sigue provocando situaciones restrictivas de derechos protegidos especialmente por instrumentos nacionales e internacionales.

al reconocerles expresamente la plenitud de los derechos previstos en el Título I de la Constitución y establecer un mandato de protección dirigido a todos los poderes públicos». Por otra parte, el mencionado artículo ha desplegado una notable influencia en la actuación de los poderes públicos y ha sido objeto de un considerable desarrollo legislativo. Sin embargo, los logros conseguidos en las últimas décadas habían conducido a la obsolescencia del contenido del art. 49 de la CE, por lo que resultaba imperiosa su actualización.

La normativa sobre protección de la discapacidad en España ha experimentado cambios importantes en los últimos años. Esto se debe a que ha pasado de sustentarse en una perspectiva médico-rehabilitadora – como se puede comprobar en la redacción original del art. 49 CE–, a proyectarse en una perspectiva de carácter más social, un cambio que tiene su origen en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006) y que ha culminado en la reciente reforma legislativa del artículo 49 de la CE que entró en vigor en febrero de 2024.

En virtud de esta modificación, la nueva redacción del precepto se plantea en los siguientes términos:

1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.
2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

Entre las principales reflexiones que se desprenden de esta nueva redacción, podemos destacar las siguientes.

a) La primera de ellas está relacionada con la terminología, dado que se elimina del texto constitucional el término “disminuidos” para adoptar la expresión de “persona con discapacidad”, lo que separa a la persona de su circunstancia y, a su vez, abandona la utilización de una terminología que se considera denigrante por las organizaciones representativas de la discapacidad. Y es que en general y durante mucho tiempo, la terminología utilizada para denominar esta situación y a las personas afectadas ha estado cargada de connotaciones negativas, como es el caso del término “minusválido” o “minusvalía”.

Del mismo modo y como se ha indicado, se trata de superar una

perspectiva vinculada al modelo médico y rehabilitador –política de previsión, tratamiento, rehabilitación...– en favor de una concepción más social, que ha sido el eje central en torno al que ha ido evolucionando la protección jurídica de la persona con discapacidad en los últimos años, enfatizando así la perspectiva del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, de acuerdo con el art. 1 de la citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

b) La segunda de ellas está relacionada con el impulso de las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad. No obstante, cabe señalar que esta realidad está lejos de alcanzarse en el ámbito de los derechos laborales, siendo necesario mejorar esa inclusión social y la plena autonomía personal de las personas con discapacidad en materia de inserción en el mercado de trabajo¹⁵.

c) La tercera de ellas hace referencia al fomento de la participación de las organizaciones de la discapacidad en los términos que la ley establezca. Se trata de una mención de especial trascendencia dada la importante labor que el tejido social de la discapacidad ha llevado a cabo en favor de los derechos del colectivo. En este sentido, tanto la normativa nacional como la propia Convención reconocen un destacado papel a estas organizaciones a través del diálogo civil¹⁶.

d) Por último, la nueva redacción del precepto señala que se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad. Se establece así la necesidad de impulsar acciones positivas específicas para las mujeres y los menores con discapacidad ante los supuestos acumulados de discriminación y de situaciones de desigualdad, lo que estaría en plena sintonía con los arts. 10, 14 y 39 CE.

5. La evolución normativa de los derechos laborales de las personas con discapacidad: especial atención a la referencia de las personas con TEA

El primer desarrollo del artículo 49 de la CE que supuso un avance importante en la regulación de los derechos de las personas con

¹⁵ *Vid.* un análisis de la reforma del art. 49 CE desde la perspectiva de los derechos laborales de las personas con discapacidad en E. CABERO MORÁN, *La reforma del artículo 49 de la Constitución Española y la protección especial de los derechos laborales de las personas con discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2024, n. 111.

¹⁶ R. ESTEBAN LEGARRETA, *El nuevo artículo 49 de la Constitución Española. Un comentario en perspectiva jurídico-laboral*, Brief AEDTSS, 2024, n. 32.

discapacidad se llevó a cabo mediante la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (más conocida como LISMI). Por ello, su artículo primero señalaba que «Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias». Si bien los términos empleados en ese momento, tanto en el título de la Ley como en el contenido de la misma ya precisaban una imperiosa actualización para reflejar los valores que inspiran la protección de las personas con discapacidad, se trató de la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución, lo que constituyó un avance relevante para la época.

En relación con los derechos de contenido laboral, su Título VII bajo la rúbrica *De la integración laboral* (arts. 37-48) recogió como finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido (art. 37).

En relación con las obligaciones de la parte empresarial la norma recogía, por un lado, en su art. 37 bis, la obligación de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, y por otro lado, en su art. 38, la de reserva de al menos el 2 por ciento de la plantilla para trabajadores con discapacidad en las empresas públicas y privadas que emplearan a 50 o más trabajadores. De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podían quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, siempre que se aplicaran las medidas alternativas que se determinaran reglamentariamente.

Se contemplaba también la posibilidad de ejercer la actividad laboral en Centros Especiales de Empleo en los casos en que la persona por razón de la naturaleza o de las consecuencias de su discapacidad no pudiera ser empleada provisional o definitivamente para ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. La fórmula especial que menciona es la de relación laboral de carácter especial de las personas trabajadoras con discapacidad que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo

(arts. 41 y 42)¹⁷.

Debido a las nuevas tendencias y necesidades sociales que fueron surgiendo se aprobaron otros textos normativos –que siguen actualmente vigentes, si bien, se han introducido algunas modificaciones–, entre los que cabe mencionar los siguientes:

- el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad;
- el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo. De acuerdo con su art. 3.1, los destinatarios finales de este programa serán los trabajadores con discapacidad de los Centros Especiales de Empleo, entre ellos, las personas con trastorno del espectro del autismo con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, colectivo que se añadió con posterioridad al precepto mediante la disposición final primera del Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*;
- el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Este Decreto hace una mención en su exposición de motivos a la diversidad y pluralidad que caracteriza a la población con discapacidad, debiéndose atender de formas diferentes según las demandas y necesidades que cada grupo de trabajadores con discapacidad presenta, citando expresamente dentro de este grupo a las personas con trastornos del espectro autista, por tener mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, una realidad que exige la adopción de medidas específicas que podrían considerarse de acción positiva, para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral. La norma recoge también entre los destinatarios finales del programa de empleo con apoyo en su art. 3.1.a) a las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, aunque cabe mencionar que el colectivo de personas con TEA fue añadido al

¹⁷ Art. 2.1.g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

precepto con posterioridad mediante la disposición final 2.1 del Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*.

Por otro lado, la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad autorizaba al Gobierno para que elaborara y aprobara antes de finales del año 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularizara, aclarara y armonizara la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Dicha autorización dio lugar al vigente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no introduce ninguna mención específica a las personas con trastorno del espectro autista, sino que de manera genérica hace referencia a deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

En materia laboral, su Capítulo VI dedicado al Derecho al trabajo (arts. 35-47) comienza abordando las garantías del derecho al trabajo y la igualdad de trato, planteando a continuación los tipos de empleo en los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo (art. 37):

- empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo;
- empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales;
- empleo autónomo.

En relación con el empleo ordinario, la norma aborda la necesidad de adoptar medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo y establece la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, con particular manifestación en el empleo público (art. 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público) y en el marco de la contratación del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre).

De manera más reciente, cabe también señalar la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley

Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad y de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por su parte, entre las menciones más destacadas al empleo de las personas con discapacidad contenidas en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la promoción y garantía de la igualdad efectiva y la no discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad vienen recogidas en los arts. 4.2. c) y e) que hacen referencia los derechos que tienen las personas trabajadoras en su relación laboral; en el art. 11.4. e) que en relación con el contrato formativo establece que los límites de edad y la duración máxima del contrato formativo no serán de aplicación cuando se concierte con personas con discapacidad; en el art. 17 que aborda la no discriminación en las relaciones laborales, entre otras cuestiones, por motivos de discapacidad, estableciendo en su apartado 2 que «podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente», y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tenga por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores con especiales dificultades para acceder al empleo; en el art. 20.3 que respecto de la dirección y control de la actividad laboral establece la aplicación de la «consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad»; en el art. 40.5 y 7 respecto de la movilidad geográfica; en el art. 51.5 que en relación con el despido colectivo señala que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de colectivos tales como las personas con discapacidad; y en el art. 54.2. g) que establece la consideración de incumplimiento contractual y, por tanto, posible causa de despido el acoso por razón de discapacidad.

Junto a la anterior, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales regula en su art. 25 la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo referencia a los trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas y asignación de puestos de trabajo.

De manera más concreta, la necesidad de inclusión del colectivo de personas con trastorno del espectro autista en el mercado de trabajo está contemplada en el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*, que incluye como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

La consideración social de la discapacidad plasmada en la normativa estatal también ha inspirado la legislación relativa a la discapacidad en el ámbito de las Comunidades Autónomas¹⁸. Así, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad hacemos referencia a la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón; la Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Cantabria; la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y Atención a las Personas con Discapacidad de Andalucía; la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León; o la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana.

Estas regulaciones autonómicas sobre discapacidad recogen y se inspiran tanto en el principio de no discriminación e inclusión de estas personas, como en el principio de transversalidad de las políticas que se dirijan a potenciar sus capacidades, eliminar las barreras que les impiden interactuar con el entorno y garantizar su participación en los distintos ámbitos de la sociedad, si bien, cabe apuntar que en ninguna de ellas encontramos una mención específica a las personas con trastorno del espectro autista.

Por su parte, en las últimas décadas la protección de las personas con discapacidad se ha visto impulsada por el Derecho Internacional, siendo el contenido de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 (su entrada en vigor se produce el 3 de mayo de 2008) el eje central de dicha protección. La Convención implicó por primera vez a nivel internacional desviar el foco de las limitaciones derivadas de la discapacidad para ponerlo en la inclusión social de las personas. Esto

¹⁸ Un estudio exhaustivo centrado en la Comunidad Autónoma de Andalucía en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*, Comares, 2023.

supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

La Unión Europea también lleva varias décadas construyendo una estrategia progresiva de apoyo a los derechos de los ciudadanos europeos con discapacidad. La nueva *Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030*, que se basa en su predecesora (*Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*) y contribuye a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, se articula en torno a diversas áreas de intervención orientadas a las personas con discapacidad, entre las que podemos destacar tres de ellas: disfrutar de los derechos de la Unión, nivel de vida digno y vida independiente e igualdad de acceso y no discriminación. Dentro de esta última área, en relación con el acceso a una educación accesible e inclusiva, la Estrategia Europea hace una mención específica a los «estudiantes con alguna discapacidad invisible como el autismo», instando a los Estados miembros a adoptar medidas adicionales para poder hacer la educación más inclusiva y accesible para todos en los diferentes niveles educativos.

6. La inclusión de las personas con trastorno del espectro autista como colectivo de atención prioritaria de la política de empleo en la Ley de Empleo

La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (posteriormente Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo) introdujo importantes cambios respecto a la anterior de 1980¹⁹, entre otros, el reconocimiento explícito en su art. 2.d) del objetivo de «asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral». El artículo 19 octies de dicha norma (art. 30 en el texto refundido de 2015) definió los considerados como “colectivos prioritarios”, es decir, los formados por aquellas personas que, como consecuencia de sus especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, requieren un tratamiento específico y tuitivo-compensador²⁰.

A este respecto, dicha Ley de Empleo configuró legalmente y desde una concepción genérica a las personas con discapacidad como colectivo

¹⁹ Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

²⁰ S. OLARTE ENCABO, *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La “Subjetivación” de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi, 2008.

prioritario con especial dificultad de integración en el mercado laboral. La específica situación de estas personas requería que tanto la legislación como el ámbito político tuviesen en cuenta esa especial dificultad para adoptar las acciones positivas necesarias para evitar la discriminación en el marco del empleo.

La reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo establece un nuevo marco de políticas activas de empleo poniendo el acento sobre el concepto de empleabilidad, que la define como el «conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo» (art. 3.b).

Sobre este concepto transversal e integrador de “empleabilidad”, la Ley 3/2023 identifica los llamados colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, que los define en su art. 3. d) «como aquellos colectivos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad», a los que dedica el Capítulo V, enumerando a las personas que los conforman en su art. 50.

Es cierto que la configuración de estos colectivos como tal no es nueva. Ya la Ley Básica de Empleo de 1980 reguló la posibilidad de adoptar programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo. También en el ámbito europeo desde la Cumbre de Luxemburgo de 1997, conforme a la *Estrategia Europea de Empleo*, se promovió la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo (jóvenes, discapacitados, mujeres, inmigrantes y parados de larga duración) con la adopción de una serie de medidas que beneficiaran a estos colectivos, con el fin de favorecer su inserción social y a la vez evitar cualquier forma de discriminación²¹. Y en términos similares, como ya hemos señalado, el texto refundido de la Ley de Empleo de 2015 ya contenía un precepto bajo la rúbrica *Colectivos prioritarios* (art. 30) orientado a «fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo».

²¹ R. CRISTÓBAL RONCERO, *Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo*, Brief AEDTSS, 2023, n. 18.

Una de las novedades legislativas más importantes que introduce la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo en su art. 50, está relacionada con la ampliación de estos colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, sistematizando en este precepto a todos los colectivos de personas considerados bajo esta óptica.

Como ya se ha señalado, las personas con discapacidad ya se identificaban como colectivo prioritario de las políticas de empleo de la anterior Ley de Empleo, considerándose también como personas destinatarias de actuaciones o medidas de acción positiva para promover su acceso al empleo a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a través de múltiples vías como el empleo ordinario y empleo con apoyo, centros especiales de empleo y enclaves laborales, etc.

Pero la importante novedad que presenta la actual Ley de Empleo es la ampliación de los colectivos vulnerables de atención prioritaria respecto a la anterior consideración²². En el caso concreto de las personas con discapacidad, cabe resaltar como inclusión de especial trascendencia la mención específica que por primera vez se hace en una Ley de Empleo a las personas con TEA en los siguientes términos: «se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas con trastornos del espectro autista». Y aunque previamente se hace una mención genérica a las personas con discapacidad, la norma otorga, como se puede comprobar, un protagonismo concreto a las personas con este tipo de trastorno.

Se trata de una identificación muy significativa, porque por primera vez se establece, en una norma con rango legal, una diferencia en cuanto a la dificultad de acceso al empleo, que puede ser muy orientativa en un futuro a los efectos de establecer medidas diferenciadas para unos colectivos de

²² Los nuevos colectivos que se incluyen en el art. 50 de la Ley de Empleo son: personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales.

personas con discapacidad y otras²³.

Es también una demanda histórica del movimiento asociativo del autismo, entre otras cuestiones, por su elevadísimo porcentaje de paro, por lo que ha venido reivindicando que se considere a las personas con TEA, de manera específica, como colectivo de alta vulnerabilidad.

A su vez, el art. 50.1 de la Ley de Empleo especifica que, respecto al colectivo de personas con discapacidad, se reconocerá como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, a las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 33 por ciento. Junto a las personas con trastornos del espectro autista, la norma también incluye en este grupo a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental y con discapacidad intelectual. En el caso de las personas con discapacidad física o sensorial se reconocerán a las que tengan un grado reconocido igual o superior al 65 por ciento también como colectivo de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo.

Esta especificación de lo que se consideran personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo está en consonancia con el previo art. 5.c) del Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, que ya incluía dentro de este grupo a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento. En estos mismos términos, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, también las incluye en su art. 6.c) como personas destinatarias de las medidas de fomento del empleo.

Y es que, ante la altísima tasa de desempleo que vienen padeciendo de una manera especial las personas con TEA, se requieren políticas específicas. Sin embargo, estas habían quedado diluidas durante mucho tiempo en el colectivo genérico destinatario del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado

²³ J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno*, en CEDID (ed.), *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2023, p. 263.

ordinario de trabajo, hasta el empuje dado al colectivo por el citado RD 818/2021 y que posteriormente ha quedado incluido de manera individualizada en el art. 50.1 de la Ley de Empleo.

Se reconoce así por primera vez a las personas con trastornos del espectro del autismo como un colectivo de atención prioritaria para la política de empleo dentro de la Ley de Empleo, reflejando la concreción que ya se establecía en las últimas regulaciones de las políticas activas de empleo, tal y como se ha señalado. Se trata de una incorporación necesaria por las especiales circunstancias de estas personas, lo que significa que en base a dichas circunstancias, el Sistema Nacional de Empleo debe articular el diseño de itinerarios individualizados y personalizados de empleo, combinando las diferentes medidas y políticas ajustadas al perfil profesional de las personas y a sus necesidades específicas.

Se coloca así a la persona, como ha apuntado un sector de la doctrina, en el centro de las políticas de empleo, bajo el prisma de la atención a sus necesidades, generando mercados inclusivos²⁴.

En relación a esta importante inclusión particularizada en la norma, el *I Plan de Acción Estratégica Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027* contempla dos medidas estratégicas de especial importancia:

M21 Fomentar el empleo y la formación para el empleo de las personas en el espectro del autismo, garantizando la sostenibilidad de los programas y apoyos que requiere el colectivo, en el marco de la nueva Ley de Empleo.

[...]

M23 Desarrollar políticas de empleo que reconozcan a las personas con TEA con un grado de discapacidad igual o superior al 33% como personas que presentan una mayor dificultad en el acceso al empleo, de acuerdo con la nueva Ley de Empleo.

Por otro lado, y para intensificar lo anterior, el art. 50 de la Ley de Empleo señala que los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad, es decir, en aquellos casos en los que una persona pertenezca a varios colectivos determinados como prioritarios para la política de empleo. Resulta innegable que la discriminación múltiple y la discriminación interseccional son realidades de particular incidencia en las relaciones laborales, pese a los escasos estudios y pronunciamientos judiciales que abordan esta cuestión²⁵. Sin embargo, la información e

²⁴ M.C. AGUILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*

²⁵ *Vid.* un estudio de estas situaciones en F.M. FERRANDO GARCÍA, [La discriminación múltiple](#)

investigación sobre esta realidad son esenciales para el diseño de políticas de empleo eficaces, dado que en el ámbito laboral la especial situación de vulnerabilidad de las personas afectadas por este tipo de discriminaciones reclama la adopción de medidas de acción positiva y de tutela del legislador.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación introduce en su art. 6.3 la definición de lo que se considera discriminación múltiple e interseccional, y aunque resultan muy parecidas, puede observarse una clara distinción entre ellas. Por un lado, la discriminación múltiple se produce cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en la citada Ley, y la discriminación interseccional se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en dicha ley, generando una forma específica de discriminación.

También en esta línea, la perspectiva de género debe hacerse extensiva y aplicarse de manera transversal a las políticas activas de empleo de los colectivos prioritarios. Así, el art. 50.2 de la Ley de Empleo establece que la condición de colectivo prioritario determinará el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, con perspectiva de género, que deberán establecerse simultáneamente a la identificación, y el art. 51 aborda la perspectiva de género en las políticas de empleo.

Aunque resulta innegable esta importante novedad legislativa que implica una ampliación muy notable de los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, este engrosado catálogo de colectivos que incorpora la actual Ley de Empleo, podría producir el efecto contrario al perseguido, por el riesgo de distorsionar de algún modo el importante concepto de “colectivo prioritario” como tal, lo que puede dar lugar a que no se consigan los objetivos principales establecidos en la norma, orientados, tal y como subraya el art. 50.1 a «fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo». Pese a ello, resulta de especial trascendencia dar una visibilidad específica y concreta a determinados colectivos a los que el Sistema Nacional de Empleo debe brindar servicios, recursos y atención, con el fin de mejorar su situación laboral, como es especialmente el caso de las personas con trastorno del espectro del autismo.

e interseccional en el ámbito laboral, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 428.

7. La necesaria atención personalizada y especializada de los colectivos prioritarios de la política de empleo por los servicios públicos de empleo: especial referencia a las personas con TEA

El reconocimiento por parte de la Ley de Empleo de colectivos que por su especial vulnerabilidad se consideren como prioritarios para la política de empleo, requiere, sin duda, una atención personalizada e individualizada de los mismos. Por ello, entre los objetivos de la política de empleo, el art. 4. e) incorpora «la atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos». Aunque este requerimiento ya se establecía en la anterior Ley de Empleo, se hacía con una menor intensidad.

Para la atención de las personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, se necesita contar con personal de los servicios públicos de empleo y de las entidades colaboradoras cuyo perfil profesional esté especializado en el desarrollo de políticas de empleo para dar una respuesta adecuada a los demandantes de ocupación con estas características. En este sentido, el art. 30 de la Ley de Empleo establece que se incluirán en los planes de formación de las plantillas de personal, las acciones necesarias para la adquisición de las competencias que permitan atender las nuevas realidades y los diferentes perfiles demandantes de ocupación, incluidas las personas con discapacidad. De manera más específica respecto al colectivo objeto de estudio, el precepto añade que «se incluirá formación específica en accesibilidad cognitiva para atender las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo».

Si bien el planteamiento y el reconocimiento de la necesidad de una atención personalizada y especializada resulta totalmente adecuado y queda acertadamente recogido en la norma, especialmente respecto de las personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, surge un interrogante inevitable: si su aplicación práctica será real o será totalmente utópica, quedando como una mera declaración de buenas y novedosas intenciones por parte del legislador. Se trata de una duda razonable, teniendo en cuenta la dinámica existente hasta ahora en la atención de estos colectivos, especialmente de los demandantes de empleo con trastorno del espectro autista, dado que en general, el personal de los servicios públicos de empleo no cuenta con formación especializada para atender estos perfiles tan específicos, ni para diseñar políticas de empleo que den respuesta a los demandantes de ocupación con

estas características. Puede ocurrir que los actuales requerimientos de la norma desborden a las instituciones públicas de empleo.

Por otro lado y en relación con la atención de estos colectivos prioritarios en función de las peculiaridades de los distintos territorios, el art. 50.3 de la Ley de Empleo establece que los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la atención que deberán prestar a los colectivos considerados como prioritarios, pueden identificar sus propios colectivos de atención prioritaria, con la finalidad de prestarles una atención diferenciada en función de la situación socio-laboral de ese territorio concreto. Por ello, se podrá adaptar la relación de colectivos vulnerables de atención prioritaria a través de desarrollo Reglamentario a esta realidad socio-laboral territorial, concretándose, cuando sea preciso, la forma de identificar la pertenencia a estos colectivos (art. 50.4).

Otra de las implicaciones de la inclusión de las personas con trastorno del espectro autista (junto a otros grupos concretos) como colectivo de atención prioritaria de la política de empleo es la necesaria atención especializada en la intermediación laboral de manera posterior a su inscripción como persona demandante de empleo y la asunción del acuerdo de actividad, dado que la norma exige, de conformidad con el art. 40.1. d) que se les presten los apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral.

8. A modo de reflexión final

La evolución de nuestra sociedad exige una respuesta más amplia y eficaz para abordar los retos que tiene por delante en materia de inclusión, ciudadanía y disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales en todos los ámbitos, sin discriminación.

Tal y como señala el *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*:

La inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad implica la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus decisiones. Debe venir amparada por políticas que aborden la discapacidad desde la transversalidad y la reafirmación de que estas personas gozan de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales universales –incluidos los derechos laborales– que las demás personas. Exige, asimismo, superar pluralidad de estereotipos, entre ellos, los relativos al rendimiento y productividad de las personas con discapacidad.

La discriminación por motivos de discapacidad en general en el ámbito laboral, y de determinados tipos de discapacidad en particular en dicho ámbito, es una de las más habituales y arraigadas.

Por este motivo, no cabe desconocer que determinados colectivos de personas encuentran auténticos obstáculos sociales y jurídicos, tanto para el acceso al mercado de trabajo, como para el mantenimiento de su relación profesional. Por ello, el carácter heterogéneo de las diferentes discapacidades y de las personas con discapacidad debería considerarse también en cuanto a las políticas de empleo, que desde luego deben atender de forma específica a las necesidades particulares de estos colectivos.

La mayor parte de los estudios tanto de ámbito nacional como europeo que analizan la situación y el contexto vital de las personas con trastornos del espectro autista en su etapa adulta muestran, de manera general, la escasa integración social y especialmente laboral de estas personas. Las personas con TEA constituyen uno de los colectivos con mayor riesgo de exclusión social y con mayores dificultades para su inserción en el mercado de trabajo, siendo además el colectivo de personas con discapacidad con la más alta tasa de desempleo. De ahí la importancia de su inclusión en las políticas de empleo de manera particularizada, dadas las especiales dificultades que tienen para acceder y mantenerse en el mercado laboral.

Por ello, las recientes normativas en materia de empleo junto a las principales estrategias para el empleo futuro han incorporado a las personas con trastornos del espectro del autismo como colectivo de atención prioritaria de la política de empleo.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo ha optado por ampliar los colectivos vulnerables de atención prioritaria de las políticas de empleo, lo que indica una voluntad de extender ese concepto a otros grupos de personas ante la realidad social de las mismas frente al mercado de trabajo. En este sentido, es especialmente destacable la mención específica que por primera vez se hace en una Ley de Empleo a las personas con TEA en los siguientes términos: «se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas con trastornos del espectro autista».

Se trata de una incorporación en la norma absolutamente necesaria por las especiales circunstancias de estas personas, lo que significa que en base a dichas circunstancias, el Sistema Nacional de Empleo debe articular el diseño de itinerarios individualizados y personalizados de empleo, combinando las diferentes medidas y políticas ajustadas al perfil profesional de las personas y a sus necesidades específicas. La inclusión de este colectivo de una manera específica da respuesta también a una demanda histórica del movimiento asociativo del autismo.

Se coloca así a la persona en el centro de las políticas de empleo, dando una visibilidad particular y concreta a las personas con trastorno del espectro autista como colectivo al que el Sistema Nacional de Empleo debe brindar servicios, recursos y atención, con el fin de mejorar su situación laboral.

9. Bibliografía

- AGUILAR GONZÁLVIZ M.C. (2023), *La ampliación y concreción de los colectivos de atención prioritaria a los efectos de las políticas de empleo: ¿eran necesarias?*, en NET21, n. 13
- ÁLVAREZ PÉREZ R., LOBATÓN RODRÍGUEZ S., ROJANO MARTÍNS M.A., CALA GIL R., DÍAZ CAMPOS A., GARRIDO GOMENDIO I., SCHOOL C., SÁNCHEZ TOLEDANO R. (2016), *Servicio de inserción laboral (empleo con apoyo) para personas con trastorno del espectro Autista*, en VV.AA., *I Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad "Hacia la Plena Inclusión Laboral". 5 y 6 de marzo de 2015. Granada*, Universidad Internacional de Andalucía
- CABERO MORÁN E. (2024), *La reforma del artículo 49 de la Constitución Española y la protección especial de los derechos laborales de las personas con discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, n. 111
- CABEZA PEREIRO J. (2023), *Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno*, en CEDID (ed.), *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030
- CENTRO ESPAÑOL SOBRE TRASTORNO DEL ESPECTRO DEL AUTISMO (2024), *I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027*, Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030
- CONFEDERACIÓN AUTISMO ESPAÑA (2022), *Qué es el autismo*, en autismo.org.es, 9 agosto
- CRISTÓBAL RONCERO R. (2023), *Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo*, Brief AEDTSS, n. 18
- ESTEBAN LEGARRETA R. (2024), *El nuevo artículo 49 de la Constitución Española. Un comentario en perspectiva jurídico-laboral*, Brief AEDTSS, n. 32
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2022), *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030. Para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad*
- FERRANDO GARCÍA F.M. (2018), *La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito*

- laboral*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 428, pp. 19-54
- GARRIDO CUENCA N.M, DELGADO GARRIDO C. (2023), *El acceso al empleo público de personas con discapacidad por trastorno del espectro autista. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 140/2023, de 26 de mayo*, en *Revista Justicia & Trabajo*, n. 3, pp. 121-148
- INE (2023), *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2022*, Nota de prensa, 20 diciembre
- INE (2022), *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD). Principales resultados. Año 2020*, Nota de prensa, 19 abril
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2022), *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo*, en *Revista de Jurisprudencia*, n. 50
- MARCOS P. (2022), *La clasificación del autismo, cuántos tipos existen y cuáles son sus características*, en *www.20minutos.es*, 25 diciembre
- MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N., MALDONADO MOLINA, J.A. (dirs.) (2023), *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N., MÁRQUEZ PRIETO A., VILA TIerno F., MALDONADO MOLINA J.A. (dirs.) (2020), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones Laborales*, n. 4, pp. 11-42
- OLARTE ENCABO S. (2008), *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La “Subjetivación” de las Políticas Activas de Empleo*, Aranzadi

Brechas de género aún por corregir en el empleo tecnológico: hacia un futuro digital más justo, inclusivo e igualitario*

Miguel Ángel GÓMEZ SALADO**

RESUMEN: La adaptación de la realidad socio-laboral española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo, junto con los avances normativos y las políticas más recientes, ha contribuido a reducir significativamente las brechas de género en el ámbito tecnológico. Muchas de las medidas adoptadas durante los últimos años para mitigar los efectos más negativos de dichas brechas han permitido un mayor acceso al empleo tecnológico para las mujeres, así como una mayor participación en roles técnicos y directivos. Además, se han implementado políticas salariales más equitativas, lo que ha contribuido a cerrar un poco más la brecha salarial entre géneros en el sector tecnológico. Sin embargo, aún queda mucho trabajo por hacer. Es necesario seguir promoviendo la igualdad de oportunidades y reconocimiento en el entorno tecnológico, fomentando la diversidad y garantizando que todas las personas, independientemente de su género, tengan las mismas posibilidades de éxito y desarrollo profesional.

Palabras clave: Brechas de género, empleo tecnológico, discriminación, igualdad efectiva.

SUMARIO: 1. La mujer en un mundo del trabajo desigual e injusto: brechas de género aún por cerrar. 2. Principales tipos de brechas de género en el mercado laboral tecnológico. 2.1. Acceso al empleo y participación femenina. 2.1.1. Acceso y discriminación laboral. 2.1.2. Participación de la mujer en las compañías tecnológicas. 2.2. Contratación, condiciones de trabajo e intensidad laboral. 2.2.1. Empleos en auge y contratación por sexos: ¿hay brecha de género en los empleos del futuro? 2.2.2. Condiciones de trabajo e intensidad laboral. 2.3. Salarios. 2.3.1. Igualdad salarial en el ámbito tecnológico: un camino pendiente. 2.3.2. ¿Por qué siguen ganando menos?: un nuevo avance para acabar con la brecha salarial de género, la Directiva (UE) 2023/970 sobre transparencia e igualdad retributiva. 3. Para concluir: ¿cómo cerrar la brecha de género en el mercado laboral tecnológico? 4. Bibliografía.

* Enmarcado en el Grupo *Políticas de empleo, igualdad e inclusión social*, el Instituto JUVUMA y el Proyecto *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas RRL*.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).



Gender Gaps yet to be Corrected in Rechnological Employment: Towards a Fairer, Inclusive and Egalitarian Digital Future

ABSTRACT: The adaptation of the Spanish socio-labor reality of the 21st century to the contemporary technological framework, together with the most recent regulatory advances and policies, has contributed to significantly reducing gender gaps in the technological field. Many of the measures adopted in recent years to mitigate the most negative effects of these gaps have allowed greater access to technological employment for women, as well as greater participation in technical and managerial roles. In addition, more equitable salary policies have been implemented, which has contributed to closing the gender pay gap a little more in the technology sector. However, there is still much work to be done. It is crucial to continue promoting equal opportunities and recognition in the technological environment, promoting diversity and guaranteeing that all people, regardless of their gender, have the same possibilities for success and professional development.

Key Words: Gender gaps, technological employment, discrimination, effective equality.

1. La mujer en un mundo del trabajo desigual e injusto: brechas de género aún por cerrar

Las mujeres, iguales de derecho desde hace muchos años, continúan siendo desiguales de hecho (ello ocurre, particularmente, en el ámbito laboral)¹. En este mismo sentido, hay quien ha señalado² que ha sido el mantenimiento de la perspectiva masculina, desde que se presume que la fuerza del trabajo es la de los hombres, lo que ha contribuido a que se preserve una situación de desigualdad y desequilibrio para las mujeres en el mundo del trabajo. Lamentablemente, esta situación se arrastra hasta el día de hoy, pero extendida a otros órdenes o ámbitos muy diferentes. Una situación que se plantea, no obstante, como realmente reversible desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³.

En la actualidad, nos encontramos inmersos en una nueva etapa industrial (conocida, entre otras denominaciones, como cuarta revolución industrial⁴, revolución digital y robótica, o revolución tecnológica 4.0) cuyo final resulta todavía muy difícil de prever, que está caracterizada por la combinación de dos fenómenos muy importantes, la digitalización y la

¹ En esta línea, *vid.* el siguiente trabajo: M. LARRAÑAGA SARRIEGI, [Reflexiones en torno al reparto del trabajo entre mujeres y hombres](#), en *Euskonews & Media 158.zbk*, 2002, n. 3.

² F. VILA TIERNO, *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019.

³ Sobre el principio de igualdad de género, *vid.* el trabajo de B.M. LÓPEZ INSUA, *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Laborum, 2017; J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres*, en *La Ley Unión Europea*, 2021, n. 94; S. PÉRRAN QUESADA, *Derecho social y género: el camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi, 2014; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, [Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres](#), en *Foro*, 2009, n. 9.

⁴ M.Á. 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. Sobre la revolución tecnológica, *vid.* también J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Principales retos en materia de Seguridad y Salud ante la incidencia de las nuevas tecnologías y otros factores emergentes en la sociedad del trabajo*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, F. VILA TIERNO (dirs.), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum, 2020; P.G. ORTEGA LOZANO, [Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral](#), en *esta Revista*, 2020, n. 4, pp. 28-61; S. GUINDO MORALES, *Libertad sindical. El sindicalismo ante las nuevas realidades productivas en el marco de la revolución tecnológica*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, M. ESPOSITO, S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, 2021; E. GONZÁLEZ COBALEDA, [La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg](#), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 459.

robotización de la economía, y que se concreta plenamente en las tecnologías que alcanzan su mayoría de edad, como la robótica, la nanotecnología, la realidad virtual, la impresión 3D y 4D, el Internet de las Cosas⁵, la inteligencia artificial, la biología avanzada, etc. Esta revolución tecnológica, que avanza y crece a un ritmo vertiginoso, muestra un fuerte protagonismo y amenaza con introducir importantes cambios que transformarán por completo la economía, el mundo del trabajo⁶ y la sociedad que hasta ahora hemos conocido. Sin duda, son muchas las implicaciones positivas que comporta dicha revolución (como aparición de nuevas oportunidades de negocio, reducción de costes, ahorro energético, disminución de errores, aumento de la productividad y creación de riqueza), pero también hay que reconocer que uno de sus desafíos más importantes es el de la igualdad de género en todas sus vertientes.

En relación con lo anterior, podemos destacar la Exposición de Motivos del Real Decreto-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, donde se prevé que el mercado de trabajo español adolece, desde hace varias décadas, de un modelo de relaciones laborales desigual e injusto, porque la temporalidad se distribuye de forma desequilibrada según la edad o el género, de tal modo que son las mujeres y, sobre todo, las personas más jóvenes, las que sufren los mayores niveles de precariedad, tanto en términos de contrato como de salarios y, en general, son los colectivos que tienen más dificultades para incorporarse plenamente al mercado laboral, lo que se refleja en brechas de diferente tipo, aún por corregir. Por ello, resulta esencial tanto averiguar cuáles son los nuevos empleos (entre ellos, los del sector tecnológico) que más se demandarán de ahora en adelante como formar a las mujeres para que puedan ocuparlos en las mismas condiciones que los hombres. Como se ha

⁵ En inglés, *Internet of Things*, abreviado *IoT*. IdC, por sus siglas en español.

⁶ Basta con introducir una serie de palabras clave como “futuro del empleo”, “cuarta revolución industrial”, “digitalización” y “robotización” en las principales bases de datos, buscadores, repositorios académicos (Google Académico, Microsoft Academic, Dialnet, EBSCO, Thomson Reuters y SciELO, entre otros) para advertir de la existencia de miles de documentos, noticias y publicaciones especializadas que acreditan, por un lado, que el futuro inmediato del empleo va a estar marcado por la presencia de una cuarta revolución industrial desarrollada a una velocidad muy superior a la de las revoluciones anteriores y, por otro, que este importante proceso de transformación tecnológica va a alterar profundamente el panorama mundial, pues el impacto de la digitalización y la robotización no se circunscribe a una zona geográfica concreta, sino que se extiende, de la misma manera que se ha globalizado la economía y los problemas que la acompañan. *Vid.* M.Á. GÓMEZ SALADO, *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, cit.

señalado, las mujeres trabajadoras deben ser las grandes «protagonistas del próximo mercado de trabajo, poniendo fin a la brecha digital que ya se detecta, y que es reflejo de la desigualdad de género en su sentido más amplio. El incremento de la participación de las mujeres en el ámbito digital es esencial para garantizar que la digitalización sea más inclusiva, justa y sostenible a largo plazo. No cabe revolución digital sin la participación, en condiciones de igualdad, de la mitad de la población trabajadora»⁷.

2. Principales tipos de brechas de género en el mercado laboral tecnológico

La brecha de género en el mercado laboral tecnológico es una cuestión de gran relevancia y complejidad. A continuación, analizaremos los principales tipos de desigualdad de género en este ámbito:

- *acceso al empleo y participación femenina*. Pese a los grandes avances logrados en materia de igualdad de género, las mujeres todavía enfrentan importantes barreras para acceder a empleos de calidad, especialmente en sectores como el tecnológico. La falta de representación femenina en roles técnicos, la persistencia de ciertos estereotipos de género arraigados y las desigualdades en ámbitos como la educación y la capacitación son factores que contribuyen a esta brecha. Es fundamental abordar todas estas desigualdades para fomentar una mayor participación de las mujeres en la industria tecnológica;
- *contratación e intensidad laboral*. Los denominados empleos del futuro, es decir, aquellos con más demanda a día de hoy, tienen una mayor presencia masculina, por lo que la brecha podría no solo no reduciéndose en el futuro, sino todo lo contrario, ir creciendo. Por otro lado, las diferencias en la carga de trabajo y la intensidad laboral también afectan a las mujeres en el sector tecnológico. Las expectativas culturales y la falta de políticas de conciliación entre trabajo y vida personal pueden dificultar que las mujeres se mantengan en posiciones técnicas de alto rendimiento. Es muy importante apostar por medidas que contribuyan a promover un equilibrio saludable entre trabajo y vida personal;
- *salarios*. La disparidad salarial entre géneros también persiste en el campo tecnológico. Las mujeres a menudo ganan menos dinero que

⁷ L. MELLA MÉNDEZ, *Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 66.

sus homólogos masculinos, incluso cuando estas desempeñan roles similares. Algunos factores como la negociación salarial, la falta de transparencia y los prejuicios inconscientes contribuyen a esta brecha. Abordar la igualdad salarial es esencial para crear un entorno más equitativo en el mercado laboral tecnológico.

2.1. Acceso al empleo y participación femenina

2.1.1. Acceso y discriminación laboral

La primera brecha la podemos encontrar en el acceso diferencial de hombres y mujeres al mercado de trabajo. Aunque el marco normativo español dispone de numerosos elementos que, a priori, deberían asegurar la inexistencia de diferencias en el mercado laboral de nuestro país por cuestiones estrictamente de género, lo cierto es que, en la actualidad, las desigualdades de género se siguen manifestando desde el inicio mismo de la vida laboral de las mujeres⁸, ya que la discriminación laboral de estas viene siendo una realidad tanto en España como en todo el mundo, tal y como se puede comprobar en varios estudios de la ONU y la OIT⁹ (según los datos de la OIT sobre las posibilidades de acceder al mercado laboral en todo el mundo, la tasa de participación en la fuerza laboral de las mujeres de entre 25 y 54 años en 2022 fue del 61,4% en comparación con el 90,6% de los hombres, lo que representa una diferencia de más de 29 puntos porcentuales).

Según un reciente estudio de una de las principales consultoras de ámbito nacional, Grupo Ático34¹⁰, a las mujeres les resulta, por lo general, mucho más complicado acceder al mercado laboral que a los hombres, tanto si están en búsqueda de su primer trabajo como si se están reincorporando a este tras un período sin haber trabajado.

En el sector tecnológico, esta brecha se acentúa aún más. Las razones son diversas:

- *prejuicios y estereotipos de género*. A menudo, se asocia la tecnología con las habilidades masculinas, lo que puede influir en las decisiones relacionadas con la contratación y la promoción. Los prejuicios arraigados pueden llevar a que las mujeres sean subestimadas en sus capacidades técnicas y, por lo tanto, tengan menos oportunidades;

⁸ En este sentido, G.F. PÉREZ BALEÓN, *Desigualdades de género en el inicio de la vida laboral estable*, en *Papeles de Población*, 2012, n. 72.

⁹ ONU MUJERES, *Hechos y cifras: empoderamiento*, 2024.

¹⁰ GRUPO ÁTICO34 (s.f.), *La brecha de género en el mercado laboral*.

- *falta de modelos femeninos a seguir*. La ausencia de referentes femeninos en roles técnicos y de liderazgo puede dificultar que las mujeres se visualicen en esas posiciones. Por ello, es fundamental destacar y promover los logros de mujeres exitosas en el sector tecnológico para inspirar a las nuevas generaciones;
- *cultura organizacional y ambiente de trabajo*. Algunas empresas tecnológicas pueden tener una cultura que no fomente la diversidad y la inclusión. La falta de políticas de igualdad y de medidas para conciliar la vida laboral y personal puede afectar la retención de mujeres en el sector de la tecnología.

En resumen, abordar la brecha de género en el acceso al empleo y la discriminación en el sector tecnológico requiere un esfuerzo conjunto de las empresas, las instituciones educativas y la sociedad en general. Eliminar las barreras al acceso de las mujeres a empleos tecnológicos es fundamental para lograr una mayor equidad de género en el ámbito laboral. Esto implica la necesidad de apostar por:

- *la contratación inclusiva*. Las empresas deben adoptar políticas que promuevan la diversidad y la igualdad de oportunidades. Esto significa considerar activamente a candidatas mujeres y garantizar que los procesos de selección sean justos y libres de sesgos;
- *programas de capacitación*. Proporcionar formación específica para mujeres en tecnología¹¹, tanto en habilidades técnicas como en habilidades blandas, es esencial para cerrar la brecha de conocimiento y experiencia;
- *grupos de afinidad*. Fomentar la creación de grupos de apoyo y redes profesionales para mujeres en tecnología. Estos espacios permiten compartir experiencias, brindar mentoría y crear una comunidad sólida;
- *la cultura del respeto y la equidad*. Todas las empresas deben promover una cultura organizacional que valore la diversidad y el respeto mutuo. Esto incluye políticas de tolerancia cero ante el acoso y la discriminación;
- *el lenguaje inclusivo*. Desde el inicio del proceso de selección y de la relación laboral, es importante utilizar un lenguaje inclusivo que no perpetúe estereotipos de género. Esto se aplica tanto en la comunicación interna como en la externa.

¹¹ Al respecto, *vid.* el epígrafe *Empleo-formación tecnológica: un binomio insoslayable en la resolución del problema* de M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Igualdad de trato integral para el empleo coordinadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Laborum, 2024.

2.1.2. Participación de la mujer en las compañías tecnológicas¹²

Mujeres, ámbito tecnológico y educación en STEM

Una vez expuesto lo anterior, tenemos que recordar que los avances tecnológicos son uno de los principales aspectos que explican la actual configuración de la sociedad que conocemos. Su desarrollo constante y exponencial conlleva la presencia, cada vez mayor, de empresas tecnológicas en el tejido económico y empresarial de los distintos países, constituyéndose estas como un aspecto clave para el desarrollo socioeconómico de muchas regiones y una importante fuente de generación de nuevos empleos. Para comprender la realidad que rodea a dichas empresas es importante analizar sus características y su demanda en términos de recursos humanos, ya que los nuevos empleos que generan requieren de profesionales con competencias tecnológicas y conocimientos cada vez más específicos en el campo de lo que hoy en día se conoce como STEM (el acrónimo de los términos en inglés *Science, Technology, Engineering and Mathematics*; Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas).

En este contexto, dada la baja representatividad de las mujeres en el sector tecnológico, la perspectiva de género se torna clave. Dicha subrepresentación de la mujer se entiende un problema estructural, emanado del propio sistema educativo. En este sentido, en el ámbito universitario, la predominancia de los hombres es una realidad en la mayoría de las carreras STEM: únicamente el 36% de las estudiantes matriculadas en Grados STEM son mujeres (*vid.* gráfico 1), según la novena edición del Ranking CYD 2022 (por ámbitos de conocimiento, Biología, Química y Arquitectura son las carreras que tienen mayor presencia de la mujer en las aulas, por encima del 50%; en cambio, Ingeniería Informática (14%), Ingeniería Mecánica (17%) e Ingeniería Eléctrica (19%) son las que menos matriculadas tienen). La undécima edición del Ranking CYD 2024 también confirma esta tendencia, destacando la elevada presencia de mujeres que se matriculan en los ámbitos de salud (71,28% del alumnado matriculado), si bien su presencia mengua a medida que avanza la carrera académica. Del mismo modo, señala la Fundación de Estudios de Economía Aplicada¹³

¹² Este epígrafe parte de otro incluido en un trabajo previo que hemos realizado sobre el empleo y las nuevas tecnologías: M.Á. GÓMEZ SALADO, S.L. MARTÍNEZ MARTÍNEZ y J. AVELLANEDA MENCHÓN, *El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad*, en *esta Revista*, 2020, n. 4.

¹³ J.I. CONDE-RUIZ, J.J. GANUZA, M. GARCÍA, C. VICTORIA, *La Demanda de Educación*

(FEDEA) que las mujeres están predominantemente presentes en estudios universitarios relacionados con la salud y, en general, en áreas que abordan la economía del cuidado, mientras que están infrarepresentadas en disciplinas científicas, ingenierías y arquitectura. La baja proporción de mujeres en las áreas STEM (22%) es un motivo de gran preocupación para la Asociación Española para la Digitalización (DigitalES)¹⁴, puesto que no ha cambiado en las últimas dos décadas.

Numerosos estudios han hecho hincapié en todo ello, tratando de explicar los factores determinantes de esta situación^{15 16}. En la década de los 80 del siglo XX, Fausto-Sterling ya abordaba esta problemática indicando como elementos explicativos los prejuicios, la discriminación inherente al sector o la autopercepción de las capacidades¹⁷. 40 años después, y en un contexto sociolaboral diferente, el sector sigue adoleciendo de la misma carencia. La ausencia de modelos de referencia femeninos, la falta de personas tutoras que apoyen y faciliten el desarrollo profesional de mujeres científicas y tecnólogas y la brecha salarial inherente a los empleos STEM siguen afectando a la presencia de las mujeres en el ámbito tecnológico¹⁸. Esta brecha de género STEM se evidencia en tres etapas del desarrollo: niñez y adolescencia, inicio de la adultez y adultez, influyendo en la elección profesional de las mujeres.

Superior ante el Cambio Tecnológico y la Inteligencia Artificial, Estudios sobre la Economía Española Fedea, 2024, n. 9.

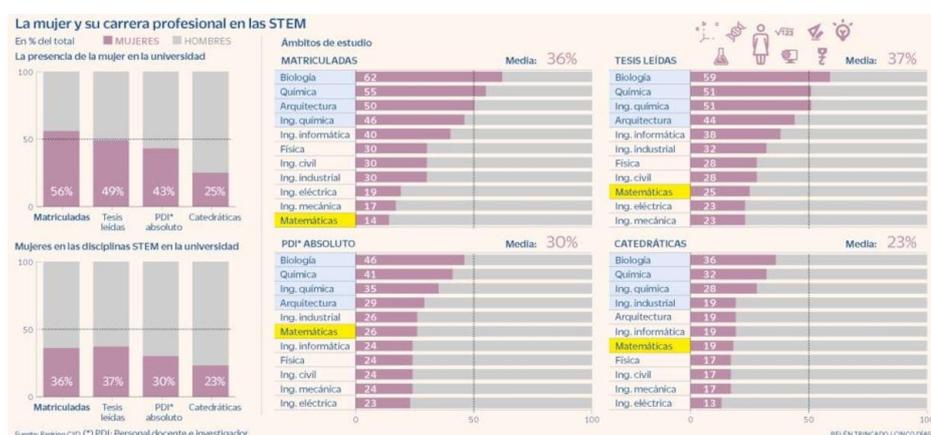
¹⁴ DIGITALES, *Anatomía de la brecha de talento tecnológico*, 2024, p. 32.

¹⁵ C. SHAPIRO, L. SAX, *Major selection and persistence for women in STEM*, en *New Directions for Institutional Research*, 2011, n. 152, p. 6.

¹⁶ A. REINKING, B. MARTIN, *The gender gap in STEM fields: Theories, movements, and ideas to engage girls in STEM*, en *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2018, vol. 7, n. 2, p. 161.

¹⁷ A. FAUSTO-STERLING, *Women and science*, en *Women's Studies International Quarterly*, 1981, vol. 4, n. 1.

¹⁸ C. BOTELLA, S. RUEDA, E. LOPEZ-INIESTA, P. MARZAL, *Gender diversity in STEM disciplines: A multiple factor problem*, en *Entropy*, 2019, n. 21, p. 3.

Gráfico 1 – La mujer y su carrera profesional en las STEM

Fuente: I. ARANA, [Faltan catedráticas en las carreras STEM](#), en [cincodias.elpais.com](#), 15 junio 2022

Según el Libro Blanco de las Mujeres en el Ámbito Tecnológico¹⁹, la presencia de las mujeres en el sector de la tecnología ha aumentado muy poco en los últimos 20 años. En España, en 1999, el 33% tenían empleos relacionados de alguna forma con el sector tecnológico, mientras que en 2017 este porcentaje únicamente había aumentado en 4 puntos, alcanzando el 37,4%²⁰. En el referido año, en España, el 3,4% de los hombres podían considerarse trabajadores del sector TIC con estudios especializados en el campo de la tecnología, mientras que estas circunstancias solo se daban en el 0,7% de las mujeres. En el ámbito específico de las TIC la presencia femenina únicamente alcanzaba el 15,6% en 2017. Estos datos denotan una clara brecha de género en el sector tecnológico empresarial que, lejos de ser una característica exclusiva del tejido empresarial español, es visible en empresas tecnológicas de todo el mundo.

También hemos consultado el Informe sobre *Mujer & Tecnología*²¹, publicado por Unión General de Trabajadoras y Trabajadores de España (UGT) en el mes de agosto de 2022, el cual evidencia que se mantiene la brecha en el empleo tecnológico. En dicho informe se realiza un análisis sobre la situación particular de las mujeres españolas en los ámbitos tecnológicos y se recogen los siguientes datos:

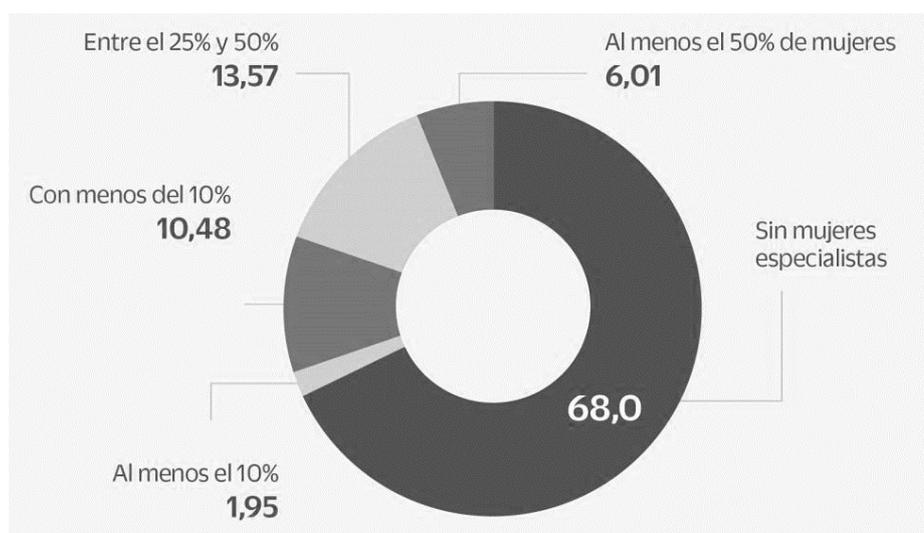
¹⁹ S. MATEOS SILLERO, C. GÓMEZ HERNÁNDEZ, [Libro Blanco de las Mujeres en el Ámbito Tecnológico](#), Secretaría de Estado para el Avance Digital, Secretaría General Técnica, 2019 p. 18.

²⁰ AMETIC, [Salarios y política laboral en el Hipersector TIC](#), 2016-2017.

²¹ UGT, [Resumen ejecutivo. Mujer & Tecnología](#), Estudio UGT, 2022, n. 26, pp. 5-6.

- el porcentaje de mujeres en el conjunto de las especialidades técnicas no llega ni al 20%, una cifra semejante a la de 2013;
- una de las consecuencias de esta infrarepresentatividad es que solo 1 de cada 3 firmas españolas tiene una tecnóloga en su plantilla. De estas, un ínfimo 0,5% dedican su desempeño a la inteligencia artificial, es decir, una de las ramas de conocimiento más demandadas del mercado laboral;
- además, solo un 6% de las empresas españolas puede presumir de paridad en sus puestos tecnológicos, mientras que un 11% tiene menos de un 10% de mujeres especialistas en TIC entre sus recursos humanos. Lo que más llama nuestra atención es que un 68% de las empresas no cuentan con la presencia de mujeres profesionalizadas en el sector de las TIC (*vid.* gráfico 2).

Gráfico 2 – Representación de las mujeres especialistas TIC en España (en % sobre el total)



Fuente: A. DE LA TORRE, [Siete de cada diez empresas no tienen ninguna mujer especializada en TIC](#), en [cincodias.elpais.com](#), 5 agosto 2022

Finalmente, destacamos otros informes más recientes, que muestran cómo la participación de las mujeres aún está en torno al 20% de profesionales:

- el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI), órgano colegiado de carácter consultivo de la entidad Red.es, adscrita al Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e

Inteligencia Artificial, ha presentado en marzo de 2024 una nueva edición de su Informe sobre la brecha de género en relación con la tecnología y su uso, *Brecha digital de género Edición 2024-Datos 2023*²². En el mismo se evidencia que el empleo todavía es desigual, ya que la mayoría de especialistas digitales son hombres tanto en España, donde las mujeres suponen el 18%, 1,4 puntos porcentuales menos que el año anterior y nueve décimas por debajo de la media de los Veintisiete, como en el conjunto de la UE. Del 16,4% de empresas que contaba en su plantilla con especialistas TIC en 2023, el 38,7% empleaba a mujeres con este perfil profesional;

- según el primer Informe sobre *Profesionales TIC de InfoJobs*²³, publicado en mayo de 2024, el 80% de las personas con profesiones TIC en España son hombres, mientras que el 20% son mujeres (18%, según el Índice de la Economía y la Sociedad Digital, DESI). Esta brecha se refleja en las empresas, donde solo el 38% de las que cuentan con especialistas TIC emplean a mujeres, y solo un 8% tienen al menos el 50% de sus profesionales mujeres. Ahora bien, las mujeres están más formadas: 6 de cada 10 disponen de, al menos, estudios universitarios superiores, proporción que se reduce a 4 de cada 10 entre los hombres, que cuentan con más carreras técnicas o estudios no universitarios;
- el Informe sobre *Empleabilidad y Talento Digital 2023*, elaborado por la Fundación VASS y la Fundación Universidad Autónoma de Madrid²⁴, destaca la crítica brecha de género en el sector tecnológico en nuestro país. Con solo el 23,47% de mujeres entre especialistas TIC y una manifiesta infrarrepresentación en áreas como IA o ciberseguridad, el informe subraya la importancia de abordar este déficit para un crecimiento sostenible;
- del Informe *Mujeres e Innovación 2024*²⁵, publicado en 2024 por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, se desprende que la participación femenina en los sectores tecnológicos emergentes es muy reducida. En concreto, el 61,3% de las empresas del sector TIC no tenía en 2023 contratada a ninguna mujer. Tan solo el 28,8% del personal en las empresas innovadoras eran mujeres y sus puestos de trabajo en ellas eran,

²² ONTSI, *Brecha digital de género 2023*, 2024.

²³ INFOJOBS, *La brecha de género persiste en el sector TIC, pese a que 6 de cada 10 mujeres disponen de formación superior, frente al 40% de los hombres*, 17 mayo 2024.

²⁴ FUAM, FUNDACIÓN VASS, *Empleabilidad y Talento Digital 2023*, 2023.

²⁵ MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES, *Mujeres e Innovación*, Informe 2024, p. 3.

mayoritariamente, tareas de soporte menos visibles.

Liderazgo femenino en empresas tecnológicas

Con el objetivo de profundizar en la brecha de género de las empresas tecnológicas, analizamos seguidamente el liderazgo femenino en dichas organizaciones²⁶. ¿Qué factores determinan la subrepresentación de mujeres en posiciones de liderazgo y cómo repercute la presencia femenina en estos puestos en las empresas y en el sector?

Es importante apuntar que la subrepresentación de la mujer en puestos ejecutivos se da en todos los sectores, aun así, se acentúa en el ámbito tecnológico. Como indican Lamolla y González «las mujeres están relegadas a posiciones intermedias, y muy pocas acceden a posiciones de liderazgo [...]. En el sector tecnológico y de las telecomunicaciones, la media de mujeres consejeras en las empresas alcanza el 2,22%»²⁷.

A nivel mundial, Grant Thornton, empresa referente del sector, manifiesta que el porcentaje de mujeres en posiciones de liderazgo en empresas tecnológicas (*senior management*) se encuentra por debajo del 20%²⁸. Una publicación de World Economic Forum²⁹ de octubre de 2023, sin embargo, insiste en que, «cuando nos fijamos en el liderazgo tecnológico, las mujeres representan sólo el 5%». Atendiendo al ámbito nacional, algunas estadísticas muestran que tan solo un 12% de mujeres lideran empresas TIC en España³⁰ (otras elevan este porcentaje, pero sin alcanzar el 20%). Si prestamos atención al ecosistema español de *startups*, también conocidas como empresas de nueva creación o edad temprana que presentan grandes posibilidades de crecimiento y comercializan productos y servicios a través del uso de las TIC, podemos comprobar en el Informe nacional de *Empresas Tech e Innovadoras: España 2024*³¹ que tan solo el 17,1% de las personas líderes y fundadoras de *startups* en España son mujeres, mientras que el 83% son hombres. En términos absolutos, esto se traduce en 1.946 mujeres frente a 9.474 hombres. De estas mujeres, 1.308 emprenden junto con otras

²⁶ Al respecto, *vid.* S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa: principales obstáculos*, en B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (coord.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, 2020, pp. 23-80.

²⁷ L. LAMOLLA, A.M. GONZÁLEZ, *Mujeres en el sector de las tecnologías, ¿cuéstiō n de competencias?*, en *Revista Española de Sociología*, 2019, n. 28, pp. 80-81.

²⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Women in the Digital Age – Executive summary*, 2018.

²⁹ WEF, *Las mujeres están subrepresentadas en áreas tecnológicas. Ésta ONG quiere cambiar las cosas*, 31 octubre 2023.

³⁰ ICEX, *Solo un 12 % de mujeres lideran empresas TIC en España*, 13 octubre 2023.

³¹ EL REFERENTE, *Empresas Tech e Innovadoras: España 2024*, Informe nacional 2024.

mujeres, mientras que 545 lo hacen en colaboración con hombres. Esta situación se ve influida por el conocido fenómeno del techo de cristal, asociado a los estereotipos de género inherentes a la cultura empresarial que dificultan el ascenso profesional de mujeres a puestos que impliquen toma de decisiones gerenciales. Este aspecto determina la estructura empresarial de muchas compañías y es generalizable a la gran mayoría de sectores de actividad. Ahora bien, ¿a qué se debe la subrepresentación todavía más acentuada de las mujeres en puestos de liderazgo en empresas tecnológicas?

Varios estudios exponen como factores determinantes de la subrepresentación femenina en el sector tecnológico las responsabilidades intrínsecas a los puestos, las obligaciones de movilidad internacional o la carga de trabajo³², características relacionadas con la reducción de las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar³³. Por otro lado, las escasas oportunidades de promoción se configuran como otro aspecto que explica la reducida presencia femenina en liderazgos tecnológicos. Hunt destaca este factor, poniendo énfasis también en la gran influencia de los estereotipos de género. Otro elemento a destacar, influyente en la subrepresentación femenina, es la carencia de apoyo que sufren las tecnólogas por parte de mentores/as y compañeros/as. Es decir, existe una falta de respaldo hacia la mujer, tanto en su entrada en la empresa como en el desarrollo de su trabajo diario, que dificulta la toma de decisiones y las opciones de promoción³⁴. También se ha evidenciado que una razón de peso que explica la carencia de ocupación femenina de puestos de liderazgo en empresas tecnológicas es la discriminación. En este sentido, el trato desigual por parte de compañeros/as y superiores/as puede conllevar un desistimiento en los esfuerzos de promoción o, incluso, el abandono de la empresa³⁵. A todo ello se le suma la existencia de una brecha salarial entre hombres y mujeres que deriva en la insatisfacción de estas últimas con los ingresos obtenidos.

Es interesante apuntar que el fenómeno de la subrepresentación femenina en el liderazgo empresarial también se produce en las *startups* tecnológicas, como antes hemos señalado. Esto indica que el problema es de carácter estructural, no responde a aspectos generacionales ni a culturas

³² M.T. CARDADOR, *Promoted Up But Also Out? The Unintended Consequences of Increasing Women's Representation in Managerial Roles in Engineering*, en *Organization Science*, 2017, n. 28.

³³ J.M. COHOON, W. ASPRAY, *Women and Information Technology: Research on Under-Representation*, MIT Press, 2006.

³⁴ J. HUNT, *Why do women leave science and engineering?*, en *ILR Review*, 2016, vol. 69, n. 1, p. 216.

³⁵ N.A. FOUAD, R. SINGH, *Stemming the tide: Why women leave engineering*, University of Wisconsin, 2011, p. 29.

de gestión empresarial anticuadas. Además, se configura como una realidad y un problema en empresas tecnológicas de nueva creación. La proporción de mujeres CTO (*Chief Technology Officer*) en estas empresas en España es muy reducida³⁶.

Esta falta de liderazgo femenino, además de reducir el bienestar y las oportunidades laborales de las mujeres, repercute negativamente en el éxito de la gestión empresarial. Numerosos estudios indican que una composición empresarial paritaria y basada en la diversidad tiene efectos positivos en los resultados empresariales³⁷, al mismo tiempo que cataliza la creatividad y la capacidad de innovación de la organización³⁸. En este sentido, las empresas sufren una gran pérdida de talento, que de ser aprovechado podría repercutir de manera muy favorable al auge del sector tecnológico. Los datos de la Asociación Europea de Mujeres en la Ciencia, la Ingeniería y la Tecnología (WITEC) refuerzan la idea de la existencia de un gran talento femenino tecnológico, exponiendo que en el ámbito STEM las mujeres terminan los estudios antes que los hombres y reciben de media mejores calificaciones³⁹.

2.2. Contratación, condiciones de trabajo e intensidad laboral

2.2.1. Empleos en auge y contratación por sexos: ¿hay brecha de género en los empleos del futuro?

En los epígrafes anteriores de este trabajo hemos mencionado que se están generando nuevos empleos, hasta ahora desconocidos, cuyo futuro viene marcado por los recientes avances en las nuevas tecnologías⁴⁰. Precisamente, es en el sector tecnológico donde se pueden conseguir más posiciones y mejores condiciones de trabajo. Sin embargo, lo que no es posible encontrar tan fácilmente son mujeres, ya que las mismas únicamente representan en torno al 20% de la industria tecnológica. Por ello, ahora

³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Women in the Digital Age – Executive summary*, cit., p. 73.

³⁷ MCKINSEY, *Women at the Top of Corporations: Making it happen. Women Matter*, 2010.

³⁸ L. TYSON, *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*, London Business School, 2003.

³⁹ WITEC, *Women in Science, Engineering and Technology companies in Italy, Romania, Latvia, Spain and UK. Accelerating business growth by gender balance in decision-making*, 2015, p. 52.

⁴⁰ Cada vez se exigen más conocimientos «en competencias digitales, informática, software, y otras habilidades relacionadas. El empleo del futuro será mayoritariamente digital e inescindiblemente incardinado a las inteligencias artificiales» (J.I. PÉREZ LÓPEZ, *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, p. 188).

prestamos atención al Informe anual de LinkedIn⁴¹, donde se clasifican las 25 profesiones que más han crecido en demanda en los últimos 5 años en nuestro país (*vid.* tabla 1).

Tabla 1 – Los 25 puestos más demandados y el porcentaje de contratación por sexo en España

1. ANALISTA DE CENTRO DE OPERACIONES DE SEGURIDAD (también puede denominarse ANALISTA SOC)

A qué se dedica: se encarga de monitorizar las alertas de seguridad informática de una empresa, validarlas y actuar con rapidez para evitar una amenaza, así como buscar otros posibles riesgos presentes en la red

Principales aptitudes: gestión de información y eventos de seguridad, Splunk, ciberseguridad

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, consultoría y servicios a empresas, medios de comunicación y telecomunicaciones

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 8%, mujeres; 92%, hombres

Media de años de experiencia: 2,3 años

Puestos que tenían antes: analista de ciberseguridad, especialista en ciberseguridad, ingeniero/a de software

Puestos con opción de teletrabajo: 47%

Nivel de formación: formación profesional, 49%; grado universitario, 27,5%; máster o superior, 20%

2. ANALISTA DE DESARROLLO DE SOFTWARE

A qué se dedica: analiza y desarrolla componentes de software y supervisa todo el proceso de creación de este tipo de tecnologías, incluyendo las pruebas de producto y el mantenimiento

Principales aptitudes: Java, Spring Framework, desarrollo de software

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, intermediación crediticia, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Málaga, Sevilla

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 29%, mujeres; 71%, hombres

Media de años de experiencia: 2,8 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, analista de ingeniería, asociado/a comercial

⁴¹ LINKEDIN, [Empleos en auge 2024 de LinkedIn: estas son las 25 profesiones que más crecen en España](#), en www.linkedin.com, 17 enero 2024.

Puestos con opción de teletrabajo: 100%.

Nivel de formación: formación profesional, 20%; grado universitario, 50%; máster o superior, 30%

3. RESPONSABLE DE SOSTENIBILIDAD

A qué se dedica: idea, implementa y coordina la estrategia de sostenibilidad de una compañía y se encarga de elaborar los informes para garantizar su cumplimiento

Principales aptitudes: informes de sostenibilidad, responsabilidad social corporativa, desarrollo sostenible

Principales sectores: consultoría y servicios a empresas, hostelería, fabricación de alimentos y bebidas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Sevilla

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 60%, mujeres; 40%, hombres

Media de años de experiencia: 5 años

Puestos que tenían antes: director/a de proyecto, consultor/a de sostenibilidad, arquitecto/a

Puestos con opción de teletrabajo: 10%

Nivel de formación: grado universitario, 26%; máster o superior, 74%

4. KEY ACCOUNT SALES MANAGER

A qué se dedica: gestiona la relación de una empresa con sus clientes más relevantes, tanto en el seguimiento de los proyectos en curso como en la búsqueda de nuevos acuerdos

Principales aptitudes: gestión de cuentas, ventas, negociación

Principales sectores: fabricación de productos químicos, fabricación de equipos de transporte, fabricación de alimentos y bebidas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 34%, mujeres; 66%, hombres

Media de años de experiencia: 5,5 años

Puestos que tenían antes: key account manager, responsable de ventas, responsable de cuentas

Puestos con opción de teletrabajo: 16%

Nivel de formación: formación profesional, 9%; grado universitario, 28%; máster o superior, 60%

5. REPRESENTANTE DE DESARROLLO DE VENTAS (también puede denominarse SALES DEVELOPMENT REPRESENTATIVE)

A qué se dedica: busca nuevas oportunidades de negocio y posibles clientes para una compañía, elaborando propuestas y realizando

seguimiento de los acuerdos

Principales aptitudes: llamadas a puerta fría, HubSpot, Salesforce

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios y consultoría de TI, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Madrid, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 44%, mujeres; 56%, hombres

Media de años de experiencia: 2,4 años

Puestos que tenían antes: responsable de desarrollo de negocio, especialista en ventas, vendedor/a

Puestos con opción de teletrabajo: 19%

Nivel de formación: formación profesional, 11%; grado universitario, 39%; máster o superior, 45%

6. EXPERTO/A LOGÍSTICO/A

A qué se dedica: analiza las necesidades logísticas de una compañía y busca la manera más eficiente de solucionarlas, desde el transporte de los productos hasta su almacenamiento y su entrega a los/as clientes/as finales

Principales aptitudes: administración logística, atención al cliente, aprovisionamiento

Principales sectores: servicios de alimentos y bebidas, consultoría y servicios a empresas, hostelería

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 37%, mujeres; 63%, hombres

Media de años de experiencia: 2,9 años

Puestos que tenían antes: camarero/a, auxiliar administrativo/a, oficial

Nivel de formación: formación profesional, 39%; grado universitario, 23%; máster o superior, 22%

7. RESPONSABLE DE CRECIMIENTO (también puede denominarse GROWTH MANAGER o GROWTH SPECIALIST)

A qué se dedica: elabora la estrategia de una empresa para hacer crecer su producto o servicio, dándolo a conocer entre su público objetivo y siendo responsable de que aumente el interés y los/as clientes/as

Principales aptitudes: *growth hacking*, estrategias de crecimiento, comercio electrónico

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios de publicidad, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Madrid, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 44%, mujeres; 56%, hombres

Media de años de experiencia: 3-6 años

Puestos que tenían antes: key account manager, responsable de marketing, administrador/a de cuentas

Puestos con opción de teletrabajo: 16-28%

Nivel de formación: formación profesional, 3%; grado universitario, 30-35%; máster o superior, 64-66%

8. INGENIERO/A DE PLATAFORMA (también puede denominarse PLATFORM ENGINEER)

A qué se dedica: diseña y gestiona las herramientas, servicios y flujos de trabajo que utilizan desarrolladores/as e ingenieros/as para hacer su labor, así como investiga cómo automatizar tareas relacionadas

Principales aptitudes: Amazon Web Services (AWS), Ansible, Docker

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, organización de viajes

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Madrid, Zaragoza

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 9%, mujeres; 91%, hombres

Media de años de experiencia: 5,1 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, ingeniero/a de sistemas en la nube, ingeniero/a de confiabilidad de sitio

Puestos con opción de teletrabajo: 48%

Nivel de formación: formación profesional, 12%; grado universitario, 56%; máster o superior, 32%

9. ANALISTA DE INVERSIÓN

A qué se dedica: analiza empresas y sectores en busca de oportunidades de inversión, presenta sus propuestas al consejo de administración y colabora en el cierre de acuerdos

Principales aptitudes: elaboración de modelos financieros, análisis financiero, Microsoft PowerPoint

Principales sectores: mercados de capitales, consultoría y servicios a empresas, intermediación crediticia

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Alcobendas

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 25%, mujeres; 75%, hombres

Media de años de experiencia: 1 año

Puestos que tenían antes: analista de banca de inversión, analista de fusiones y adquisiciones, especialista en capital privado

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 30%; máster o superior, 69%

10. ESPECIALISTA EN FORMACIÓN (también puede denominarse LEARNING SPECIALIST)

A qué se dedica: elabora los planes de formación dirigidos a empleados/as de una empresa, imparte talleres y gestiona los acuerdos formativos de la compañía con otras organizaciones

Principales aptitudes: e-learning, Moodle, formación y desarrollo

Principales sectores: consultoría y servicios a empresas, fabricación de productos químicos, servicios y consultoría de TI

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Viladecans

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 61%, mujeres; 39%, hombres

Media de años de experiencia: 3,5 años

Puestos que tenían antes: maestro/a, técnico/a de formación, especialista en recursos humanos

Puestos con opción de teletrabajo: 5%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 32%; máster o superior, 67%

11. INGENIERO/A DE DATOS (también puede denominarse DATA ENGINEER, DATA CONSULTANT, DATA ANALYST)

A qué se dedica: desarrolla, gestiona y realiza el mantenimiento de los sistemas de datos de una compañía, controlando su recuperación y automatizando su distribución a otros departamentos

Principales aptitudes: Apache Spark, Amazon Web Services (AWS), Scala

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 21%, mujeres; 79%, hombres

Media de años de experiencia: 2-4 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, analista de datos, desarrollador/a de Big Data

Puestos con opción de teletrabajo: 18-46%

Nivel de formación: formación profesional, 5%; grado universitario, 36%; máster o superior, 58%

12. CONSULTOR/A DE SELECCIÓN DE TALENTO (también puede denominarse TALENT CONSULTANT)

A qué se dedica: apoya a las empresas en sus necesidades en la selección de talento, organizando entrevistas, confirmando la formación de los/as candidatos/as y facilitando los procesos de contratación

Principales aptitudes: entrevistas, LinkedIn Recruiter, selección de personal

técnico

Principales sectores: consultoría y servicios a empresas, dotación y selección de personal, servicios y consultoría de TI

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Zaragoza

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 75%, mujeres; 25%, hombres

Media de años de experiencia: 2,8 años

Puestos que tenían antes: consultor/a de Recursos Humanos, técnico/a de selección de personal, especialista en captación de talento

Puestos con opción de teletrabajo: 4%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 34%; máster o superior, 62%

13. INGENIERO/A DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A qué se dedica: diseña, desarrolla y dirige los procesos de implementación de la estrategia de inteligencia artificial de la empresa. También se ocupa de analizar las herramientas de IA y aprendizaje automático de la compañía

Principales aptitudes: inteligencia artificial, aprendizaje automático, visión por computador

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios y consultoría de TI, servicios de ingeniería

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 18%, mujeres; 82%, hombres

Media de años de experiencia: 2,3 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, científico/a de datos, ingeniero/a de visión por computador

Puestos con opción de teletrabajo: 30%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 32%; máster o superior, 72%

14. SUSCRIPTOR/A DE SEGUROS

A qué se dedica: analiza y evalúa el riesgo de los/as clientes/as que contratan los productos de una aseguradora, así como el seguimiento de los acuerdos; revisa indicadores y propone mejoras del proceso de suscripción

Principales aptitudes: reaseguros, seguros generales, valoración de riesgos

Principales sectores: seguros, intermediación crediticia, medios de comunicación y telecomunicaciones

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Cervelló (Barcelona)

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 43%, mujeres; 57%, hombres

Media de años de experiencia: 4,7 años

Puestos que tenían antes: ejecutivo/a de cuentas, asegurador/a de la propiedad, analista de riesgos

Puestos con opción de teletrabajo: 5%

Nivel de formación: formación profesional, 5%; grado universitario, 31%; máster o superior, 63%

15. INGENIERO/A DE SEGURIDAD

A qué se dedica: planifica, implementa, gestiona, monitoriza y actualiza las medidas de seguridad para proteger los datos y los sistemas informáticos de una compañía; también anticipa posibles riesgos de ciberseguridad

Principales aptitudes: ciberseguridad, seguridad de la información, Amazon Web Services (AWS)

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, seguros

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 20%, mujeres; 80%, hombres

Media de años de experiencia: 4,1 años

Puestos que tenían antes: analista de ciberseguridad, ingeniero/a de software, consultor/a de seguridad

Puestos con opción de teletrabajo: 40%

Nivel de formación: formación profesional, 16%; grado universitario, 31%; máster o superior, 53%

16. CUSTOMER SUCCESS MANAGER

A qué se dedica: gestiona la relación con los/as clientes/as de una compañía para garantizar su satisfacción y mantener una colaboración que permita retenerlos/as y aumentar los acuerdos

Principales aptitudes: retención de clientes, Salesforce, gestión de cuentas

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios y consultoría de TI, servicios de publicidad

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Madrid, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 56%, mujeres; 44%, hombres

Media de años de experiencia: 5 años

Puestos que tenían antes: responsable de cuentas, responsable de proyecto, *key account manager*

Puestos con opción de teletrabajo: 38%

Nivel de formación: formación profesional, 3%; grado universitario, 35%; máster o superior, 61%

17. RESPONSABLE DE MARKETING EN REDES SOCIALES

A qué se dedica: elabora el plan de comunicación de la empresa en redes sociales, gestiona los canales de la compañía, la monitorización de las tendencias relevantes y analiza los resultados obtenidos con las estrategias

Principales aptitudes: marketing digital, marketing en redes sociales, Instagram

Principales sectores: servicios de publicidad, tecnología, información e internet, inmobiliarias

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Valencia, Barcelona

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 74%, mujeres; 26%, hombres

Media de años de experiencia: 2,4 años

Puestos que tenían antes: *community manager*, responsable de redes sociales, especialista en marketing

Puestos con opción de teletrabajo: 5%

Nivel de formación: formación profesional, 13%; grado universitario, 42%; máster o superior, 42%

18. INGENIERO/A DE SISTEMAS EN LA NUBE (también puede denominarse CLOUD ENGINEER)

A qué se dedica: diseña e implementa las herramientas y aplicaciones en la nube necesarias para la actividad de la empresa y se ocupa del mantenimiento de esa infraestructura

Principales aptitudes: Amazon Web Services (AWS), Ansible, Microsoft Azure

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 15%, mujeres; 85%, hombres

Media de años de experiencia: 3,8 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, ingeniero/a DevOps, administrador/a de sistemas

Puestos con opción de teletrabajo: 42%

Nivel de formación: formación profesional, 25%; grado universitario, 36%; máster o superior, 38%

19. ESPECIALISTA EN MEDIOS (también puede denominarse MEDIA SPECIALIST)

A qué se dedica: crea y ejecuta estrategias de marketing,

fundamentalmente en canales digitales, como buscadores, redes sociales o servicios de publicidad digital, para generar clientes para una compañía o interés sobre su marca

Principales aptitudes: Google Analytics, LinkedIn Ads, marketing digital

Principales sectores: servicios de publicidad y tecnología, información e internet, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 58%, mujeres; 42%, hombres

Media de años de experiencia: 3,3 años

Puestos que tenían antes: especialista en marketing, responsable de cuentas, especialista en marketing de buscadores

Puestos con opción de teletrabajo: 7%

Nivel de formación: formación profesional, 3%; grado universitario, 25%; máster o superior, 70%

20. INGENIERO/A DE INTEGRACIÓN (también puede denominarse INTEGRATION ENGINEER)

A qué se dedica: diseña e implementa las integraciones entre servicios y aplicaciones que las empresas necesitan para llevar a cabo su negocio o para conectar sus sistemas a los servicios de otras compañías

Principales aptitudes: Linux, Jenkins, MySQL

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, fabricación de equipos de transporte

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 22%, mujeres; 78%, hombres

Media de años de experiencia: 3 años

Puestos que tenían antes: ingeniero/a de software, ingeniero/a de proyecto, ingeniero/a DevOps

Puestos con opción de teletrabajo: 25%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 51%; máster o superior, 43%

21. RESPONSABLE DE VENTAS INTERNACIONALES

A qué se dedica: coordina la actividad de exportación de la compañía con su actividad nacional, además de buscar oportunidades en los mercados internacionales

Principales aptitudes: exportaciones, gestión de ventas, comercio internacional

Principales sectores: fabricación de maquinaria, fabricación de productos químicos, servicios de alimentos y bebidas

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Valencia, Madrid

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 36%, mujeres; 64%, hombre

Media de años de experiencia: 4,4 años

Puestos que tenían antes: responsable de ventas, responsable de exportación, key account manager

Puestos con opción de teletrabajo: 4%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario 26%, máster o superior 69%

22. INGENIERO/A DE APRENDIZAJE AUTOMÁTICO (también puede denominarse LEARNING ENGINEER)

A qué se dedica: diseña y desarrolla los algoritmos y sistemas de aprendizaje automático de una empresa; también investiga la aplicación de este tipo de tecnología a las necesidades de negocio

Principales aptitudes: aprendizaje automático, visión por computador, ciencia de datos

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios y consultoría de TI, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Barcelona, Madrid, Valencia

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 18%, mujeres; 82%, hombres

Media de años de experiencia: 2,8 años

Puestos que tenían antes: científico/a de datos, ingeniero/a de software, ingeniero/a de datos

Puestos con opción de teletrabajo: 34%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 27%; máster o superior, 72%

23. MODELADOR/A BIM

A qué se dedica: diseña proyectos de arquitectura basados en la técnica del modelado BIM, una metodología de trabajo colaborativo aplicada al sector de la construcción

Principales aptitudes: Revit, Navisworks, modelado de información de construcción (BIM)

Principales sectores: ingeniería civil, arquitectura y planificación, servicios y consultoría de TI, servicios de ingeniería

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Sevilla

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 38%, mujeres; 62%, hombres

Media de años de experiencia: 2,1 años

Puestos que tenían antes: arquitecto/a, arquitecto/a técnico/a, delineante CAD

Puestos con opción de teletrabajo (híbrido): 54%

Nivel de formación: formación profesional, 13%; grado universitario, 30%;

máster o superior, 55%

24. CONSULTOR/A DE IMPLEMENTACIÓN

A qué se dedica: facilita la configuración y el despliegue de una solución tecnológica dentro de otra compañía, ofreciendo el conocimiento necesario al cliente para que pueda aplicarla en su negocio

Principales aptitudes: implementación de software, SQL, metodologías ágiles

Principales sectores: tecnología, información e internet, servicios y consultoría de TI, hostelería

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Barcelona, Málaga

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 42%, mujeres; 58%, hombres

Media de años de experiencia: 4,6 años

Puestos que tenían antes: responsable de proyecto, ingeniero/a de software, auxiliar administrativo/a

Puestos con opción de teletrabajo: 30%

Nivel de formación: formación profesional, 7%; grado universitario, 20%; máster o superior, 70%

25. ENGAGEMENT MANAGER

A qué se dedica: gestiona proyectos entre diferentes departamentos dentro de la empresa que ayuden a aumentar la satisfacción de los/as clientes/as con sus productos o servicios

Principales aptitudes: estrategia empresarial, consultoría de gestión, metodologías ágiles

Principales sectores: servicios y consultoría de TI, tecnología, información e internet, consultoría y servicios a empresas

Ciudades con más contrataciones: Madrid, Málaga, Barcelona

Porcentaje de contratación por sexos en 2023: 55%, mujeres; 45%, hombres

Media de años de experiencia: 5,3 años

Puestos que tenían antes: responsable de proyecto, consultor/a de negocio, responsable de cuentas

Puestos con opción de teletrabajo: 23%

Nivel de formación: formación profesional, 2%; grado universitario, 27%; máster o superior, 67%

Fuente: elaboración a partir de los datos contenidos en LINKEDIN, [Empleos en auge 2024 de LinkedIn: estas son las 25 profesiones que más crecen en España](#), en www.linkedin.com, 17 enero 2024

De la tabla elaborada a partir de las investigaciones de LinkedIn⁴², se puede concluir que aún existen grandes diferencias de género y que, actualmente, la mayoría de los trabajos orientados al futuro, muchos de ellos – como se puede ver – estrechamente ligados al sector de la tecnología, están todavía ocupados mayoritariamente por hombres en las empresas:

- solo el 35% de las personas que ocupan estas nuevas profesiones son mujeres, mientras que el otro 65% son hombres;
- las contrataciones básicamente prolongan esta brecha, ya que, de acuerdo con la referida publicación, de las nuevas incorporaciones que se dieron en 2023, solo el 36% fueron mujeres, un porcentaje muy semejante al de las trabajadoras en la actualidad.

En concreto, la mayor brecha se encuentra, por lo general, en aquellas profesiones más ligadas al ámbito de la tecnología (analista de operaciones de seguridad, 8%; ingeniero/a de plataforma, 9%; ingeniero/a de sistemas en la nube, 15%; ingeniero/a de aprendizaje automático, 18%; ingeniero/a de inteligencia artificial, 18%; ingeniero/a de seguridad, 20%; ingeniero/a de datos, 21%; ingeniero/a de integración, 22%; analista de desarrollo de software, 9%; etc.), con porcentajes de contratación de mujeres que no alcanzan ni el 30%. Por tanto, en estos campos se ha de seguir trabajando para avanzar hacia la consecución de la igualdad, no solo porque en todos ellos se está desaprovechando la mitad de las capacidades disponibles, sino también porque son justo estos ámbitos tecnológicos los que no se pueden permitir esta brecha, especialmente cuando los medios insisten constantemente en que faltan especialistas que se dediquen a ellos.

De hecho, se puede destacar el gran número de vacantes tecnológicas (más de 120.000 en España, según DigitalES, la Asociación Española para la Digitalización⁴³) que se quedan sin cubrir en las empresas de nuestro país por la escasez de personas que cuentan con las habilidades y los conocimientos que se demandan. Esta carencia no solo afecta la competitividad de las empresas, sino también el crecimiento económico y la innovación del país.

Por otro lado, se ha de destacar del informe que algunas profesiones que están salvando la brecha de género en nuestro país son las de sectores como el de implementación de software, SQL y metodologías ágiles (42% de mujeres), suscripción de seguros (43%), estrategias de crecimiento (44%), ventas (47%), medios y canales digitales (58%), sostenibilidad (60%), formación (61%), selección de talento (71%), marketing y redes sociales

⁴² Vid. también A. MUÑOZ VITA, *La brecha de género en los empleos del futuro*, en *Objetivo Empleo*, por LinkedIn Noticias, 31 enero 2024.

⁴³ DIGITALEES, *Anatomía de la brecha de talento tecnológico*, cit., p. 7.

(74%), pues tienen la proporción de género más equilibrada (en algunos casos, incluso se cuenta con una mayor presencia femenina).

Para reducir esta brecha de género en los empleos tecnológicos, no solo tendrían las autoridades públicas que fomentar la formación⁴⁴ en disciplinas STEM entre el género femenino (mediante servicios de orientación e información que aseguren la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a la hora de escoger un área de estudio), sino que también las empresas (en particular, las tecnológicas) deberían apostar por medidas como:

- *la implementación de la contratación anónima.* Consiste en ocultar información personal e identificable de las personas candidatas, como nombres, fotos, edad y género, durante el proceso de selección. Algunas empresas están usando tecnologías avanzadas, como la realidad virtual, para realizar entrevistas en entornos virtuales donde el género del candidato no es visible⁴⁵. Esto permite centrarse solo en las habilidades y competencias de la persona candidata;
- *la transformación de la cultura organizacional.* Es decir, cambiar la cultura interna de las empresas para que sea más inclusiva y equitativa. Esto incluye la formación en diversidad e inclusión para todo el personal, desde la alta dirección hasta el personal de base. Por ejemplo, se puede apostar por programas de sensibilización y formación que aborden temas como el sesgo implícito, la equidad de género y la creación de un entorno de trabajo inclusivo;
- *las políticas de igualdad salarial.* Esto es, implementar políticas que aseguren que mujeres y hombres reciban la misma remuneración por empleos tecnológicos de igual valor. Todo esto implica realizar auditorías salariales regulares y transparentes para identificar y corregir cualquier disparidad salarial;
- *las políticas de conciliación⁴⁶ y corresponsabilidad.* Hay que fomentar políticas que permitan una mejor conciliación de la vida laboral y personal para todas las personas trabajadoras, independientemente de su género. Esto incluye mejores condiciones de permisos y excedencias, horarios de trabajo flexibles, opciones de teletrabajo,

⁴⁴ Así lo cree también C. MOLINA NAVARRETE, [Digitalización y empleo \(y emprendimiento\) femenino: ¿Reduce o reproduce las brechas de género, como el “techo de cristal”?](#), en *Transforma e-Work*, 14 julio 2020.

⁴⁵ Sobre este tema, *vid.* LINKEDIN, [Gender Insights Report: How women find jobs differently](#), Talent Solution, 2019.

⁴⁶ Sobre estas, *vid.* M.R. CRISTÓBAL RONCERO, [La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2024, n. 8.

desarrollo de reuniones y formación por las mañanas, financiación (total o parcial) de ciertos servicios que puedan ayudar a aligerar la carga de trabajo extralaboral (como los servicios de guardería, comedor, seguros de salud y transporte), etc.;

- *el reconocimiento y la visibilidad de las mujeres en el sector de la tecnología.* Es importante implementar planes de incentivos y reconocimientos específicos para mujeres que destaquen en sus roles dentro de la industria tecnológica. Esto ayuda a visibilizar su talento y contribuciones, inspirando a otras mujeres a seguir sus pasos. Por ejemplo, las empresas pueden crear premios y galardones anuales para reconocer a las mujeres líderes en tecnología. Además, promover la participación de mujeres en conferencias, paneles y eventos del sector para aumentar su visibilidad y representación.

En nuestra opinión, la adopción de este tipo de medidas es fundamental para la inclusión y la promoción igualitaria de las mujeres en el sector tecnológico. Al abordar las barreras sistémicas y fomentar una cultura de igualdad, las empresas y la sociedad en su conjunto pueden beneficiarse del talento y la innovación que las mujeres aportan a este campo tan decisivo.

2.2.2. Condiciones de trabajo e intensidad laboral

En el ámbito tecnológico, se reconocen ciertas ventajas laborales al personal de las distintas empresas en comparación con otros sectores, tales como la flexibilidad en el horario, las mayores oportunidades de trabajo remoto, los beneficios competitivos y la estabilidad laboral (el 70% de las personas empleadas del sector tecnológico tienen contratos indefinidos, lo que indica una elevada estabilidad laboral⁴⁷). No obstante, a pesar de estas mejoras, persisten desafíos significativos relacionados con las condiciones de trabajo y la intensidad laboral que afectan de manera desproporcionada a las mujeres en el sector tecnológico.

Contratos atípicos y estabilidad laboral

Una de las principales problemáticas es la mayor incidencia de los llamados contratos atípicos entre las mujeres en el sector tecnológico. Las mujeres tienen más probabilidades de estar contratadas en empleos a tiempo parcial, temporales o bajo modalidades de contrato que ofrecen

⁴⁷ DIGITALES, [Anatomía de la brecha de talento tecnológico](#), cit., p. 18.

menor estabilidad y seguridad laboral. Según el Informe de UGT *Mujer & Tecnología* (2020)⁴⁸, «las cifras de empleo temporal y parcial en las ocupaciones tecnológicas son siempre mayores en el caso de las mujeres, lo que es ya de por sí suficientemente sintomático». Pero el estudio⁴⁹ citado en dicho informe va más allá al disponer que, «si se profundiza en las razones por las cuales hombres y mujeres están contratadas a tiempo parcial, las mujeres aducen motivos familiares en mayor medida que los hombres. El 33,5% de las mujeres, frente a un 4,5% de los hombres, explican que tienen un empleo parcial debido a los cuidados en el seno familiar que deben cumplir además de su papel en el mercado de trabajo».

Otro informe más reciente de UGT, *Mujer & Tecnología* (2022)⁵⁰, que incide en la inserción laboral y en las condiciones de entrada de las personas tituladas universitarias en el mundo del trabajo, concluye que las empresas españolas no son capaces de construir una oferta de trabajo atractiva para las tecnólogas. En cuanto a la tipología del primer contrato, las empresas reservan para las ingenieras las peores opciones: contratos a tiempo parcial (+6% en comparación con sus pares hombres), de prácticas, formación o becas (+4%) o contratos temporales (+3%). Los contratos de carácter permanente se reservan mayoritariamente a los hombres (+5,5%). Otro tanto podemos decir para los contratos en el ámbito de la informática: los de carácter fijo son un 7% más para el caso de los varones, y los temporales, un 7% más para las mujeres.

Expectativas culturales y doble jornada

En España, como en muchos otros países de nuestro entorno, las mujeres enfrentan una carga adicional debido a las expectativas culturales arraigadas en roles de género tradicionales. Estas expectativas a menudo dictan que las mujeres deben cumplir con sus responsabilidades profesionales, mientras también se encargan de las tareas domésticas y familiares. Como resultado, las mujeres experimentan una ‘doble jornada’ para poder equilibrar sus roles laborales y familiares.

En el ámbito tecnológico, esta situación puede ser aún más desafiante, ya que las carreras en el mundo de la tecnología a menudo requieren horarios intensivos, proyectos muy complejos y plazos ajustados. Las mujeres que trabajan en este sector pueden sentir una presión adicional para

⁴⁸ UGT, *Mujer & Tecnología*, 2020, p. 52.

⁴⁹ A.M. GONZÁLEZ RAMOS, N. VERGÉS BOSCH, J.S. MARTÍNEZ GARCÍA, *Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2017, n. 159.

⁵⁰ UGT, *Mujer & Tecnología*, 2022, p. 22.

demostrar su valía y su competencia, lo que puede aumentar la intensidad laboral. En este sentido, un estudio de la Fundación Vass y la Fundación Universidad Autónoma de Madrid, publicado en 2023, ha revelado que el 78% de las mujeres en tecnología «sienten que tienen que trabajar más duro que sus compañeros de trabajo para demostrar su valía»⁵¹.

Además, las expectativas culturales pueden influir en las decisiones de las mujeres sobre su participación en la tecnología. Por ejemplo, si se espera que las mujeres asuman la mayor parte de las responsabilidades familiares, es muy posible que muchas de ellas se sientan desalentadas a dedicar tiempo adicional al desarrollo profesional o al aprendizaje de nuevas habilidades tecnológicas.

Por tanto, la realidad descrita no solo tiene implicaciones en la vida personal de las mujeres, sino que también tiene repercusiones a nivel profesional y económico. La falta de tiempo y energía para el desarrollo profesional puede limitar las oportunidades de ascenso y especialización, perpetuando así la brecha de género en altos cargos y roles especializados dentro del sector tecnológico. Además, la presión constante y la necesidad de equilibrar múltiples responsabilidades pueden llevar al agotamiento, viéndose afectada la salud mental y física de las trabajadoras.

Políticas de conciliación y retención de talento

La falta de políticas efectivas de conciliación entre trabajo y vida personal puede dificultar que las mujeres se mantengan en posiciones técnicas de alto rendimiento. Las empresas que no implementan medidas de conciliación, como horarios de trabajo flexibles, opciones de trabajo en remoto, servicios de cuidado de hijos/as en el lugar de trabajo o en guarderías locales, soporte para el cuidado de personas mayores, programas para el bienestar personal, etc., corren el riesgo de perder grandes talentos. En este contexto, creemos que es esencial que las organizaciones desarrollen y promuevan políticas de conciliación y corresponsabilidad que permitan a las mujeres y los hombres gestionar mejor sus responsabilidades laborales y personales. Son varios los trabajos publicados recientemente (como la *Guía de buenas prácticas para la atracción y retención de talento y la promoción profesional con perspectiva de género* del Instituto de las Mujeres⁵²) que destacan que las empresas que apuestan por este tipo de políticas tienen una retención de talento femenino mayor que aquellas que no lo hacen.

⁵¹ FUAM, FUNDACIÓN VASS (2023), *Empleabilidad y Talento Digital 2023*, cit., p. 80.

⁵² INSTITUTO DE LA MUJER, *Guía de buenas prácticas para la atracción y retención de talento y la promoción profesional con perspectiva de género: iniciativa “más mujeres, mejores empresas”*, 2020.

Además de los claros beneficios en la retención de talento, las políticas de conciliación pueden mejorar significativamente tanto el bienestar como la productividad del personal de la empresa. Los estudios han demostrado que las personas trabajadoras que tienen la posibilidad de equilibrar su vida laboral y su vida privada tienden a estar más satisfechas con su trabajo, lo que a su vez reduce el absentismo y aumenta la lealtad hacia la empresa. Para las mujeres en el sector tecnológico, estas políticas pueden ser un factor decisivo a la hora de elegir y permanecer en una empresa. Así lo revela, entre otros, el Informe *What Women Want*⁵³, del *Center for Creative Leadership*, que identificó el equilibrio entre el trabajo y la vida como la razón más común por la que las mujeres permanecen con la empleadora actual, seguido de disfrutar el trabajo que hacen y creer que tienen la oportunidad de hacer una diferencia.

Las políticas de conciliación no solo benefician a las mujeres, sino que también son esenciales para crear un entorno laboral más inclusivo y diverso. Permitir a todas las personas empleadas, independientemente de su género, la flexibilidad para atender sus necesidades personales y familiares puede promover una cultura de trabajo más justa y equitativa. Esto, a su vez, puede atraer a una gama más amplia de talentos y fomentar la innovación dentro de la empresa.

Además, la implementación de estas políticas puede mejorar la imagen corporativa y la reputación de la empresa, haciéndola más atractiva no solo para potenciales empleados/as, sino también para inversores/as y socios/as comerciales. Las empresas que son vistas como líderes en la promoción de la conciliación y la igualdad de género pueden disfrutar de una ventaja competitiva en el mercado.

Intensidad laboral y síndrome de burnout

La intensidad laboral en el sector tecnológico contribuye significativamente al desarrollo del llamado síndrome de *burnout*, una condición caracterizada por el agotamiento físico y emocional debido a las demandas excesivas del trabajo⁵⁴. Las mujeres que utilizan las TIC a

⁵³ C. CLERKIN, *What Women Want*, CCL Research & Innovation LAB and Watermark, 2017.

⁵⁴ Hay quienes definen el burnout como «un estado de agotamiento físico, emocional y mental causado por una larga implicación en una situación que es emocionalmente demandante» (A. PINES, E. ARONSON, *Career burnout: causes and cures*, Free Press, 1988, p. 9). En el mismo sentido, se considera el burnout como un estado afectivo caracterizado por los sentimientos de haber agotado las energías físicas, emocionales y mentales (A. SHIROM, *Burnout in work organizations*, en *International Review of Industrial and Organizational*

menudo reportan niveles más elevados de ansiedad, estrés y agotamiento en comparación con sus compañeros masculinos⁵⁵, especialmente aquellas que prestan servicios en el marco de los nuevos regímenes de teletrabajo⁵⁶ (esta situación se ha acentuado en época de pandemia por el uso mayor del teletrabajo). Factores como la presión por demostrar sus competencias y habilidades en un entorno dominado por hombres, la falta de redes de apoyo y la escasa representación en puestos de liderazgo pueden agravar esta situación.

Según un estudio científico de Yerbo de marzo de 2022, titulado *The State of Burnout in Tech*⁵⁷, en el que han participado más de 36.200 profesionales del sector de las TIC de 33 países diferentes, el 46% de las mujeres del ámbito de la tecnología han experimentado un alto riesgo de *burnout* o agotamiento profesional en algún momento de sus carreras, en comparación con el 38,2% de los hombres (el estudio también reveló que más mujeres que hombres, 69% frente a 56%, informaron sentirse «agotadas y sin energía física y emocional» al final de una jornada laboral). Este síndrome no solo afecta la salud y el bienestar de las trabajadoras, sino que también tiene implicaciones negativas para las organizaciones⁵⁸, como una mayor rotación de personal, menor productividad y aumento de costes asociados con el mayor absentismo y la atención médica.

Para combatir el *burnout* en este sector, es necesario que las empresas tecnológicas implementen estrategias de prevención y apoyo. Esto puede incluir la promoción de un equilibrio saludable entre el trabajo y la vida personal, una adecuada política interna acompañada de medidas concretas para garantizar el derecho a la desconexión digital, el acceso a recursos de salud mental y el fomento de un ambiente de trabajo inclusivo y solidario. Programas de bienestar, capacitación en gestión del estrés y políticas de carga laboral justa para hombres y mujeres son algunas de las medidas que pueden ayudar a mitigar los efectos del *burnout*. Además, es fundamental que las empresas promuevan una cultura de liderazgo inclusivo, donde las

Psychology, 1989).

⁵⁵ INSSI, *NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, 2008, p. 4. Vid. también, INSTITUTO DE LA MUJER, *Mujeres y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Red2Red Consultores, p. 254.

⁵⁶ [Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital](#). Vid. también, UPF-BSM, *El teletrabajo perjudica más a la salud de las mujeres, según un estudio de la UPF-BSM*, en *Newsletter UPF-BSM*, diciembre 2021.

⁵⁷ YERBO, *The State of Burnout in Tech (2022 Edition): How burnout syndrome fuels turnover in tech companies*, 2022.

⁵⁸ En este sentido, vid. C. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, E. GARROSA, L.M. BLANCO DONOSO, *El Efecto de la tecnología en el ámbito laboral: consecuencias del tecnoestrés en la salud mental*, en *Ansiedad y Estrés*, n. 1, p. 42.

mujeres se sientan apoyadas y valoradas.

2.3. Salarios

2.3.1. Igualdad salarial en el ámbito tecnológico: un camino pendiente

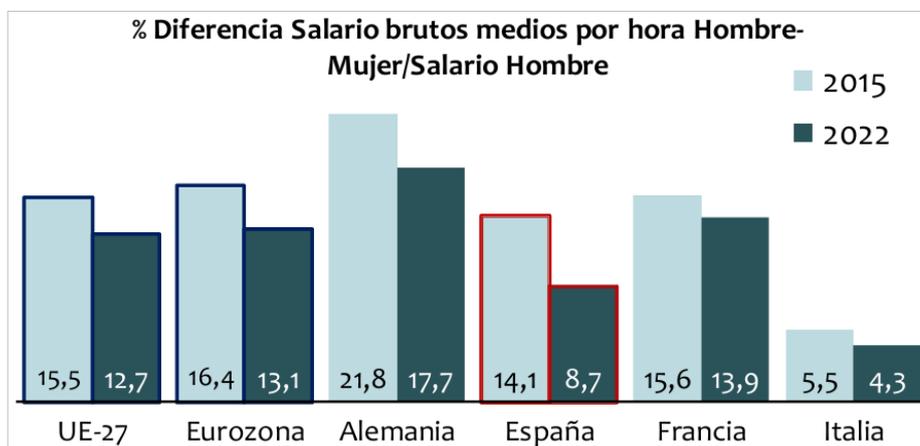
La brecha salarial de género en el sector tecnológico es un fenómeno persistente que refleja desigualdades estructurales más amplias dentro del mercado laboral. A pesar de los grandes avances logrados en igualdad de género, las mujeres en el sector tecnológico siguen ganando menos que sus homólogos masculinos. Esta disparidad salarial puede observarse en varios niveles, desde las posiciones de entrada hasta los roles ejecutivos⁵⁹. Según las últimas cifras de Eurostat 2022⁶⁰, las mujeres en la Unión Europea ganan, en promedio, un 12,7% menos por hora que los hombres, mientras que en España esta cifra se sitúa en un 8,7% (*vid.* gráfico 3)⁶¹. En el sector tecnológico, esta brecha puede ser aún más pronunciada. Por ejemplo, el Informe ONTSI de 2022⁶² indica que las mujeres en tecnología en Europa ganan un 19% menos que los hombres, si bien las de España ganan un 12% menos.

⁵⁹ Sobre este tema, conviene subrayar que «a las tecnólogas, en su primer empleo, se les ofrece un salario menor que a sus pares hombres. Por ejemplo, para los salarios superiores a 2.500 €, se le ofrece a un 11,2% de féminas por un 20,6% de hombres. En el extremo opuesto: el número de ingenieras con un salario inferior a 700 euros en su primer empleo es más de un 6% superior al de hombres (+26,8% vs. 20,6%). Se ofrece un primer empleo de Dirección a hombres mucho más que a mujeres, dejando para las mujeres trabajos de “contables, administrativos o de oficina”. *Vid.* UGT, [Resumen ejecutivo. Mujer & Tecnología](#), cit., pp. 5-6.

⁶⁰ GOBIERNO DE ESPAÑA, [La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2023](#), p. 23.

⁶¹ Aunque España es el sexto país de la Unión Europea con una menor diferencia entre lo que cobran por hora las mujeres y los hombres en trabajos a jornada completa, anota, sin embargo, el segundo peor dato en los trabajos a jornada parcial.

⁶² ONTSI, [Women in Digital: una perspectiva europea](#), 2022.

Gráfico 3 – Brecha salarial (no ajustada)

Fuente: elaboración a partir del informe ONTSI, [Women in Digital: una perspectiva europea](#), 2022

2.3.2. ¿Por qué siguen ganando menos?: un nuevo avance para acabar con la brecha salarial de género, la Directiva (UE) 2023/970 sobre transparencia e igualdad retributiva

Una de las razones principales de esta brecha es la segregación ocupacional, donde las mujeres suelen ocupar roles menos valorados y, por ende, peor remunerados, como los relacionados con el soporte técnico o la administración, en lugar de roles más lucrativos en áreas de desarrollo, programación o gestión de proyectos. Varios estudios han revelado que solo el 20% de los roles de ingeniería⁶³ y menos del 6% de los puestos en dedicados a la inteligencia artificial y la ciencia de datos⁶⁴ en España están ocupados por las mujeres. Esta subrepresentación en roles altamente remunerados contribuye significativamente a la brecha salarial.

Además, las mujeres enfrentan barreras significativas para avanzar a posiciones de liderazgo en tecnología. Estas barreras incluyen la falta de oportunidades de promoción, redes profesionales dominadas por hombres y sesgos inconscientes en la evaluación del desempeño. Incluso cuando las mujeres alcanzan roles de liderazgo, a menudo se encuentran en posiciones

⁶³ OBSERVATORIO DE LA INGENIERÍA, [El observatorio de la ingeniería de España presenta su primer estudio en el Congreso de los Diputados](#), 23 noviembre 2022.

⁶⁴ Al respecto, *vid.* A. IGLESIAS FRAGA, [La inteligencia artificial también la construyen hombres: así es la gran brecha de género del momento](#), en *El Español*, 8 marzo 2024.

con bastante menos poder y menor compensación en comparación con los hombres. Como hemos señalado en otros epígrafes anteriores, tan solo el 12-20% de las personas que lideran empresas TIC en España son mujeres, y estas posiciones y otras semejantes de alta dirección en tecnología a menudo conllevan salarios mucho menores en comparación con los hombres en roles equivalentes.

La falta de transparencia salarial es otro factor que contribuye a la brecha de género en el sector tecnológico. En muchos casos, las empresas no divulgan información clara sobre las escalas salariales y los criterios de remuneración, lo que dificulta que las mujeres negocien salarios justos. Sin acceso a esta información, las mujeres a menudo se conforman con salarios iniciales más bajos y experimentan aumentos salariales más lentos a lo largo de sus carreras. Implementar políticas de transparencia salarial puede ayudar a mitigar esta disparidad, permitiendo a las mujeres comparar sus salarios con los de sus compañeros masculinos y abogar por una compensación equitativa. Un informe del portal de empleo Glassdoor de 2019 muestra que las empresas con políticas de transparencia salarial pueden reducir la brecha salarial de género en un 7%⁶⁵.

En este contexto, la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, sobre igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de medidas de transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento (pendiente de transposición al Derecho español), representa un avance muy significativo. Esta directiva introduce obligaciones de transparencia e información para las empresas, tanto públicas como privadas. Además, incorpora dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las personas trabajadoras con relación laboral –es decir, ya contratadas por la empresa– y a las personas solicitantes de empleo en lo que respecta a las obligaciones de las empresas en los procesos selectivos. En primer término, la norma subraya que los Estados miembros deben adoptar aquellas medidas que sean necesarias para garantizar que los/as empleadores/as cuenten con estructuras retributivas que velen por la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, asegurando que facilitan herramientas o metodologías analíticas de fácil acceso para proporcionar ayuda y orientación a la hora de evaluar y comparar el valor del trabajo (art. 4.2).

Centrándonos en las obligaciones que se imponen a las empresas, se presta atención a la transparencia retributiva, tanto durante la relación

⁶⁵ Al respecto, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, [Commission staff working document: Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value'](#), 5 marzo 2020, p. 34 ss.

laboral como con carácter previo al empleo. De esta manera, entre otras cosas, la directiva establece que las personas solicitantes de empleo tendrán derecho a recibir de la parte empleadora potencial información sobre lo siguiente (art. 5.1): a) la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran; b) en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por la parte empleadora con respecto al puesto. Mientras dure el proceso selectivo, la parte empleadora no podrá hacer a las personas solicitantes preguntas acerca de su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o previas (art. 5.2).

Igualmente, la directiva hace hincapié en las obligaciones de transparencia y derechos de información de las personas trabajadoras durante la relación laboral, estableciendo, entre otros, el deber de poner a disposición de la plantilla los criterios que se utilizan para determinar la retribución del personal, los niveles retributivos (salario bruto anual y salario bruto por hora) y la progresión retributiva (art. 6.1). Por otro lado, las personas empleadas en la empresa tendrán derecho a solicitar, por medio de sus representantes, su nivel retributivo individual y los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de personas trabajadoras que tengan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al que desempeñan (art. 7.1).

También establece la directiva la posibilidad de que la brecha retributiva se divulgue en el sitio web de la empresa o a través de cualquier otro medio de difusión (art. 9.7), convirtiendo así dicha información en un dato de acceso público. En los primeros apartados del citado art. 9, se incluye además la previsión de que las empresas de más de 100 personas trabajadoras (o las de plantilla inferior, si así se fija conforme al Derecho nacional) tendrán que disponer de los indicadores sobre la brecha retributiva previstos al efecto, obligación que el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, satisface por encima del estándar fijado en esta Directiva⁶⁶.

⁶⁶ En nuestro país, en los últimos años, han sido aprobadas varias normas dedicadas a la igualdad y la igualdad salarial. De este modo, podemos mencionar los denominados Reales Decretos de igualdad, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que desarrollan asuntos contemplados en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trabajo y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En concreto, el citado Real Decreto 902/2020, a la luz de la estrategia europea, se inspira en dos principios: a) el principio de igualdad retributiva por un trabajo de igual valor y b) el de transparencia retributiva que pretende facilitar la identificación de las diferencias salariales mediante una serie de instrumentos de transparencia: un registro con información

La implementación efectiva de esta directiva podría ser un paso crucial para cerrar la brecha salarial de género en el sector tecnológico.

Además, los estereotipos de género y los sesgos implícitos también desempeñan un papel esencial en la perpetuación de la brecha salarial. Las mujeres en el ámbito de la tecnología a menudo son percibidas como menos competentes o comprometidas con sus carreras profesionales debido a expectativas culturales sobre su rol en la familia y el hogar. Estos sesgos pueden influir en las decisiones de contratación y promoción, así como en la evaluación del desempeño, desembocando en salarios más bajos para las mujeres. Las iniciativas de formación y sensibilización sobre sesgos de género pueden ayudar a las empresas a reconocer y abordar estas actitudes tan perjudiciales. El Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) estima que tales programas pueden reducir los sesgos y mejorar la equidad salarial⁶⁷ en un 10-15%.

Para combatir la brecha salarial en el sector de la tecnología, por tanto, consideramos que es esencial implementar una combinación de políticas⁶⁸ y prácticas que promuevan la igualdad de género. Esto incluye establecer sistemas de remuneración equitativos, fomentar la transparencia salarial, proporcionar oportunidades de mentoría y desarrollo profesional para mujeres, y crear un entorno de trabajo inclusivo y libre de sesgos. La Directiva (UE) 2023/970 puede servir como una base sólida para estas iniciativas, al exigir transparencia y responsabilidad a las empresas.

3. Para concluir: ¿cómo cerrar la brecha de género en el mercado laboral tecnológico?

Una vez expuesto todo lo anterior, podemos concluir que la corrección

desagregada por sexo, clasificación profesional y tipo de retribución; una auditoría de la empresa que abarque la evaluación de los puestos de trabajo; un plan para corregir las desigualdades; y un sistema de valoración de puestos de trabajo que contribuya a realizar una comparación real entre puestos de igual valor. No obstante, si bien dichas medidas colocan a España como uno de los países más involucrados con la igualdad salarial, la transposición de la Directiva (UE) 2023/970 obligará a realizar otros nuevos cambios, que esperamos tengan lugar de la mano de los agentes sociales.

⁶⁷ Sobre la equidad salarial, *vid.* el siguiente trabajo: P. ESPEJO MEGÍAS, [Criterios y sistemas de clasificación profesional: El papel de la negociación colectiva como garante de la equidad salarial de las personas trabajadoras](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6.

⁶⁸ Sobre las nuevas políticas para las nuevas relaciones laborales, *vid.* el trabajo de E. ROJO TORRECILLA, [Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6.

de la brecha de género en el mercado laboral tecnológico requiere un enfoque multifacético que aborde tanto las barreras estructurales como las culturales. En primer lugar, es fundamental promover una educación inclusiva que incite a las niñas y las mujeres jóvenes a interesarse por la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas (STEM). Esto conlleva no solo la eliminación de estereotipos de género en todo tipo de materiales educativos, sino también la implementación de programas de mentoría que contribuyan a conectar a las estudiantes con profesionales femeninas en el campo tecnológico, creando modelos a seguir accesibles y visibles.

Las políticas de contratación inclusiva deben ser una prioridad para las empresas tecnológicas. Estas políticas deben garantizar que los procesos de selección sean justos y libres de sesgos implícitos. La transparencia en las prácticas de contratación y la promoción de una cultura organizacional que valore la diversidad son esenciales. Las empresas deben ser proactivas en la identificación y el abordaje de cualquier forma de discriminación, implementando programas de formación en diversidad e inclusión para todas las personas trabajadoras.

En este contexto, la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, que promueve la igualdad de género y la transparencia salarial, juega un papel crucial en el sector tecnológico. Esta directiva establece obligaciones específicas para las empresas, incluidas las tecnológicas, como la realización de auditorías salariales y la publicación de información sobre la brecha salarial de género. Estas medidas, entre otras, son esenciales para identificar y corregir disparidades salariales y garantizar una compensación equitativa para todas las personas trabajadoras en el ámbito tecnológico, independientemente de su género. Al implementar estas obligaciones, se fomenta una mayor responsabilidad y transparencia dentro de las empresas tecnológicas, contribuyendo significativamente a la reducción de la brecha de género.

Asimismo, es esencial desarrollar programas de capacitación continua que no solo mejoren las habilidades técnicas de las mujeres, sino que también fortalezcan sus habilidades blandas, como el liderazgo y la negociación. Estos programas deben estar diseñados para facilitar el avance profesional de las mujeres en el sector tecnológico, asegurando que tengan las mismas oportunidades de promoción que los hombres. Desde una perspectiva legal, se puede fomentar la creación de incentivos para aquellas empresas que implementen y mantengan programas efectivos de desarrollo profesional para mujeres.

La creación de redes de apoyo y grupos de afinidad también desempeña un papel vital en el cierre de la brecha de género. Estos espacios permiten a las mujeres compartir ciertas experiencias, brindar mentoría y apoyo

mutuo, y construir una comunidad sólida dentro del sector tecnológico. Además, la implementación de políticas de conciliación laboral y personal, como el teletrabajo y la flexibilidad horaria, puede ayudar a retener a las mujeres en el campo tecnológico, permitiéndoles equilibrar mucho mejor sus diversas responsabilidades profesionales y personales. En este sentido, las nuevas normas que promueven la conciliación entre la vida laboral y familiar son clave para apoyar estos esfuerzos.

Finalmente, hay que insistir en que la promoción de la equidad salarial es indispensable. Las empresas tecnológicas deben garantizar que todas las mujeres reciban una compensación justa y equitativa por su trabajo. Esto incluye la implementación de auditorías salariales regulares para identificar y corregir cualquier disparidad salarial de género. Fomentar una mayor transparencia en las estructuras salariales y proporcionar formación sobre negociación salarial tanto a mujeres como a hombres puede contribuir significativamente a cerrar la brecha salarial. Legalmente, es fundamental que existan mecanismos de supervisión y sanción que aseguren el cumplimiento de las normativas de igualdad salarial, como lo establece la Directiva (UE) 2023/970.

En definitiva, cerrar la brecha de género en el mercado laboral tecnológico no es una tarea sencilla, pero estamos totalmente convencidos de que es posible a través de un compromiso colectivo y sostenido. Las empresas, las instituciones educativas y la sociedad en general deben trabajar juntos para crear un entorno mucho más justo donde las mujeres tengan las mismas oportunidades de participar y prosperar en el sector tecnológico. Solo así se podrá lograr una mayor equidad de género y aprovechar plenamente el talento y la creatividad de toda la población.

4. Bibliografía

- AMETIC (2016-2017), *Salarios y política laboral en el Hipersector TIC*
- ARANA I. (2022), *Faltan catedráticas en las carreras STEM*, en cincodias.elpais.com, 15 junio
- BOTELLA C., RUEDA S., LOPEZ-INESTA E., MARZAL P. (2019), *Gender diversity in STEM disciplines: A multiple factor problem*, en *Entropy*, n. 21
- CARDADOR M.T. (2017), *Promoted Up But Also Out? The Unintended Consequences of Increasing Women's Representation in Managerial Roles in Engineering*, en *Organization Science*, n. 28, pp. 597-617
- CLERKIN C. (2017), *What Women Want*, CCL Research & Innovation LAB and Watermark

- CONDE-RUIZ J.I., GANUZA J.J., GARCÍA M., VICTORIA C. (2024), [*La Demanda de Educación Superior ante el Cambio Tecnológico y la Inteligencia Artificial*](#), Estudio sobre la Economía Española Fedea, n. 9
- CRISTÓBAL RONCERO M.R. (2024), [*La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea*](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 73-97
- COHOON J.M., ASPRAY W. (2006), *Women and Information Technology: Research on Under-Representation*, MIT Press
- DE LA TORRE A. (2022), [*Siete de cada diez empresas no tienen ninguna mujer especializada en TIC*](#), en cincodias.elpais.com, 5 agosto
- DIGITALES (2024), [*Anatomía de la brecha de talento tecnológico*](#)
- EL REFERENTE (2024), [*Empresas Tech e Innovadoras: España 2024*](#), Informe nacional 2024
- ESPEJO MEGÍAS P. (2023), [*Criterios y sistemas de clasificación profesional: El papel de la negociación colectiva como garante de la equidad salarial de las personas trabajadoras*](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 186-215
- EUROPEAN COMMISSION (2020), [*Commission staff working document: Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value'*](#), 5 marzo
- EUROPEAN COMMISSION (2018), [*Women in the Digital Age – Executive summary*](#)
- FAUSTO-STERLING A. (1981), *Women and science*, en *Women's Studies International Quarterly*, vol. 4, n. 1, pp. 41-50
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2024), *Igualdad de trato integral para el empleo coordinadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Laborum
- FOUAD N.A., SINGH R. (2011), [*Stemming the tide: Why women leave engineering*](#), University of Wisconsin
- FUAM, FUNDACIÓN VASS (2023), [*Empleabilidad y Talento Digital 2023*](#)
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2023), [*La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2023*](#)
- GÓMEZ SALADO M.Á. (2021), *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi
- GÓMEZ SALADO M.Á., MARTÍNEZ MARTÍNEZ S.L., AVELLANEDA MENCHÓN J. (2020), [*El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad*](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 175-196
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2021), [*La regulación del trabajo de plataformas en línea:*](#)

- [puntos críticos más allá de la punta del iceberg](#), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 459, pp. 25-55
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ C., GARROSA E., BLANCO DONOSO L.M. (2024), *El Efecto de la tecnología en el ámbito laboral: consecuencias del tecnoestrés en la salud mental*, en *Ansiedad y Estrés*, n. 1, pp. 40-48
- GONZÁLEZ RAMOS A.M., VERGÉS BOSCH N., MARTÍNEZ GARCÍA J.S. (2017), [Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías](#), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 159, pp. 73-90
- GRUPO ÁTICO34 (s.f.), [La brecha de género en el mercado laboral](#)
- GUINDO MORALES S. (2021), *Libertad sindical. El sindicalismo ante las nuevas realidades productivas en el marco de la revolución tecnológica*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, M. ESPOSITO, S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares
- HUNT J. (2016), *Why do women leave science and engineering?*, en *ILR Review*, vol. 69, n. 1, pp. 199-226
- ICEX (2023), [Solo un 12 % de mujeres lideran empresas TIC en España](#), 13 octubre
- IGLESIAS FRAGA A. (2024), [La inteligencia artificial también la construyen hombres: así es la gran brecha de género del momento](#), en *El Español*, 8 marzo
- INFOJOBS (2024), [La brecha de género persiste en el sector TIC, pese a que 6 de cada 10 mujeres disponen de formación superior, frente al 40% de los hombres](#), 17 mayo
- INSST (2008), [NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial](#)
- INSTITUTO DE LA MUJER (2020), [Guía de buenas prácticas para la atracción y retención de talento y la promoción profesional con perspectiva de género: iniciativa “más mujeres, mejores empresas”](#)
- INSTITUTO DE LA MUJER (2008), [Mujeres y nuevas tecnologías de la información y la comunicación](#), Red2Red Consultores
- LAMOLLA L., GONZÁLEZ A.M. (2019), [Mujeres en el sector de las tecnologías: ¿cuántas de competencias?](#), en *Revista Española de Sociología*, n. 28, pp. 79-98
- LARRAÑAGA SARRIEGI M. (2002), [Reflexiones en torno al reparto del trabajo entre mujeres y hombres](#), en *Euskonews & Media 158.zbk*, n. 3., pp. 8-15
- LINKEDÍN (2024), [Empleos en auge 2024 de LinkedIn: estas son las 25 profesiones que más crecen en España](#), en [www.linkedin.com](#), 17 enero
- LINKEDÍN (2019), [Gender Insights Report: How women find jobs differently](#), Talent Solution
- LÓPEZ INSUA B.M. (2017), *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Laborum

- MATEOS SILLERO S., GÓMEZ HERNÁNDEZ C. (2019), [*Libro Blanco de las Mujeres en el Ámbito Tecnológico*](#), Secretaría de Estado para el Avance Digital, Secretaría General Técnica
- MCKINSEY (2010), [*Women at the Top of Corporations: Making it happen. Women Matter*](#)
- MELLA MÉNDEZ L. (2020), *Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género*, en *Trabajo y Derecho*, n. 66
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES (2024), [*Mujeres e Innovación*](#), Informe 2024
- MOLINA NAVARRETE C. (2020), [*Digitalización y empleo \(y emprendimiento\) femenino: ¿Reduce o reproduce las brechas de género, como el “techo de cristal”?*](#), en *Transforma e-Work*
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2021), *Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres*, en *La Ley Unión Europea*, n. 94
- MUÑOZ VITA A. (2024), [*La brecha de género en los empleos del futuro*](#), en *Objetivo Empleo*, por *LinkedIn Noticias*
- OBSERVATORIO DE LA INGENIERÍA (2022), [*El observatorio de la ingeniería de España presenta su primer estudio en el Congreso de los Diputados*](#)
- ONTSI (2022), [*Women in Digital: una perspectiva europea*](#)
- ONTSI (2024), [*Brecha digital de género 2023*](#)
- ONU MUJERES (2024), [*Hechos y cifras: empoderamiento*](#)
- ORTEGA LOZANO P.G. (2020), [*Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), n. 4, pp. 28-61
- PÉRAN QUESADA S. (2014), *Derecho social y género: el camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Aranzadi
- PÉREZ BALEÓN G.F. (2012), [*Designaldades de género en el inicio de la vida laboral estable*](#), en *Papeles de Población*, n. 72, pp. 213-246
- PÉREZ LÓPEZ J.I. (2023), [*Inteligencia artificial y contratación laboral*](#), *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 186-205
- PINES A., ARONSON E. (1988), *Career burnout: causes and cures*, Free Press
- REINKING A., MARTIN B. (2018), [*The gender gap in STEM fields: Theories, movements, and ideas to engage girls in STEM*](#), en *Journal of New Approaches in Educational Research*, vol. 7, n. 2, pp- 148-153
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2020), *El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa: principales obstáculos*, en B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (coord.), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para*

garantizar la igualdad de trato en el empleo, Aranzadi

- ROJO TORRECILLA E. (2023), [*Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo*](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 14-45
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Principales retos en materia de Seguridad y Salud ante la incidencia de las nuevas tecnologías y otros factores emergentes en la sociedad del trabajo*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, F. VILA TIERNO (dirs.), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2009), [*Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres*](#), en *Foro*, n. 9, pp. 33-60
- SHAPIRO C., SAX L. (2011), *Major selection and persistence for women in STEM*, en *New Directions for Institutional Research*, n. 152
- SHIROM A. (1989), *Burnout in work organizations*, en *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, pp. 25-48
- TYSON L. (2003), [*The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*](#), London Business School
- UGT (2022), [*Mujer & Tecnología Edición 2022*](#)
- UGT (2022), [*Resumen ejecutivo. Mujer & Tecnología*](#), Estudio UGT, n. 26
- UGT (2020), [*Mujer & Tecnología*](#)
- UPF-BSM (2021), [*El teletrabajo perjudica más a la salud de las mujeres, según un estudio de la UPF-BSM*](#), en *Newsletter UPF-BSM*
- VILA TIERNO F. (2019), *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum
- WEF (2023), [*Las mujeres están subrepresentadas en áreas tecnológicas. Ésta ONG quiere cambiar las cosas*](#), 31 octubre
- WITEC (2015), [*Women in Science, Engineering and Technology companies in Italy, Romania, Latvia, Spain and UK. Accelerating business growth by gender balance in decision-making*](#)
- YANATMA S. (2024), [*Diferencias salariales entre hombres y mujeres en Europa: ¿cómo se comparan los países para reducirlos?*](#), en *EuroNews*, 8 marzo
- YERBO (2022), [*The State of Burnout in Tech \(2022 Edition\): How burnout syndrome fuels turnover in tech companies*](#)

Las adicciones como causa de discriminación laboral por enfermedad: la complejidad sobre la obligación legal de los ajustes razonables*

Estefanía GONZÁLEZ COBALEDA**

RESUMEN: Es una realidad conocida sobre las idas y venidas manifestadas por la doctrina acerca de la enfermedad como causa de discriminación, siendo solventadas mediante la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cambiando de forma profunda el tratamiento de la salud en las relaciones laborales. En este sentido, las adicciones es un problema de salud reconocida como una enfermedad en el que el factor laboral puede aparecer como circunstancia que da lugar, bien en su debut, bien en su agravación, también como un factor de protección susceptible de recuperar la salud de quien la padece. En cualquier caso, se ha de tener presente que el ámbito laboral puede potenciar los estereotipos de las personas con adicciones, originando la discriminación como consecuencia directa del estigma social que viven y que a menudo conduce a la exclusión social y del mercado de trabajo que, sin embargo, ha sido objeto de escasa atención. Este trabajo pretende ofrecer un marco teórico-jurídico para resolver los problemas interpretativos relacionados con las adicciones ante una verdadera enfermedad en la que pueden incidir las condiciones de trabajo, por consiguiente, la obligación de su gestión integral desde la empresa. Todo ello, en aras a garantizar la tutela de los principios de dignidad personal e igualdad y no discriminación.

Palabras clave: Enfermedad, discriminación, ajustes razonables, adicción, personas trabajadoras, Ley 15/2022.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una aproximación a la estigmatización social de las adicciones y sus efectos en la relación laboral. 3. El avance sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación a partir de la Ley 15/2022: Una especial atención a la población con adicciones. 3.1. El trato desfavorable de determinados grupos sociales como elemento decisivo de discriminación. 3.2. Nuevos criterios sobre la enfermedad, la condición de salud y su particular proyección en las adicciones o en los hábitos de vida

* Este artículo está enmarcado en la actividad investigadora desarrollada dentro del Proyecto de Investigación perteneciente al Plan Propio de Investigación y Transferencia, titulado *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031).

** Profesora Permanente Laboral (acreditada como Profesora Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España).



poco saludables. 4. La necesidad de un cambio de paradigma: El tratamiento de las adicciones como enfermedad en los lugares de trabajo. 5. La implementación de los ajustes razonables para la protección de la población trabajadora con adicciones. 6. A modo de reflexión final. 7. Bibliografía.

Addictions as a Cause of Employment Discrimination Due to Illness: Complexity over the Legal Obligation of Reasonable Accommodation

ABSTRACT: It is a known reality that the comings and goings of the doctrine on illness as a cause of discrimination have been solved by Law 15/2022, of 12 July, on equal treatment and non-discrimination, which has profoundly changed the treatment of health in labour relations. In this sense, addiction is a health problem recognised as a disease, where working conditions can lead to its origin or aggravation, but also as a protective factor that can lead to the recovery of the sufferer's health. In any case, the workplace can become an environment in which stereotypes of people with addictions are reinforced, leading to discrimination as a direct consequence of the social stigma they experience and often leading to exclusion from the labour market, which, however, has received little attention. This paper aims to offer a theoretical-legal framework to solve the interpretative problems related to addictions as a real illness that can be affected by working conditions, and therefore, the obligation of its integral management by the company. All this, in order to guarantee the protection of the principles of personal dignity, equality and non-discrimination.

Key Words: Sickness, discrimination, reasonable accommodation, addiction, working people, Law 15/2022.

1. Introducción

La búsqueda para garantizar de forma efectiva la equidad entre los distintos grupos en una sociedad determinada ha merecido la atención durante muchos años, originando un profuso estudio doctrinal y jurisprudencial acerca de la discriminación y que han enriquecido su entendimiento como categoría teórica y jurídica aportando una visión desde perspectivas muy diversas.

En este contexto, como analizaremos en este trabajo de investigación, debemos de tener presente que se ha cambiado el significado del término de discriminación desenvolviéndose más complejo, no solo en base a la prohibición, sino al respeto y al reconocimiento de la existencia de diferencias¹, también por su vinculación con el principio de igualdad.

Precisamente, al analizar la prohibición de discriminación se requiere especificar cómo se conjugan en esta última el perjuicio individual de la persona víctima y el perjuicio social del grupo con el que de algún modo se le relaciona². En cualquiera de los casos, si la discriminación se presenta en las relaciones laborales las personas afectadas sufren duros agravios que se pueden traducir en imposibilidad de acceso al empleo, salarios más bajos, horarios abusivos, ataques personales, menores opciones de promoción profesional o vejaciones y exclusiones en el ámbito de trabajo³, entre otras. Sobre esta premisa conviene señalar que, diferentes perspectivas coinciden en que las adicciones (a sustancias y/o conductuales) y la discriminación en el trabajo pueden estar estrechamente interrelacionadas, pues en torno a esta enfermedad a nivel social se ha construido de forma consolidada la imagen de que ha de ser una «conducta socialmente reprobable»⁴, siendo un buen ejemplo de ello la previsión del art. 54.2 f) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la causa ligada a los mismos para el despido disciplinario, suprimiendo el entendimiento de tales conductas adictivas desde una óptica de enfermedad, aunque sea así

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 26.

² A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *El problema de la discriminación inversa: ¿es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 188.

³ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Colectivos especialmente discriminados: Los supuestos de pluridiscriminación en el empleo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64, p. 236.

⁴ M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Empresa sostenible y saludable y la gestión preventiva de las adicciones en los entornos de trabajo: una necesaria transición desde los enfoques reactivos a los proactivos*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 5, p. 62.

reconocida desde hace décadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), o bien, de los hábitos de vida poco saludables como una afectación negativa al estado de salud.

En efecto, nos encontramos en el espacio propio del ámbito «socio-sanitario», tratándose de categorías vinculadas con el trastorno de salud mental, es decir, con afectaciones tanto biológicas como psicológicas y sociales, estando ante una verdadera enfermedad ligada a la ausencia de salud. A la vista de ello, la OMS dispone que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁵, por lo tanto, cuando hablamos de las adicciones y/o hábitos de vida poco saludables, se ha de tener presente que también es un aspecto fundamental en la capacidad y la productividad laboral, pasando a ser un proceso que se va materializando como enfermedad de manera lenta y progresiva. Igualmente, se ha de tener presente que el medio laboral puede conformarse como un entorno en el cual se potencian los estereotipos y prejuicios de las personas con problemas de adicciones o consumos problemáticos, originando la discriminación como consecuencia directa del estigma social que viven. De hecho, con carácter general, pueden ser consideradas socialmente como peligrosas, con dificultad de relacionarse e incapacidad para manejar su vida, todo ello, unido a un sentimiento de miedo, rechazo, desconfianza, pero también de compasión que pueden llevar a la predisposición a disminuir los contactos sociales con estas personas, también de su inclusión en el mundo del trabajo.

A este respecto, los cambios significativos que estamos viviendo en los últimos años (COVID-19, conflictos bélicos, la tecnología y digitalización, el cambio climático, etc.) han introducido profundas transformaciones en la salud de las personas, así como en el modo en el que se presta el trabajo y en las mismas organizaciones empresariales, ocasionando un rediseño del mundo laboral que se suman a desafíos de futuro -mediato e inmediato- como es la necesidad de gestionar la creciente diversidad de las personas que emplean en sus plantillas, entre otras particularidades. Todos estos factores no son neutrales, más bien al contrario, respecto a la salud de la población trabajadora, aumentando exponencialmente los problemas de salud mental como enfermedades o trastornos mentales y que poco a poco están siendo motivo de creciente preocupación a escala internacional y de la UE, también en el ámbito nacional. Sin embargo, una de las cuestiones

⁵ [Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946. Enmiendas a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptadas en la XII Asamblea, en Ginebra, el 28 de mayo de 1959.](#)

más olvidadas, entre las diversas consecuencias que sufren las personas afectadas por problemas de salud, son las vinculadas con las adicciones, así como los estereotipos negativos y prejuicios, además de la discriminación y la desigualdad que sufren en los lugares de trabajo. Es preciso concretar que en este artículo de investigación se empleará “adicciones” en su conceptualización genérica del término con la finalidad simplificar un fenómeno clínicamente complejo y multidimensional en el que cabe la enfermedad o un perjuicio a la condición de salud⁶, como analizaremos.

En relación con lo anterior, como podremos comprobar, el entorno laboral ejerce una importante influencia sobre esta cuestión, conformándose un reto que ha de ser tratado desde diferentes perspectivas y con la finalidad de encontrar un equilibrio entre las nuevas tendencias organizativas de las empresas y desde el derecho a la salud de la persona trabajadora y, por tanto, de algún modo, con los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la integridad física y moral, así como a la dignidad de las mismas.

Al respecto, algunos estudios disponibles acerca de las adicciones de la población trabajadora, aunque sean muy escasos y dispersos, inciden en la misma dirección, pues, aunque dichas adicciones son siempre expresión de una multiplicidad de factores personales, sociales, laborales y/o ambientales, el estigma social asociado a ellas a menudo conduce a la exclusión y la discriminación de las mismas, creando una carga más para la persona afectada. Esto conlleva a la necesidad de superar los esquemas más clásicos sobre la prohibición de discriminación, dando cabida a un sistema integral, prioritaria y transversal, donde la conducta discriminatoria emplaza a grupos estigmatizados socialmente en una situación sistemática de inferioridad, siendo el caso de las personas con afectaciones sobre su salud por adicciones (conductuales y/o de sustancias). De hecho, se ha puesto de relieve mediante la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022) nuevas modulaciones de factores de discriminación en los lugares de trabajo, teniendo cabida la prohibición de discriminación por razón de enfermedad o condición de salud y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, siendo ya una realidad acreditada en las relaciones laborales.

En definitiva, se trataría de llamar la atención sobre un ámbito crítico del modo en el que las adicciones constituyen un problema de salud como

⁶ Esta afirmación se recoge en el [Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales \(DSM5\)](#). Dicho Manual se utiliza por médicos e investigadores internacionales en todas las áreas de la salud mental para diagnosticar y clasificar enfermedades mentales. En el mismo sentido, nos encontramos con la [Clasificación Internacional de Enfermedades en su 11ª Revisión \(CIE-11\)](#) que emplea la OMS.

es la enfermedad y la importancia de la intervención en el lugar de trabajo a consecuencia de la estigmas y prejuicios sociales de esta población, para someterlo a revisión desde una perspectiva del principio de igualdad y a la prohibición de la discriminación. Todo ello, a partir de las novedades legislativas y jurisprudenciales, superando una óptica de intervención desde la perspectiva clásica represivo-sancionadora en el ámbito laboral.

2. Una aproximación a la estigmatización social de las adicciones y sus efectos en la relación laboral

Las adicciones en términos amplios y los hábitos de vida poco saludables vinculados con los consumos problemáticos de sustancias y/o conductas, representan un grave y complejo panorama social y personal confirmado en la realidad, incluso con relevante prevalencia en los ambientes laborales. En todo caso, hay que ser consciente que, respecto de esta cuestión de salud, se produce la interacción de una diversidad de elementos en sus causas y en su proceso de desarrollo que son extremadamente heterogéneos y cambiantes, si bien, la doctrina científica sostiene que las conductas adictivas o hábitos pocos saludables constituyen un trastorno de salud. En este sentido, consideramos necesario realizar una superflua distinción entre los diferentes conceptos relacionados con la materia como son los «hábitos de vida poco saludables», «consumos problemáticos» y «adicciones» en virtud de las distinciones realizadas por las organizaciones internacionales con competencias y solvencia plena sobre esta cuestión [Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización Internacional del Trabajo (OIT)].

En lo relativo a la «adicción» se conforman como una enfermedad física y psicoemocional que implica limitaciones psicofísicas para una vida relacional en plenitud, con un fuerte sentimiento de compulsión para realizar la conducta y limitada capacidad para controlarla, en los que se involucran factores biológicos, genéticos, psicológicos y sociales, alterando el ánimo cuando se limita o prohíbe la conducta. Por consiguiente, se trata de un trastorno y/o síndrome de abstinencia y una relación conflictual con sus entornos por persistir en una conducta perjudicial. De hecho, cualquier adicción es una enfermedad, donde la aparición de riesgo de adicción a una sustancia y/o conducta no es el uso o consumo, sino el tipo o patrón de consumo según la OMS. La adicción se convierte en un elemento nocivo causando considerables efectos negativos no sólo para la propia persona, sino para quienes le rodean, para el ámbito laboral y para la sociedad en

general⁷.

Por otro lado, se encuentran los «consumos y/o usos problemáticos» o «hábitos de vida poco saludables» a corregir por ser inconciliable claramente con la salud de la persona, no obstante, es importante resaltar que existen «consumos o usos responsables» siendo compatibles con la salud. De modo que, entenderemos que los hábitos de vida poco saludables representan consumos problemáticos y conductas que afectan a la salud, pudiendo llegar al estadio de desarrollo que generen una situación adictiva (enfermedad). En este sentido, según determina la OMS, estas adicciones o hábitos de vida poco saludables (consumos y/o usos problemáticos) pueden ser conductuales y/o a sustancias, por lo que, cuando hablamos de «droga o sustancia» hacemos referencia a toda sustancia que, introducida en el organismo, produce una alteración de algún modo del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo, pudiendo ser en el pensamiento y/o conducta. Por lo tanto, podemos relacionarlo con drogas «legales» como son el alcohol, tabaco y fármacos, así como con las «ilegales», es decir, sustancias psicotrópicas. Asimismo, cuando nos referimos a adicciones o consumos problemáticos «conductuales y/o sin sustancia» es toda conducta compulsiva y repetitiva que no puede ser reprimida, es decir, crea dependencia, aunque sea perjudicial para la persona que la presenta y para su entorno tanto familiar y social como laboral directo, además de alterar gravemente dichas relaciones. De manera que, su relevancia versa sobre la dependencia e incapacidad de una persona de controlar dicha acción a pesar de intentarlo, además de mantenerlo pese a su nocividad⁸. Algunas adicciones psicosociales de naturaleza conductuales o sin sustancia pueden ser la ludopatía, abuso de las nuevas tecnologías digitales y/o redes sociales, la adicción al trabajo, exceso de consumo de comida calórica, adicción a las compras u oniomanía, entre otras⁹.

Para evaluar cuál es el verdadero impacto analizaremos la conocida

⁷ R. POQUET CATALÁ, *¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?*, en *esta Revista*, 2017, n. 2, p. 193.

⁸ La *Ley 1/2016, de atención integral de Adicciones y Drogodependencias*, en su art. 7. b) define al trastorno adictivo como «toda conducta excesiva que, sin consumo de sustancias, se caracteriza por la tendencia irreprimible y continuada a su repetición, pese a ser perjudicial para la persona que la presenta y para su entorno (familiar, social y laboral) directo, por la incapacidad de controlarla a pesar de intentarlo y por su mantenimiento pese a su nocividad».

⁹ Para un mayor estudio sobre el tema *Vid.* C. MOLINA NAVARRETE ET AL., *Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas*, UGT-CEC, 2016. Asimismo, C. MOLINA NAVARRETE, M.A. VALLECILLO GÁMEZ, *Adicciones conductuales (“sin sustancia”) “en” el trabajo y “al” trabajo: Magnitud del problema social y políticas de gestión preventiva en la empresa*, UGT-CEC, 2018.

Encuestas sobre Alcohol y Otras Drogas en España (EDADES) lo que permite observar la evolución de las prevalencias de consumo de drogas, legales e ilegales, los perfiles de los consumidores, la percepción de riesgo que tiene la población ante determinadas conductas de consumo, etc. Esta encuesta constituye un instrumento de investigación validado y consolidado, donde en su última edición del año 2023¹⁰ evidencia que el problema del consumo de drogas sigue siendo muy real. Confirma que las drogas consumidas por un mayor porcentaje de personas son las legales [alcohol (64,5%), tabaco (37,2%)], continuando con la prevalencia de aquellas sustancias como son los hipnosedantes –con o sin receta– (9,7%), seguida por el cannabis (8,6%) y de los analgésicos opioides –con o sin receta– (4%). De manera más lejana nos encontramos con el consumo de cocaína (1,4%), éxtasis (0,2%) y anfetaminas (0,2%).

En cuanto al sexo constituyen variables sociodemográficas muy relevantes en el patrón de consumo y en la prevalencia de unos consumos respecto de otros. Al respecto, el alcohol, tabaco o el cannabis el porcentaje de hombres que lo consume duplica ampliamente al de mujeres (cannabis: 12% hombres frente a 5,2% mujeres) y en el caso de la cocaína esta diferencia por sexo incluso llega a triplicarse (2% hombres y 0,6% mujeres). En el caso de los hipnosedantes y los analgésicos opioides son las únicas sustancias cuyo consumo está más extendido entre las mujeres (el 12,1% frente a 7,3% de hombres para hipnosedantes y 4,8% frente a 3,1% de hombres para analgésicos opioides), por lo que estas diferencias podrían estar relacionadas con los aspectos culturales y el rol de género que tienen las mujeres en la sociedad (entorno familiar, cuidados de personas, precariedad laboral, brecha de género, etc.) en búsqueda de cambiar el estado de ánimo para ser capaces de afrontar largas y pesadas jornadas de trabajo, también, para sobrellevar problemas familiares, entre otros aspectos¹¹.

Avanzando sobre la asociación de las tasas de tales consumos problemáticos con variables socio-laborales, se desvela que se dan mayores índices de prevalencias si se está en presencia de personas trabajadoras que desarrollan su actividad en: (1) empleos con factores elevados de riesgo psicosocial, (2) situaciones de control difuso (conductores de larga distancia, vendedores itinerantes, “personas trabajadoras nómadas”, etc.), (3) en condiciones extremas (factores ambientales penosos, peligrosos,

¹⁰ Para un estudio en profundidad acerca de la Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España véase VV.AA., *Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España (EDADES), 1995-2022*. Ministerio de Sanidad, 2022.

¹¹ VV.AA., *Estrategia Nacional sobre Adicciones. 2017-2024*, Ministerio de Sanidad.

tóxicos, etc.) y (4) con jornadas muy prolongadas, trabajos a turnos, más nocturnos, etc.¹² De este modo se presenta mediante datos estadísticos una correlación entre la salud pública y la salud laboral, como se abordará en el siguiente epígrafe.

Por otro lado, la posibilidad de realizar ciertas actividades online favorece muchos comportamientos potencialmente adictivos como pueden ser las conductuales, incluido el trastorno de juego. Así, en 2022, el 1,7% de la población mostraría un posible juego problemático, un 3,5% de la población realizó un posible uso compulsivo de internet. De hecho, el 80,7% de las admisiones a tratamiento por trastornos comportamentales y sin sustancia han sido por trastorno por juego, frente al 10,2% por uso problemático de internet, móviles o dispositivos electrónicos, redes sociales o videojuegos¹³ a pesar de que el porcentaje de la población afectada por este último trastorno es mayor. En relación a lo anterior, nos podríamos cuestionar si existe una mayor aceptación social a este trastorno, o bien, un mayor desconocimiento sobre los problemas uso compulsivo de internet, redes sociales, etc., al estar normalizado y disminuyendo así la percepción del riesgo.

En cualquier caso, como hemos expresado anteriormente, uno de los problemas a los que se enfrentan las personas con adicciones es la estigmatización social, pues la sociedad no percibe la adicción como una enfermedad. De hecho, las relaciones laborales es un escenario más, entre otros, en el que se proyecta la discriminación por problemas de salud derivados de las adicciones o hábitos de vida poco saludables. En efecto, a pesar de que la salud es una dimensión vital de las personas, considerándose una pieza clave para el ejercicio pleno de la ciudadanía, cuando la misma se deteriora por dicha causa su abordaje ha estado lastrado por la negativa carga simbólica, siendo objeto de estereotipos y prejuicios sociales que llevan a la estigmatización de quienes sufren¹⁴ con independencia de su gravedad. Esto es, cuando nos referimos a adicciones se constata una fuente de estereotipos negativos derivada, principalmente, por el desconocimiento de los factores desencadenantes de estos trastornos adictivos.

Las personas con adicciones deben de afrontar una doble dificultad: de un lado, la situación perjudicial en sí que sufren sobre su propia salud, de otro lado, las desigualdades y discriminaciones que reciben por padecerla mediante el estigma social. A este respecto, los estereotipos que se le

¹² M. GARCÍA JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 64.

¹³ Actualmente, el uso generalizado y compulsivo de internet aún no ha sido reconocido por los sistemas de clasificación de diagnósticos como un trastorno.

¹⁴ VV.AA., *El sistema sanitario: situación actual y perspectivas para el futuro*, Consejo Económico y Social, 2024, p. 137.

atribuyen a las personas con dichas adicciones acarrear ciertas consecuencias a diferentes niveles antes de iniciar un tratamiento, también durante su realización y después del mismo. A título de ejemplo, se consideran personas con una elevada agresividad, mentirosas y delincuentes, entre otros perjuicios, llevando al rechazo social.

En efecto, la estigmatización social que sufren tiene implicaciones negativas sobre todas las dimensiones de la vida en general, supone mayores dificultades para la participación e inclusión social, pues las personas o grupos de una sociedad privan a estas de sus derechos, aportando un trato de inferioridad que cercenan en la dignidad de las personas. De hecho, los lugares de trabajo no están exentos de dichos estigmas sociales o de ideas preconcebidas negativas sobre las personas con problemas de adicciones o consumos problemáticos conductuales o de sustancias. Con carácter general, la sociedad pone en tela de juicio su fiabilidad y profesionalidad, perjudicando sus proyectos laborales tanto en el acceso, como para mantener un empleo, así como en unas condiciones de trabajo decentes de las personas que lo sufren.

Diversos estudios han mostrado que las personas que tienen problemas de salud mental suelen ser más juzgadas por la sociedad que respecto a otros padecimientos de salud. Es más, según la encuesta del Eurobarómetro sobre salud mental¹⁵, aproximadamente un 80% de las personas encuestadas consideran que la población con problemas de salud mental se percibe como menos sociables, así como menos capaces y contribuyen menos a la sociedad; reciben menos oportunidades en el trabajo, en la búsqueda de vivienda, en actividades sociales, etc. Precisamente, a pesar de que se considera que la promoción de la salud mental es tan importante como la promoción de la salud física, sin embargo, la realidad es bien distinta, pues las personas con problemas de salud mental no reciben el mismo nivel de atención que aquellas con una patología sobre la condición física, conformándose como una realidad aún más compleja para la población con adicciones.

Avanzando sobre esta cuestión, debemos de tener presente que las personas con adicciones sufren estereotipos negativos por parte de la sociedad, incidiendo de una manera especial mediante la discriminación y la vulneración de sus derechos, creando barreras significativas para el tratamiento y la recuperación de su salud, siendo atribuido erróneamente a elecciones personales, a decisiones caprichosas o a actitudes irresponsables a pesar de que son problemas médicos crónicos y tratables, esto es, una

¹⁵ Para un estudio en profundidad acerca del enfoque global de la UE en materia de salud mental véase *Salud Mental*, Salud pública, Comisión Europea.

enfermedad. Consecuentemente, cabe plantear que las personas con adicciones o hábitos poco saludables es un grupo especialmente vulnerable en las relaciones laborales (art. 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo), por lo que nos planteamos si, en aras al cumplimiento de los principios de dignidad personal e igualdad y no discriminación, se ha de analizar la virtualidad de concebir las adicciones como un elemento discriminatorio.

3. El avance sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación a partir de la Ley 15/2022: Una especial atención a la población con adicciones

3.1. El trato desfavorable de determinados grupos sociales como elemento decisivo de discriminación

En un contexto general, como se ha avanzado en el apartado anterior, podemos mencionar que la prohibición de discriminación se encuentra estrechamente vinculada al principio de igualdad, sin embargo, es importante articular adecuadamente la diferenciación entre ambos, pues dicha autonomía tiene consecuencias jurídicas relevantes, especialmente en el ámbito laboral.

Precisamente, por un lado, el principio de igualdad debe ponderarse con otros derechos buscando una relación de proporcionalidad, lo que prohíbe cualquier diferencia de trato entre supuestos iguales que no sea objetiva, razonable y proporcionada¹⁶. Por el contrario, la prohibición de discriminación es un mandato taxativo establecido en la Constitución Española (CE) en términos concretos «sin que pueda prevalecer discriminación alguna»¹⁷, consecuentemente, desde esta óptica, no exige necesariamente la comparación con una situación equivalente.

En efecto, cuando nos referimos a la prohibición de discriminación el contraste se traslada en gran medida al ámbito colectivo, pues se considera que existen determinados grupos de personas que se encuentran sometidas a una posición sistemática o estructural de desigualdad y que implica un deterioro de su estatuto jurídico, económico, político, social y/o laboral, solo por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de

¹⁶ D. ÁLVAREZ ALONSO y A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, n. 132, p. 1008.

¹⁷ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 235.

personas. De tal forma que, atendiendo a ambos términos, se podría utilizar sobre la no discriminación una «perspectiva individualista» y/o una «perspectiva social» en función de determinadas condiciones personales y/o sociales para su estudio¹⁸. Por lo tanto, este tratamiento implica, por un lado, la garantía de un tratamiento igual de todas las personas ciudadanas de aplicación de la ley y el contenido de la ley, de otro, su aplicación ante determinadas desigualdades sistemáticas o estructurales en base a grupos de personas firmemente arraigadas en la sociedad¹⁹.

A este respecto, el principio de igualdad y a la no discriminación se ha convertido en un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional. Así, el art. 14 CE, como es sabido, concibe la prohibición de discriminación como un derecho constitucional reconocido al máximo nivel que goza de los mecanismos de garantía propios de los derechos fundamentales básicos (art. 53.2 CE) y al que están sometidos tanto los poderes públicos como los particulares (art. 9.1 CE). Por consiguiente, este derecho conecta asimismo con el mandato de promoción de la igualdad sustancial entre las personas y grupos (art. 9.2 CE). En este sentido, nos podríamos cuestionar si el principio de igualdad y a la no discriminación podría aplicarse a las personas con problemas de salud mental, también, en el ámbito laboral. Ciertamente, se dispone en el art. 14 CE que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», de modo que, su formulación es abierta, siendo un listado de causas no taxativo y manteniendo la pauta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los convenios multilaterales en esta materia²⁰ a los que se remite expresamente (art. 10.2 CE).

En esta línea, como sucede en la mayoría de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la CE no contiene referencia alguna a la discriminación por razón de problemas de salud por adicciones, pero dicha ausencia queda paliada por el Tribunal Constitucional, pues entendemos que esta circunstancia queda incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» ex art. 14 CE, ampliándose los colectivos vulnerables protegidos. Esta protección deriva de una toma de conciencia respecto a sistemas de opresión históricamente arraigados, o bien, grupos o colectivos que pueden

¹⁸ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, p. 189.

¹⁹ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 235.

²⁰ Se ha de tener presente la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#), el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#), el [Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales](#), el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), entre otros.

aparecer de manera sobrevenida en relación con cambios económicos, políticos, tecnológicos, culturales o sociales²¹. De manera que, permite que el ordenamiento se adapte mejor a la aparición de nuevas causas de discriminación, incorporando aquellas desigualdades segregadoras basadas en el perjuicio contra un grupo o colectividad y, por consiguiente, la lesión de su dignidad (art. 10.1 CE)²².

A este respecto, cuando se pone el foco en el aspecto de la universalidad de los derechos humanos afloran los grupos vulnerables, esto es, colectivos de personas con dificultades específicas derivadas de sus características grupales y de las realidades sociales²³, por lo tanto, siendo primordial conseguir «la ausencia de sesgos discriminatorios y la superación de denostados estereotipos que cercenan la dignidad de los seres humanos»²⁴.

La discriminación debe de entenderse no estrictamente desde un punto de vista individual, sino social, es decir, desde la dignidad de las personas con una estimación social, pues determinados colectivos de personas o grupos son considerados no solo como diferentes, incluso «inferiores» pudiendo llegar hasta la exclusión social, por lo que esta estimación pasa a ser desfavorable y lesivo a la dignidad humana (STC 36/2011, de 28 de marzo), siendo la diferenciación entre el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación²⁵.

La propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 alude a este carácter estigmatizador o excluyente de las causas de discriminación, al señalar que «los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos». Precisamente, las creencias estereotipadas sociales negativas que existen sobre las personas con adicciones pueden conducir a un contexto de mayor vulnerabilidad, que afecta de manera transversal en la vida de las personas que lo sufren, con un impacto negativo que puede limitar el desarrollo pleno en sociedad en general y laboral en particular. Esto es, situándolas fuera del

²¹ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, pp. 193-194.

²² D. ÁLVAREZ ALONSO y A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, p. 1013.

²³ C. GRAU PINEDA, [La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación](#), en *Femeris*, 2023, n. 2, p. 38.

²⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 4, p. 32.

²⁵ D. ÁLVAREZ ALONSO y A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*, p. 1013.

mercado de trabajo, teniendo mayores dificultades para seguir formándose y progresando profesionalmente, también, mediante el reconocimiento de derechos de suspensión o permisos laborales. Se consideran que son personas violentas y agresivas que no pueden trabajar, ya que las adicciones no son entendidas como una enfermedad a pesar de que viene definido y catalogado como tales por la CIE-11, sino que se tiende al reproche social, existiendo una orientación clara a culpabilizar quien las sufren²⁶, entre otros perjuicios. Destacable es la propuesta de reducción del estigma de las personas con adicciones marcada en la Estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2021-2025, concretamente, en su acción 6.4., pues la estigmatización y exclusión social es donde se situaría el rasgo caracterizador de este colectivo. Todo ello, conlleva una vulneración de la dignidad de estas personas, pasando a conformarse como un grupo social con elevados niveles de discriminación, no solo en la sociedad en general, también en el trabajo en particular.

3.2. Nuevos criterios sobre la enfermedad, la condición de salud y su particular proyección en las adicciones o en los hábitos de vida poco saludables

Las nuevas realidades sociales como consecuencia de la propia evolución y transformación de la sociedad han tenido cabida en los últimos desarrollos normativos con la finalidad de darles mayor coherencia material, mayor sistematicidad técnica y mayor visibilidad social ampliando las causas «clásicas» de discriminación²⁷. En adición a lo anterior, continuando con el carácter abierto y evolutivo del art. 14 CE que hacíamos mención supra, las últimas legislaciones pretenden enfatizar categorías de discriminación confirmando otros grupos de personas vulnerables con un trato desigual y discriminatorio, siendo relevante para ello la Ley 15/2022. Es más, lamentablemente, el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, especialmente, en el ámbito laboral, es uno de los objetivos que, a juicio de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), sigue sin cumplirse²⁸.

²⁶ J.L. GOÑI SEIN, *Embriaguez del trabajador*, en A.P. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 832.

²⁷ C. GRAU PINEDA, cit., p. 38.

²⁸ OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, Informe

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2022 se ha planteado la necesidad de abordar la igualdad de trato y a la prohibición de la discriminación, no obstante, «no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 CE incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto», siendo fundamental garantizar el cumplimiento de las normas que la regulan.

En el caso de la discriminación por razón de adicciones o consumos problemáticos, como antes se advirtió, no están reconocidos como causas de discriminación de forma expresa a pesar de que intervienen una multitud de factores relevantes que la hacen única, donde los estudios e informes evidencian que el entorno laboral sigue siendo un ámbito adverso para población de personas afectadas, resultando especialmente preocupante la dificultad en el acceso al empleo para este colectivo o el mantenimiento del mismo, con grandes desventajas en las condiciones de trabajo (precariedad laboral), además de su mayor exposición a situaciones de violencia, acoso, discriminación y/o la exclusión, estigmatización y prejuicios, marcando negativamente la vida social de la persona.

En este contexto, la Ley 15/2022, tomando como referencia el artículo 14 CE, opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación, constatándose como una ley de garantías, homogenizando y unificando la tutela antidiscriminatoria a la luz del art. 9.2 CE y que obliga a los poderes públicos a promover la igualdad efectiva y remover los obstáculos que la impiden. Es más, se trata de una ley integral respecto de los motivos de discriminación, ampliando los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación hasta ahora existentes. Así, ésta se aplica al empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, a la empresa, ya sea privada o pública²⁹.

Por otro lado, lo que respecta al ámbito subjetivo, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 enumera una serie de causas que podemos considerar como más tradicionales al encontrarse previstas en la normativa comunitaria e incluso en otras leyes orgánicas u ordinarias (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual). Ahora bien, incorpora expresamente otras causas de discriminación más modernas entre las que se encuentra la enfermedad o condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, por lo tanto, la norma ofrece ahora una mayor seguridad clarificadora³⁰, aunque

I (B), 2011.

²⁹ I. BALLESTER PASTOR, *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64, p. 65.

³⁰ F. LOUSADA AROCHENA, [La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y](#)

sin definir las en ningún momento³¹. Ello obliga a un ejercicio interpretativo, por ejemplo, acudiendo a otras normas y a la jurisprudencia.

En concreto, podemos entender la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación a partir de la Ley 15/2022³², si bien, sin una mayor delimitación terminológica para una interpretación jurídica en el ámbito de las relaciones laborales. Todo ello, supone el mantenimiento de un tema conflictivo, encontrando pronunciamientos en diferentes sentidos cuando se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional³³. Justamente, pese a reconocer que el despido basado en la pretendida incapacidad de la persona trabajadora por razón de su enfermedad o de su estado de salud, no constituye en sí misma una decisión discriminatoria, sin embargo, en situaciones concretas, esta razón puede llegar a conformar un elemento de discriminación semejante a los recogidos en el art. 14 CE³⁴. Esto es, siempre y cuando la enfermedad sea núcleo central que lleva a segregación o estigmatización de la persona que la padece por tales circunstancias concurrentes³⁵, pudiendo ser el caso de las personas con adicciones. De manera que, este elemento segregador es el que deberá ser evaluado ante la existencia de un despido fundamentado en las adicciones, si bien, no es esta la línea que vienen siguiendo los tribunales³⁶.

la no discriminación: incidencia en el derecho del Trabajo, en elderecho.com, 29 diciembre 2022.

³¹ M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 239.

³² La Ley 15/2022 reconoce la enfermedad como causa de discriminación en los mismos términos que lo dispone el art. 6 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública acerca del derecho a la igualdad, donde las actuaciones de salud pública no pueden producirse discriminación por razón de enfermedad.

³³ R. POQUET CATALA, *op. cit.*, p. 197.

³⁴ La STC 62/2008, de 26 de mayo consolida la doctrina jurisprudencial cuando la discriminación en relación a enfermedades sea a consecuencia de enfermedades socialmente estigmatizadas: «no cabe duda de que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 de la CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo [...] así ocurrirá singularmente, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

³⁵ L. GORDO GONZÁLEZ, *Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo*, en *Labos*, 2023, n. 4.

³⁶ A. DOMÍNGUEZ MORALES, *Adicciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral?*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 323.

Por el contrario, respecto a la inclusión de la condición de salud como posible elemento de discriminación supone una novedad introducida por la Ley 15/2022. Si bien es cierto que, al igual que sucede con el concepto de enfermedad, es importante advertir que la norma no añade ninguna definición al concepto de condición de salud, por consiguiente, se desconoce qué ha de entenderse por discriminación por razón de condición de salud. Ahora bien, podemos entender que la inclusión del término condición de salud junto al de enfermedad supone un reconocimiento de afectaciones a la salud de una persona, pero sin que dicha situación en principio incapaciten para desarrollar el trabajo, tratándose de determinadas patologías, dolencias, lesiones, etc. como pueden ser los hábitos de vida poco saludables, la obesidad, la hipertensión, la diabetes, entre otras afectaciones a la salud. No obstante, para que la condición de salud sea un elemento de discriminación podríamos considerar que, al igual que la enfermedad, el estado de salud debe de actuar como un factor de exclusión o segregación. De modo que, se reitera la doctrina constitucional relativa a las causas de discriminación al ser clara³⁷ y establecer que solo se vulnera la prohibición de discriminación del art. 14 CE cuando se trate de condiciones de salud socialmente estigmatizadas y en las que exista un elemento de segregación³⁸.

Es importante destacar que, la protección de la salud en los lugares de trabajo es ahora un derecho fundamental universal y según la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, en su versión enmendada en 2022³⁹. Así se derivaría de la obligación de establecer y garantizar un sistema de protección efectiva de la igualdad de trato, así como de la prohibición de discriminación, en relación no solo con la enfermedad, la discapacidad, sino también con la condición

³⁷ R. AGUILERA IZQUIERDO, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, p. 67.

³⁸ Esta cuestión ha sido precisada de nuevo en la STSJ de Galicia, 4615/2023, de 25 de octubre: «en consecuencia, cabe avanzar ya que no puede ser invocada como causa de discriminación cualquier enfermedad en cualquier momento. No cabe la mera enfermedad ni cualquier enfermedad como categoría de discriminación per se sino sólo cuando la enfermedad produce segregación o estigmatización, exigencia que devuelve la categoría a los cauces propios de la discriminación, porque entonces sí cabe predicar de ella la identificación de un grupo concreto entre el común género humano (quienes padecen dicha enfermedad) y la marginación como nota histórica que produce esa enfermedad en tanto que estigmatiza y segrega, es decir, aparta a quien la padece».

³⁹ C. MOLINA NAVARRETE, *Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexados» desde la menstruación a la menopausia?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* – CEF, 2022, n. 471, p. 7.

de salud⁴⁰. Sin embargo, como se deriva del art. 2 de la Ley 15/2022, no debe confundirse la condición de salud con la ausencia de enfermedad, sino que se dirige, mucho más ampliamente, a la protección integral del «estado de bienestar» y la «calidad de vida», dentro y fuera del trabajo⁴¹. Por lo tanto, de ahí la mejora de protección de la población trabajadora, además, para los eventuales despidos relacionados con síndromes, trastornos o patologías vinculadas a problemas de salud mental, por ello, de adicciones.

Justamente, siendo la perspectiva de estudio que se pretende alcanzar en este trabajo de investigación, entendemos que las adicciones tienen una clara estigmatización social por distintos estereotipos negativos y perjuicios que pueden generar la discriminación de la persona que la padece. Sin embargo, una vez más, podemos entender que sin un concepto apropiado de discriminación existe un riesgo significativo de terminar acudiendo a los esquemas de justificación reconocidos, convirtiendo el enjuiciamiento de la discriminación en un test de racionalidad⁴². Al mismo tiempo, debemos de ser conscientes de la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional a consecuencia de la discriminación, lo cual complica su acreditación de la misma (STC 104/2014, de 23 de junio), lo que potencia el carácter invisible de la discriminación del colectivo en el ámbito empresarial.

En definitiva, la población trabajadora enferma cuyo origen son las adicciones, o bien, por desarrollar hábitos de vida pocos saludables que son reprobados socialmente, con carácter general, no reciben el mismo trato que otras personas trabajadoras, lo que a menudo conduce a la exclusión y la discriminación de las mismas, creando una carga más para la persona afectada por la enfermedad y la estigmatización social. Todo ello, desplegaría todos los efectos de la Ley 15/2022 en los ámbitos de empleo y del trabajo, comprendiendo, tanto a la empresa privada como al ámbito público, el acceso al empleo, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, en la promoción profesional y en la formación para el empleo. Como analizaremos en el siguiente epígrafe, se trata de una ley que persigue el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas.

⁴⁰ STC 111/2022, de 26 de septiembre.

⁴¹ C. MOLINA NAVARRETE, *Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexuales» desde la menstruación a la menopausia?*, cit., p. 9.

⁴² *Ibidem*, p. 11.

4. La necesidad de un cambio de paradigma: El tratamiento de las adicciones como enfermedad en los lugares de trabajo

Teniendo lo anterior presente, en este punto es necesario resaltar de nuevo que se ha de entender la adicción como una conducta compulsiva de búsqueda de placer y/o de alivio de una sensación interna negativa a través del uso y/o consumo de sustancias o de situaciones, en las que la persona afectada no cuenta con medios o recursos propios que le permitan su control y a pesar de ser consciente de las consecuencias negativas que le ocasiona tal situación de dependencia⁴³, por consiguiente, conformándose como una enfermedad. Y ello lleva de nuevo a reseñar que constituyen una relevante cuestión de salud y de equidad social (y laboral), donde la enfermedad a partir de la ley 15/2022 ha sido también incorporada expresamente como causa de discriminación, lo que permite proteger de manera más adecuada a la persona trabajadora enferma, en este caso, con adicciones.

En este sentido, con carácter general, la Ley 15/2022 contempla tres tipos de protección o tutela antidiscriminatoria: preventiva, punitiva y resarcitoria (art. 25 de la Ley 15/2022). En efecto, en el ámbito laboral respecto a la tutela preventiva frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias (art.25.1 de la Ley 15/2022), por lo que el incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas (art.25.2 de la Ley 15/2022), resarcitorias (art.27.2 de la Ley 15/2022), lo que conlleva a las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 30.1 de la Ley 15/2022).

Resultan de interés concretar que, todos los estudios disponibles, aunque sean muy escasos y dispersos, inciden en la misma dirección, pues las adicciones son siempre expresión de una multiplicidad de factores personales, sociales y/o ambientales, por lo que no se pueden imputar causalmente al trabajo, pero éste tiene gran relevancia, bien en su debut, bien en su agravación. Por consiguiente, no existe una única causa, sino que es una cuestión multifactorial y con un carácter interactivo entre ellas, obedeciendo a diferentes tipos de interacciones de la persona, sustancia y entorno.

En este sentido, por un lado, algunos estudios científicos ponen énfasis en los factores individuales como son acerca de la personalidad y genética, por otro lado, determinan que provienen de factores sociales, es decir,

⁴³ M. GARCÍA JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 67.

provenientes de los entornos, condicionantes sociales, etc. Sin embargo, a pesar de que sin duda alguna el componente o enfoque individual o de la persona es muy relevante, además, tanto el riesgo percibido por cada cual como la disponibilidad de sustancias influirá también en los consumos, siendo imprescindible atender además a los factores ambientales. De hecho, para comprender la problemática no podemos desvincular el entorno del trabajo y las adicciones, tal y como subraya la vigente Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024⁴⁴.

Precisamente, la OIT viene defendiendo la estrecha interacción entre el ámbito de la «salud pública» y el de la «salud en el trabajo»⁴⁵, donde la primera incide en las condiciones de calidad de trabajo de las personas y, la segunda, la salud laboral, repercute también en las condiciones de calidad de vida, en una interacción recíproca muy intensa⁴⁶. Por consiguiente, las adicciones es un problema de salud pública en el que el factor laboral puede aparecer como circunstancia que da lugar al inicio y/o a la agravación de los consumos problemáticos o adictivos –de sustancia o conductuales– derivado de las condiciones laborales. De manera que, por un lado, el lugar de trabajo puede ser un «factor de riesgo» aumentando la probabilidad para ciertos niveles de consumos problemáticos, por otro, también un «factor de protección» susceptible de recuperar la salud y que disminuye la probabilidad de que se produzca el consumo problemático, el abuso de sustancias o las conductas excesivas con riesgo de generar adicciones, tal como se ha evidenciado a nivel científico. Por ello, se ha que remarcar sobremanera la importancia de la intervención preventiva en el lugar de trabajo, siendo principal la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), ahora bien, la realidad muestra la escasa sensibilidad de la misma sobre estos extremos.

⁴⁴ VV.AA., *Estrategia Nacional sobre Adicciones, 2017-2024*, cit.

⁴⁵ Los arts. 16.4, 32 y 34 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública conciben a la empresa como un ámbito propicio para la promoción de la salud.

⁴⁶ Estas imbricaciones entre la salud pública y la salud laboral han sido analizadas de manera pormenorizada por la Prof^a. Rodríguez Escanciano. Es más, la propia autora analiza que el art. 38 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, establece la necesaria colaboración del personal sanitario de los servicios de prevención con los de los servicios de atención primaria y de atención sanitaria especializada para «el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo», colaborando, además, «en las campañas sanitarias y epidemiológicas organizadas por las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria». Véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 23 ss.

Tabla 1 – Factores laborales (riesgo-protección) relacionados con los consumos problemáticos y adicciones a partir de su régimen convencional

Factores Laborales	Factores de riesgo	Factores de protección
Condiciones de empleo	Inseguridad en el empleo Trabajo externalizado (redes)	Cláusulas de seguridad o garantía de empleo
Condiciones contractuales (jornada y retribución)	Jornadas prolongadas Incertidumbre sobre descansos Devaluación de condiciones Baja expectativa de desarrollo de carrera profesional	Cláusulas de conciliación de la vida laboral y familiar Progresión en la carrera profesional Mejoras de acción social
Factores Ambientales	Factores ambientales Continuidad de trabajo tóxicos Climatología adversa	Compromisos de eliminación de puestos tóxicos o peligrosos Evaluaciones ergonómicas
Factores Psicosociales	Elevada carga de trabajo Ritmos intensivos Nocturnidad/aislamiento Insatisfacción relacional Competitividad/Conflictividad	Evaluación de factores de riesgos psicosociales Calidad de clima relacional

Fuente: E. GONZÁLEZ COBALEDA, [Las adicciones en los ambientes laborales: la imperiosa necesidad de renovación del actual enfoque](#), en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2020, n. 20, p. 160

En cualquier caso, tradicionalmente en las organizaciones empresariales se ha proyectado las adicciones y los consumos problemáticos desde la perspectiva sancionadora contenida en el art. 54.2 f) ET⁴⁷, siendo la única referencia específica contenida en la normativa general. En este precepto se recoge el incumplimiento grave y culpable por parte de la persona trabajadora por la «embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo» legitimándose la sanción máxima como es el despido disciplinario. A este respecto, entendemos que este tipo infractor laboral adolece de contradicción por dos cuestiones principales. Primero, entra en conflicto con la legislación sanitaria acerca de que tanto la toxicomanía como la embriaguez son enfermedades⁴⁸. Segundo, acerca del requisito exigido literalmente por el precepto como es la necesidad de

⁴⁷ C. MOLINA NAVARRETE ET. AL., [Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas](#), cit., p. 29.

⁴⁸ La OMS define la toxicomanía como un «estado de intoxicación periódica o crónica originada por el consumo repetido de droga y que se caracteriza por crear un proceso de dependencia psicofísica», es decir, el deseo compulsivo de seguir consumiendo y que suele ir en aumento. Respecto a la embriaguez es un «trastorno temporal de las capacidades físicas y mentales a cauda del consumo excesivo de alcohol».

que «repercuta negativamente en el trabajo» para que dicha conducta sea sancionable laboralmente, conformándose como una formulación legislativa genérica como «concepto jurídico indeterminado» y no exento de incertidumbre y conflictividad en la práctica aplicativa.

En el mismo sentido, el art. 58.1 ET establece que «los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable». De hecho, el tratamiento que realizan casi en plenitud los convenios colectivos acerca de las adicciones es la regulación o tipificación de esta situación como infracción grave o muy grave, siendo muy pocos los que expresamente señalan que las adicciones no pueden ser causa de despido⁴⁹.

Desde esta perspectiva, el propio art. 54.2 f) ET puede generar conflictos con respecto a distintos derechos constitucionales relativos a la salud de la persona trabajadora, existiendo una importante polémica acerca a la calificación que procede otorgar al despido de la persona trabajadora basado en su enfermedad (improcedente o nulo). Para ello, debemos de tener presente la dignidad de las personas (at. 10 CE), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (art. 40.2 de la CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 de la CE) y al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 de la CE) reconocidos a la persona trabajadora, siendo indispensable que se traten de forma conjunta.

La CE garantiza el deber genérico del derecho a la protección de la salud referida a todos los ciudadanos, estableciendo un vínculo entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo⁵⁰, donde este último no comporte un peligro a partir de las propias condiciones de trabajo, respetando la vida e integridad física, mental y social de la persona⁵¹ de manera constante y progresiva en materia del bienestar general⁵² para el individuo como

⁴⁹ Para un estudio en profundidad véase E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Las adicciones en los ambientes laborales: la imperiosa necesidad de renovación del actual enfoque*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, 2020, n. 20. En el mismo sentido, M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Empresa sostenible y saludable y la gestión preventiva de las adicciones en los entornos de trabajo: una necesaria transición desde los enfoques reactivos a los proactivos*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2022, n. 5.

⁵⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER., *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003, p. 214.

⁵¹ E. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, *La seguridad y salud de los trabajadores*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *op. cit.*, p. 761.

⁵² S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución*, en *Revista de Política Social*, 1979, n. 121, p. 220. Asimismo, relaciona dicho derecho fundamental con la

condición de ser humano⁵³ y, por tanto, también a los ciudadanos-trabajadores⁵⁴. Recordemos que, en el apartado II del Preámbulo de la Ley 15/2022, entre otras, las razones de la promulgación de esta ley incluyen la enfermedad como un factor de discriminación prohibida pudiendo estar ocasionada por los prejuicios y estereotipos de un grupo de la sociedad, siendo esta precisión primordial para la declaración de nulidad del despido de la persona con adicciones, pues hasta ahora el principal argumento utilizado era que la enfermedad no era un factor discriminatorio. Es más, según el precepto 9.1 de la Ley 15/2022 «no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo». Si bien es cierto que, hubiera sido más esclarecedor su incorporación expresa como causa de discriminación laboral tanto en el art. 4.2.c) y art. 17 del ET tras la reforma introducida por la Ley 15/2022 y reconociendo legalmente derechos de suspensión o permisos laborales, etc. siendo vitales para un equilibrio entre el trabajo y la recuperación de la salud de las personas con adicciones.

A este respecto, se debe de considerar que la adicción conductual y/o a sustancias no es una «enfermedad voluntaria», sino que, a pesar de que la casuística puede ser variada, la conducta adictiva excluye la voluntariedad por la dependencia a la sustancia o conducta adictiva. De hecho, no podemos obviar, como mencionábamos, que las conductas adictivas no tienen que ser directamente derivadas causalmente al trabajo, pero éste tiene gran relevancia, bien en su debut, bien en su agravación. En este sentido, la regulación legal del despido disciplinario por el incumplimiento grave y culpable por parte la persona trabajadora enferma supone un claro desequilibrio jurídico en favor a los intereses de la parte empleadora y en

tesis defendida acerca de su eficacia a cualesquiera ámbitos de actuación del ser humano M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo*, en *Actualidad Laboral*, 1992, I, p. 39. En el mismo sentido, por el mismo autor, [La protección del trabajador frente a los riesgos laborales](#), en *Derecho y Salud*, 1996, n. 1, p. 27. Igualmente, A. GARRIGUES GIMÉNEZ, *La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, n. 57, p. 366.

⁵³ F. GARRIDO FALLA, “Artículo 43”, en F. GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985, p. 501.

⁵⁴ Con respecto a esta cuestión, se ha determinado que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución Española le reconoce como ciudadano, véase STC 88/1985, de 19 de julio. Asimismo, la STC de 12 de septiembre de 2005, Rec. 1221/2002.

detrimento de los intereses de la persona trabajadora, poniendo en tela de juicio algunos derechos constitucionales y, como se ha analizado, pudiendo existir un elemento de segregación en la enfermedad.

Lo cierto es que, a nuestro entender, consideramos que este modelo de regulación represivo es un enfoque obsoleto⁵⁵. La organización empresarial que únicamente implementa la vía sancionadora trata de silenciar el problema expulsando a la persona trabajadora afectada, incluso, pudiendo aumentar la «ley del silencio» ocultando dichas adicciones y consumos para evitar sanciones⁵⁶, siendo una actitud errónea y cómplice de dichos entornos de trabajo en los que se establecen factores de riesgo que potencian las conductas adictivas, produciendo daños en las personas trabajadoras, además lleva consigo un elevado coste para las empresas y para el sistema sanitario en su conjunto⁵⁷. De manera que seguimos anclados, por lo que al ámbito jurídico-laboral se refiere, en la lógica represivo-disciplinaria, siendo impropia para un ordenamiento jurídico moderno y ajena a los principios preventivos y de tutela de la salud que presiden nuestros sistemas de seguridad y salud en el trabajo y sanitario⁵⁸. Por consiguiente, la regulación de la responsabilidad disciplinaria de la persona trabajadora no puede abarcar y absorber toda la complejidad del problema de las adicciones⁵⁹, resultando necesario dar un paso más y suprimiendo el citado apartado f) del art. 54.2 del ET. Esto es, eliminando la posibilidad de despedir por la embriaguez habitual o toxicomanía, pues puede contradecir los esfuerzos

⁵⁵ Se ha generado dispares posicionamientos jurídicos acerca del art. 54.2 f) ET ocasionando una inseguridad aplicativa, de modo que, entendemos que este precepto es disfuncional e innecesario, careciendo de utilidad.

⁵⁶ M. MIÑARRO YANINI, *El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: Contradicciones y propuestas de cambio*, en *Temas Laborales*, 2016, n. 134, p. 108.

⁵⁷ J.C ÁLVAREZ CORTÉS, *El modelo legal de prevención de riesgos laborales. Ajustes y desajustes*, en VV.AA., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo II, IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, 2020, p. 217.

⁵⁸ Es interesante concretar una propuesta que, a pesar de que no prosperó, evidenció la necesidad de un cambio del enfoque actual por no ser adecuadas las vías de tratamiento en orden a la recuperación de las adicciones. En este sentido, el 2 de octubre de 2000 se presentó en el Congreso una Proposición de Ley cuyo único artículo disponía «se suprime la letra f) del apartado 2 del artículo 54 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo». Determinaban que era innecesario y disfuncional este modelo sancionador de patrones de conducta socio-personal y sólo por los impactos negativos en la actividad laboral, por lo tanto, careciendo de utilidad, puesto que existen otros preceptos sancionadores suficientes y más garantistas con idéntico resultado, incluso siendo contraproducente a efectos de rehabilitación y inserción de estas enfermedades.

⁵⁹ R. POQUET CATALA, *op. cit.*, p. 197.

de rehabilitación de estas personas y el tratamiento de esta enfermedad, siendo innecesario por injusto y discriminatorio⁶⁰.

En efecto, la Ley 15/2022, como venimos señalando, pretende «crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir», persiguiendo «un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador» (Exposición de Motivos).

En este sentido, frente a esta dimensión sancionadora que se constata en el ámbito laboral, lentamente y de manera progresiva, se implementa un marco de gestión integral promoviendo primordialmente una acción de prevención, así como una acción médico-asistencial, si bien, cuando la primera medida falla, tal y como recoge la OIT. Así, con este enfoque las intervenciones preventivas tienen como objetivo reducir los factores de riesgo e incrementar los factores de protección (recuperar la salud) frente a toda conducta susceptible de generar adicción, conformándose una perspectiva renovada e innovadora, encontrando fundamentos legales para reconducir la gestión del riesgo de consumos nocivos y otras adicciones en el trabajo a través de la LPRL. De hecho, el despido de la persona trabajadora con motivo de adicciones y, por tanto, de enfermedad, debería ser calificado como nulo por vulnerar la prohibición de discriminación del art. 14 CE, así como del derecho a la vida e integridad física y psíquica del art. 15 CE, ahora, también, por la Ley 15/2022, pues sí cabe apreciar dicho elemento de segregación en las enfermedades por cuanto se produce un rechazo y exclusión social, como analizábamos supra.

Si bien, a pesar de que no existe una regulación específica en la norma del sistema normativo de seguridad y salud en el trabajo que atienda las adicciones o consumos problemáticos –conductuales y/o a sustancias– con incidencia laboral, no significa que tal ausencia sea exclusión alguna del sistema normativo preventivo necesariamente⁶¹. Para ello, es necesaria la comprensión integral en esta materia sobre la conceptualización de las adicciones a partir del concepto de seguridad y salud acogido por la LPRL. Por consiguiente, es claro que los derechos y obligaciones generales en materia de prevención de riesgos laborales son igualmente aplicables: de evaluación, acción y seguimiento preventivo (arts.14 y ss. LPRL). De hecho, es vital la consideración de que la persona trabajadora tiene derecho a

⁶⁰ *Ibidem*, p. 211.

⁶¹ Del mismo modo que, la ausencia de referencia al conjunto de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo no justificaría su exclusión, como recientemente confirma la jurisprudencia. En este sentido, a título de ejemplo véase la STSJ de Cantabria, 226/2019, de 20 de marzo de 2019 y STS, 4ª, 16 de febrero de 2016, Rec. 250/2014.

disponer de las medidas y acciones específicas de protección cuando por sus propias características personales sean especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo (art. 25 LPRL), siendo elemental el principio de adaptación del trabajo a la persona [art. 15. 1 d) LPRL], encontrándose relacionado con nuestra materia de estudio. Todo ello, a partir del carácter subjetivo del deber de protección eficaz de las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 19 del ET) con la finalidad de poder establecer un proceso productivo con ausencia o minimización de riesgos laborales, o el fomento de los factores de protección que incrementen la posibilidad de recuperar la salud. De modo que, solo cuando ésta no resulte razonablemente factible (por su elevado coste, por la dimensión reducida de la empresa para la readaptación del puesto de trabajo) cabrá una opción de extinción de la relación laboral, siempre dentro de formas que resulten más equitativas.

Parece claro que, aunque constatamos la necesidad de dicho enfoque innovador y preventivo a partir del principio de salubridad integral (salud pública-salud laboral), en los supuestos más graves de adicciones la solución debería ser combinar la suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 ET) con la atención sanitaria pública (incapacidad temporal/ incapacidad permanente) en el ámbito de la protección prestacional de la salud, con lo que la empresa no asume todo el coste, pero la persona trabajadora no deja de tener seguridad económica y ocupacional, con el fin de reducir su especial vulnerabilidad y exclusión social que viven.

Consecuentemente, aunque en este estudio no puede ser atendida con más detalle, debemos de poner de relieve la problemática que gira en torno a la intimidad y protección sobre el conocimiento de la condición de enferma de la persona trabajadora contemplado en el art. 9.5 de la Ley 15/2022. En efecto, se refuerza que «el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto», estando vinculado con las pruebas de cribado o test de detección de consumos, siendo un tema especialmente delicado, por lo que exige una atención cuidadosa y pormenorizada sobre la protección de derechos fundamentales de la población trabajadora, si bien, no es el propósito de este estudio, pues lo desbordaría si se procediera al análisis crítico de la «vigilancia de la salud» y al tratarse de una asignatura pendiente de nuestro sistema de PRL. Únicamente recordar que, aunque no podemos entrar en detalle sobre esta cuestión por compleja, las pruebas, de hacerse, si son necesarias, deben de respetar ciertos principios de acción (respeto a la dignidad y privacidad): de calidad de la prueba, de consentimiento informado y de seguridad. En todo caso, la finalidad que debe de perseguir esta información obtenida en dichas pruebas y a través de la «vigilancia de la salud» debe ser la de agotar las

posibilidades preventivas, por el mejor resultado en términos de equidad social, pero también de eficiencia, incluso de seguridad para el interés general que tiene esa gestión, pero nunca como una solución extintiva primaria.

5. La implementación de los ajustes razonables para la protección de la población trabajadora con adicciones

Volviendo a la cuestión planteada desde el inicio, resulta evidente que las adicciones provocan la estigmatización social de las personas afectadas, provocando que sea un colectivo vulnerable por sus dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo, además para el desarrollo de su empleabilidad [arts. 3 d) y 50.1 de la Ley de Empleo], no siendo un problema reciente, sino que ya es conocido por todos. Sin embargo, aún persiste un tratamiento inadecuado a la problemática sin dar una respuesta adecuada, persistiendo erróneamente que la única vía de solución es el despido disciplinario para una persona trabajadora enferma. No obstante, se debe de tener presente la clarificación que implica el reconocimiento como causa de discriminación del estado de salud como un elemento de segregación o estigmatización de la persona que la sufre por la Ley 15/2002. Avanzando sobre esta materia, en cuanto a la protección de la persona trabajadora enferma, siendo el caso de las adicciones, con el fin de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de este colectivo sería deseable implementar un conjunto de medidas adecuadas, según las necesidades de la persona al tratarse de una enfermedad clínicamente compleja y multidimensional, para permitir el acceso y/o formar parte en el mercado de trabajo o progresar profesionalmente con unas condiciones de trabajo decentes.

De este modo, la declaración de la persona trabajadora como no apta no autoriza a la empresa a extinguir automáticamente el contrato de trabajo en el caso de que se trate de una persona con problemas de salud, sino que la empresa ha de realizar un esfuerzo real por adaptar el puesto de trabajo. De manera que, la empresa ha de probar no sólo la ausencia de capacidad/ineptitud, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones de la persona trabajadora. Esto reclamaría tanto a la empresa como de las unidades de vigilancia de la salud laboral de la empresa un mayor compromiso preventivo. Todo ello, en virtud de las obligaciones legales a la protección eficaz de la seguridad y salud y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la LPRL. Si bien es cierto que, cuando no se haya logrado superar dichas medidas preventivas, la parte

empresarial quedará habilitada a resolver la relación, sin que tal decisión traiga aparejada, en principio, discriminación alguna⁶². De ahí que podríamos considerar la aplicación del principio de ajustes razonables, superando la tradicional visión disciplinario-asistencialista del problema de las adicciones en los entornos laborales.

En un contexto general, cuando hablamos de ajustes razonables nos podemos acoger a la definición aportada en el art. 2 m) de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁶³ como: modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos. En consecuencia, en la medida en que la empleadora tenga la posibilidad de adaptar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, debe hacerlo, siempre que ello no conllevara un perjuicio desproporcionado para su empresa. Por tales razones, una vez más, entendemos que dicha conexión garantizaría la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de la población trabajadora en general, también para aquellas con problemas de salud vinculadas a las adicciones o hábitos de vida pocos saludables.

En cualquier caso, cuando nos referimos a la obligación de realizar ajustes razonables, solo se contempla de forma expresa para los supuestos de discapacidad en el art. 6.1 de la Ley 15/2022, por lo que habría sido deseable que se contemplara también para la enfermedad, puesto que se plantean importantes dudas e interrogantes, reabriendo el conflicto de derechos, intereses y facultades al producirse, ahora sí, una distinción entre enfermedad y discapacidad. Por ello, se ha perdido la oportunidad de recoger de forma expresa en un texto legal el reconocimiento del mantenimiento en el puesto de trabajo, tal y como se deduce de la nueva causa de discriminación introducida en el art. 4 de la Ley 15/2022 derivada de la «denegación de ajustes razonables».

En definitiva, esta cuestión hubiera sido muy significativa en atención a la necesidad de visibilizar la eficacia de las medidas de adaptación del puesto de trabajo dispuestas en la Ley 15/2022 como el art. 25 LPRL, lo

⁶² J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *op. cit.*, p. 39.

⁶³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

que hubiera llevado a la armonización de ambos planos respecto a la enfermedad. Concretamente, en el asunto aquí analizado, hubiera servido como medida disuasoria para aquellas prácticas poco acordes con la prevención de conductas discriminatorias en casos de problemas de salud a consecuencia de las adicciones, si bien, en los que incida la organización y condiciones de trabajo sobre la prevalencia de dichos consumos adictivos, eso sí, de ser conocidos por la parte empleadora.

6. A modo de reflexión final

A la luz del estudio realizado en las páginas precedentes, a modo de síntesis, consideramos que las adicciones o consumos problemáticos (a sustancias y/o conductuales) son trastornos enmarcados en una enfermedad estigmatizante que puede conllevar disposiciones, conductas, actos, criterios o prácticas que atente contra la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, tal y como han demostrado la investigación científica, por cuanto socialmente se tiende al reproche y a culpabilizar a quienes las sufren. No es una «enfermedad voluntaria», sino que, a pesar de que la casuística puede ser variada, la conducta adictiva excluye la voluntariedad por la dependencia, por consiguiente, se confirma la existencia de la alteración de la salud siendo un aspecto clave junto con ese estigma y de un perjuicio real sobre este colectivo que lo hace especialmente vulnerable en la sociedad, pudiendo llegar hasta la exclusión social, por lo que pasa a ser desfavorable y lesivo a la dignidad humana.

En este sentido, alcanzamos la conclusión de la persistente resistencia del sistema a dar un trato adecuado a estas graves enfermedades o patologías hacia un grupo o colectivo especialmente vulnerable de sufrir discriminación en todos los ámbitos de la vida, también en el laboral.

Justamente, a efectos de dotar de coherencia interna entre las distintas normas y dado que la Ley 15/2022 no es específicamente laboral, sería necesario proceder a la modificación tanto del art.4.2.c) y art.17 del ET y, por supuesto, de la supresión del art.54.2.f) del ET, con el fin del abordaje de las adicciones y de los consumos y/o usos problemáticos (sustancias y/o conductas) en clave de protección de los derechos humanos, conformándose como una cuestión de salud integral de las personas por su interacción recíproca entre la salud pública y la salud laboral, por lo tanto, también para las organizaciones empresariales frente al enfoque disciplinario-disuasorio que persiste. En efecto, las adicciones es un problema de salud pública en el que el factor laboral puede aparecer como

circunstancia que da lugar al inicio y/o a la agravación dicha enfermedad, igualmente para los consumos problemáticos.

Sin duda, un posible avance acorde con la prevención y protección que alude la propia Ley 15/2022, sería su tratamiento de estas personas y colectivos como «personas especialmente sensibles» (art. 25 LPRL) y que podrían corregir algunas de las deficiencias detectadas en este trabajo. Si bien es cierto que, las pruebas de detección o test de control de consumos no debiera utilizarse con fines disciplinarios o de selección de personal y a partir del consentimiento establecido respecto a la «vigilancia de la salud» (art. 22 LPRL), sino tan solo a efectos preventivos.

En definitiva, la situación actual presenta deficiencias, unas imputables a la regulación legislativa que es inadecuada e insuficiente, otras debidas a las resistencias culturales y/o sociales que se derivan a los prejuicios, estereotipos de la población con problemas de salud relacionados con las adicciones o un consumo y/o uso problemático de sustancias y/o conductas. Es necesario implementar un plan de acción para que las normas socio-culturales penetren de forma útil y efectiva en el ámbito de las relaciones laborales, siendo una clave olvidada para impulsar el cambio debido para garantizar la tutela del derecho a la dignidad, a la igualdad de trato y no discriminación, junto a la autonomía colectiva, siendo otra fuente determinante en esta materia.

7. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO R. (2023), *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Colección *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, BOE
- ÁLVAREZ ALONSO D., ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2006), [*Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria*](#), en *Revista española de derecho del trabajo*, n. 132, pp. 997-1046
- ÁLVAREZ CORTÉS J.C. (2020), *El modelo legal de prevención de riesgos laborales. Ajustes y desajustes*, en VV.AA., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo II, IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*El problema de la discriminación inversa: ¿es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 187-209
- BALLESTER PASTOR I. (2023), *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad*

- de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- DOMÍNGUEZ MORALES A. (2022), *Adicciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral?*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2023), *Colectivos especialmente discriminados: Los supuestos de pluridiscriminación en el empleo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2022), *Empresa sostenible y saludable y la gestión preventiva de las adicciones en los entornos de trabajo: una necesaria transición desde los enfoques reactivos a los proactivos*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 5, pp. 59-82
- GARRIDO FALLA F. (1985), “Artículo 43”, en F. GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas
- GARRIGUES GIMÉNEZ A. (2005), *La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 57, pp. 353-366
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2020), *Las adicciones en los ambientes laborales: la imperiosa necesidad de renovación del actual enfoque*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 20, pp. 154-179
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (1979), *La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución*, en *Revista de Política Social*, n. 121, pp. 199-226
- GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ E. (2003), *La seguridad y salud de los trabajadores*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- GOÑI SEIN J.L. (2014), *Embriaguez del trabajador*, en A.P. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch
- GORDO GONZÁLEZ L. (2023), *Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo*, en *Labos*, n. 4, pp. 103-121
- GRAU PINEDA C. (2023), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación*, en *Femeris*, n. 2, pp. 32-51
- LOUSADA AROCHENA F. (2022), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el derecho del Trabajo*, en *elderecho.com*, 29 diciembre
- MIÑARRO YANINI M. (2016), *El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: Contradicciones y propuestas de cambio*, en *Temas Laborales*, n. 134,

pp. 107-128

- MOLINA NAVARRETE C. (2022), *Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos «derechos sexuados» desde la menstruación a la menopausia?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 471, pp. 5-16
- MOLINA NAVARRETE C., VALLECILLO GÁMEZ M.A. (2018), *Adicciones conductuales (“sin sustancia”) “en” el trabajo y “al” trabajo: Magnitud del problema social y políticas de gestión preventiva en la empresa*, UGT-CEC
- MOLINA NAVARRETE C., MIÑARRO YANINI M., ÁLVAREZ MONTERO A., GARCÍA CÍVICO J., GONZÁLEZ COBALEDA E. (2016), *Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas*, UGT-CEC
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), *Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 4, pp. 11-42
- OIT (2011), *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, Informe I (B)
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1996), *La protección del trabajador frente a los riesgos laborales*, en *Derecho y Salud*, n. 1, pp. 27-42
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1992), *El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo*, en *Actualidad Laboral*, I, pp. 37-44
- POQUET CATALÁ R. (2017), *¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, pp. 189-212
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2022), *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M. (2022), *Los contornos de la discriminación*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 19-24
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER. M. (2003), *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- VV.AA. (2024), *El sistema sanitario: situación actual y perspectivas para el futuro*, Consejo Económico y Social
- VV.AA. (2024), *Estrategia Nacional sobre Adicciones. 2017-2024*, Ministerio de Sanidad
- VV.AA. (2023), *Adicciones comportamentales y otros trastornos adictivos 2023*, Ministerio

de Sanidad

VV.AA. (2022), *Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España (EDADES), 1995-2022*,
Ministerio de Sanidad

El trabajo de las personas reclusas durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas*

José Luis RUIZ SANTAMARÍA**

RESUMEN: Este artículo centra su interés en el estudio de las vicisitudes y problemáticas que se suscitan en relación al trabajo desarrollado por las personas que cumplen condena de penas privativas de libertad en régimen de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas. Su tratamiento legal específico, integrado en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, le otorga el carácter de relación laboral especial, cuyo reconocimiento se remonta a lo dispuesto en el art. 25.2 de nuestra Carta Magna, concretándose en el derecho de este colectivo a poder desarrollar un trabajo remunerado durante el periodo de internamiento y, a su vez, quedar amparado bajo la protección que dispensa el sistema de Seguridad Social español. Sin embargo, pese a la protección y reconocimiento normativo enunciado –y otra legislación concordante–, existen lagunas, resquicios discriminatorios y vacíos jurídicos que requieren una mayor atención por parte de los especialistas de Derecho del Trabajo, al tratarse de una línea de investigación escasamente abordada por los mismos.

Palabras clave: Relaciones laborales especiales, empleo de colectivos vulnerables, personas reclusas, régimen de internamiento, instituciones penitenciarias españolas.

SUMARIO: 1. Una panorámica histórica de los antecedentes legislativos más significativos. 1.1. Aproximación a los instrumentos normativos del siglo XIX. 1.2. Antecedentes normativos preconstitucionales más relevantes del siglo XX. 1.3. Algunas consideraciones sobre su tratamiento en la vigente Constitución española de 1978. 2. Aspectos esenciales de la regulación del trabajo en prisiones desde el ámbito internacional. 3. La distribución poblacional en las prisiones españolas. Datos estadísticos. 3.1. Distribución de la población reclusa según la edad y sexo. 3.2. Distribución de la población reclusa según situación procesal, grado, tipología delictiva y sexo. 3.3. Distribución de la población reclusa por CCAA, según población extranjera y sexo. 3.4. Números de plazas

* Este artículo está enmarcado en la actividad investigadora desarrollada por el autor dentro de los siguientes Grupos de Investigación y proyectos: Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre políticas de empleo, igualdad e inclusión social y en el Proyecto de Investigación perteneciente al Plan Propio de Investigación y Transferencia, titulado *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031), cuya investigadora principal es la profesora Estefanía González Cobaleda.

** Profesor Permanente Laboral/PCD (acreditado como Profesor Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).



para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad según evolución temporal y tipo de entidad. 3.5. Datos de contratación y distribución por ocupaciones de las personas reclusas en España. 4. El desdibujado e inconexo marco normativo español actual. El Real Decreto 782/2001 y su arduo encaje armonizador con el resto de legislación concordante. 5. Modalidades y tipologías más significativas sobre otras actividades desarrolladas por los internos en prisiones distintas a las previstas en el Real Decreto 782/2001. 5.1. El trabajo ocupacional. 5.2. Las prestaciones personales obligatorias. 5.3. Otras actividades. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

The Work of Prisoners During the Period of Internment in Spanish Penitentiary Institutions

ABSTRACT: This article focuses its interest on the study of the vicissitudes and problems that arise in relation to the work carried out by persons serving custodial sentences in internment in Spanish penitentiary institutions. Its specific legal treatment, included in Royal Decree No. 782/2001, of 6 July, gives it the character of a special employment relationship, whose recognition dates back to the provisions of Ar. 25.2 of our *Magna Carta*, which is specified in the right of this group to be able to carry out paid work during the period of internment and, in turn, to be covered by the protection provided by the Spanish Social Security system. However, despite the protection and normative recognition mentioned above –and other related legislation–, there are many gaps, discriminatory content and loopholes in the law that require further attention from Labour Law specialists, as this is a line of research that is scarcely investigated by them.

Key Words: Special labour relations, employment of vulnerable groups, prisoners, period of internment, Spanish penitentiary institutions.

1. Una panorámica histórica de los antecedentes legislativos más significativos

Una revisión histórica sobre el trabajo de las personas privadas de libertad llevado a cabo en las prisiones españolas nos muestra la estrecha relación existente entre la aparición de dicha relación laboral de carácter especial y el cambio de paradigma que se produce respecto a la función esencial que cumple la institución penitenciaria. En efecto, como se ha puesto de manifiesto por algunos tratadistas en esta materia, el papel desempeñado inicialmente por parte de las prisiones y cárceles consistía en vigilar y custodiar al preso, apartándolo de la vida social y del resto de los ciudadanos. Dicha función experimentará un cambio de gran calado al incorporar la dimensión rehabilitadora que permanece como tal hasta nuestros días¹.

1.1. Aproximación a los instrumentos normativos del siglo XIX

En referencia al tratamiento del trabajo de los penados, se puede apreciar un importante hito que acontece en los primeros años del siglo XIX, y que rompe con el anterior sistema mantenido durante el siglo anterior². Concretamente, se pone fin a los trabajos de los penados en las minas y galeras, pasando a prisiones navales o militares que eran supervisadas por la Armada española³.

Respecto a la evolución del marco normativo del siglo XIX, su punto de arranque se sitúa en dos instrumentos legislativos: de una parte, la [Real Ordenanza para el Gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina](#) de 1804 y, de otra, el [Reglamento General de los Presidios Peninsulares](#) de 1807.

En 1834 hubo la [Ordenanza General de los Presidios del Reino](#). Años más tarde verá la luz la Ley de prisiones de 1849⁴.

¹ En efecto, se ha pasado de la mera custodia –como papel esencial desempeñado por las prisiones del siglo XIX–, a la actual que se centra en la preparación para la reinserción social de los internos. *Vid.* E. MONTERO PÉREZ DE TUDELA, [La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español](#), en *Revista de Estudios Socioeducativos*, 2019, n. 7.

² Algunos autores expertos en Derecho Penitenciario han calificado este cambio, producido en el siglo XIX, como un proceso de “humanismo penitenciario”. *Cfr.* E. SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, 2003, *passim*.

³ Para profundizar sobre este tema, puede consultarse en, P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 60 ss.

⁴ En [Gaceta de Madrid, 28 julio 1849, n. 5432](#).

Cerrando este recorrido normativo del siglo XIX, el [Real Decreto de 1886, dictando disposiciones para la organización y régimen del trabajo y talleres en los Establecimientos penales](#), que consideraba el trabajo del penado como un instrumento para lograr el objetivo de las penas de reeducación y reinserción.

1.2. Antecedentes normativos preconstitucionales más relevantes del siglo XX

Adentrándonos en la producción normativa del siglo XX, el elenco normativo se inicia con la promulgación del Real Decreto de 1901.

Dos años más tarde se promulgaría el Real Decreto de 1903 que incorporaría la denominada “ideología tutelar correccional”. También se implementa un nuevo sistema de clasificación de los penados atendiendo a sus circunstancias individuales.

Con posterioridad el Real Decreto de 1913⁵, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio de Prisiones, adquiriendo la consideración de un auténtico Código Penitenciario. De clara inspiración progresista y de carácter humanitario, se incluye un sistema progresivo de clasificación de los penados. En relación con el trabajo penitenciario el reglamento establecía su obligatoriedad para todos los penados excepto para aquellos mayores de 65 años, separaba a los presos penados y a los presos preventivos a efectos laborales, establece una clasificación del trabajo siendo este suministrado por la administración, por contrato laboral o por cuenta del interno, estipula las retribuciones y el 25% de retención para financiar la responsabilidad civil derivada del delito, regula la jornada laboral que no podía ser superior a 8 horas y su remuneración podría ser incrementada por buena conducta⁶.

También, y en referencia a la redención de penas por el trabajo, el Real Decreto de 5 de marzo de 1948 crea dicha institución con la finalidad de aliviar la situación de las prisiones debido a la gran afluencia de presos políticos debido a la guerra civil y sirvió para usar el trabajo para la reconstrucción de la nación⁷.

⁵ En [Gaceta de Madrid, 5 mayo 1913, n. 125](#).

⁶ Vid. J. SUÁREZ TASCÓN, *El trabajo penitenciario*, en [Revista de Estudios Penitenciarios, 2019, n. 3 extra](#), p. 306.

⁷ El código penal de 1944 tipificó esta figura y amplió el campo de aplicación subjetiva de esta a los presos comunes además de a los presos políticos. La fórmula de la redención era la de un día de descuento de la pena por cada dos días trabajados. Mediante esta fórmula era posible reducir hasta un tercio de la condena. A parte del objetivo utilitarista de esta

1.3. Algunas consideraciones sobre su tratamiento en la vigente Constitución española de 1978

El sistema que se establece en nuestra Carta Magna sobre las penas privativas de libertad está basado en la “reeducción y reinserción social”⁸ de las personas sobre las que ha recaído una sentencia firme y condenatoria a dichas penas. Ahora bien, adentrándonos en el análisis constitucional, el actual sistema surge de la ruptura radical con el sistema anterior impuesto por el régimen franquista, reflejándose dicho cambio en la proclamación de 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. 1.1 CE). Al mismo tiempo, el art. 25.2 CE pretende avanzar más allá de la “reeducción y reinserción social” de las personas condenadas a penas privativas de libertad, implementa un reconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas⁹. Y, además, como se ha podido apuntar por la doctrina, este cambio de paradigma no encuentra similitud alguna en otros textos constitucionales españoles anteriores, ni en los de aquellos países cercanos a nuestro contexto cultural¹⁰.

2. Aspectos esenciales de la regulación del trabajo en prisiones desde el ámbito internacional

Desde el plano internacional, y en relación al trabajo llevado a cabo por

institución debo destacar la finalidad de rehabilitación social mediante el trabajo. Esta institución fue suprimida por el Código Penal de 1995 debido a que en esta época correspondiente con la transición se produjeron los ataques terroristas producidos por grupos revolucionarios como ETA. Cfr. H. ROLDÁN BARBERO, *La redención de penas por el trabajo y el derecho penal del siglo XXI*, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

⁸ Y así se desprende del contenido del art. 25.2, 1er. párr. CE que establece lo siguiente: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

⁹ Cfr. D. FERNÁNDEZ BERMEJO, *El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2014, vol. LXVII.

¹⁰ Vid. L.E. DELGADO DEL RINCÓN, *El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2004, n. 1 extra, p. 341 ss.

los internos en los establecimientos penitenciarios, los mayores esfuerzos regulatorios han estado orientados hacia la abolición del trabajo forzoso.

En esta línea, destacamos los siguientes convenios internacionales.

1) Convenio sobre el trabajo forzoso (1930)¹¹

En la actualidad, el contenido del art. 1 ha quedado reducido a un único apartado 1º –suprimiéndose los apartados 2º y 3º que estaban incluidos en el texto original– disponiéndose a tal efecto, en dicho apartado, que «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas». Sin embargo, la aportación más relevante del Convenio n. 29 es la destinada a delimitar la expresión “trabajo forzoso”, abordándose la misma desde una doble perspectiva: positiva y negativa. Respecto a la positiva, se establece en el art. 2.1, que «a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente». No obstante, esta definición legal de “trabajo forzoso” se ha visto complementada con la adhesión de un elenco de trabajos o servicios que quedan excluidas de dicho término. Así, el art. 2.2, se concretan los siguientes:

- a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar.
- b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo.
- c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades

¹¹ Adviértase que el texto original del presente Convenio hacía referencia a un período transitorio durante el cual el trabajo forzoso u obligatorio podía emplearse en condiciones específicas en virtud del artículo 1, párrafos 2 y 3, y de los artículos 3 a 24. A lo largo de los años, el Consejo de Administración, la Conferencia Internacional del Trabajo, así como los órganos de control de la OIT tales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, han reconocido que estas disposiciones, conocidas comúnmente como “disposiciones transitorias”, ya no fueron aplicables. Será en el año 2014, cuando a través de la Conferencia Internacional del Trabajo se adoptaría el Protocolo relativo al Convenio núm. 29 en el cual estaba previsto expresamente la supresión de las disposiciones transitorias.

públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.

e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

2) *Convenio internacional sobre la abolición del trabajo forzoso (1957)*

En este nuevo texto convencional, si bien en la línea continuista del anterior Convenio sobre la erradicación del “trabajo forzoso”, se focaliza ahora el interés en detectar métodos, medios u otras formas similares que impliquen o incorporen en su desarrollo cualquier forma de “trabajo forzoso”. Reflejo de ello se puede percibir en el contenido del art. 1, en cuyo texto se establece que todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio en los siguientes términos:

- a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido.
- b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico.
- c) Como medida de disciplina en el trabajo.
- d) Como castigo por haber participado en huelgas.
- e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Se completan dichas medidas con lo dispuesto en el art. 2 –en la línea continuista que advertíamos del Convenio n. 29 de 1930– reproduciendo dicho precepto el contenido al disponer que «Todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga a tomar medidas eficaces para la abolición inmediata y completa del trabajo forzoso u obligatorio, según se describe en el art. 1 de este Convenio».

Junto a estos instrumentos jurídicos con proyección global directa,

también merece nuestra atención –por la protección jurídica que despliega sobre el salario como elemento esencial de la relación laboral– el siguiente.

3) *Convenio sobre la protección del salario (1949)*

Dicho Convenio también sería de aplicación en el análisis que nos ocupa del trabajo desarrollado por las personas privadas de libertad y que cumplen condena en los establecimientos penitenciarios, si bien con un efecto indirecto¹². Con carácter previo, el salario se erige como elemento esencial de la relación laboral, y se define desde la perspectiva global de la OIT como: «la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar» (art. 1). Junto al concepto de salario, la OIT ha establecido una serie de garantías salariales de las que se distinguen las siguientes:

- a. pago directo a la persona trabajadora. El salario se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente (art. 5);
- b. prohibición de establecer limitaciones sobre la disposición del mismo. Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario (art. 6);
- c. economatos. Cuando se creen, dentro de una empresa, economatos para vender mercancías a los trabajadores, o servicios destinados a proporcionarles prestaciones, no se deberá ejercer ninguna coacción sobre los trabajadores interesados para que utilicen estos economatos o servicios (art. 7.1);
- d. imposibilidad de acceso a servicios o almacenes. Cuando no sea posible el acceso a otros almacenes o servicios, la autoridad competente deberá tomar medidas apropiadas para lograr que las mercancías se vendan a precios justos y razonables, que los servicios se presten en las mismas condiciones y que los economatos o servicios establecidos por el empleador no se exploten con el fin de obtener utilidades, sino para que ello redunde en beneficio de los

¹² Dicho Convenio n. 95 se completa con la Recomendación n. 85, [Recomendación sobre la protección del salario](#), de 1949.

- trabajadores interesados (art. 7.2);
- e. descuentos de salarios. Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral (art. 8.1);
 - f. establecimiento de las condiciones y límites sobre los descuentos. Se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos descuentos (art. 8.2);
 - g. prohibición sobre descuento de salarios. Se deberá prohibir cualquier descuento de los salarios que se efectúe para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera (tales como los agentes encargados de contratar la mano de obra) con objeto de obtener o conservar un empleo (art. 9);
 - h. condiciones y límites del embargo de salario. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional (art. 10.1);
 - i. protección contra el embargo o cesión del salario. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

3. La distribución poblacional en las prisiones españolas. Datos estadísticos

Sin duda, una visión panorámica de la distribución poblacional en los establecimientos penitenciarios españoles –a través de los datos estadísticos más actualizados y obtenidos a partir de la Estadística Penitenciaria elaborada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) del Ministerio de Interior– resultará de gran utilidad en la realización de nuestro análisis, ayudándonos a tener una mejor aproximación a la realidad actual. En los siguientes epígrafes se muestran las diferentes tablas estadísticas con las correspondientes distribuciones poblacionales, según diferentes parámetros y criterios.

3.1. Distribución de la población reclusa según la edad y sexo

La población reclusa española –a finales de diciembre del año 2023 (datos disponibles más actualizados representados en la Tabla 1) –, sumaba una población total de 45.561 personas en régimen de reclusión. De dicha población 42.247 eran hombres y 3.314 mujeres, representando en términos porcentuales un 92,7% y 7,3% respectivamente.

Tabla 1 – Distribución población reclusa por edades y sexo (diciembre 2023)

Grupos de edad	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
18-20 años	341	15	96%	4%	356
21-25 años	3.030	144	95%	5%	3.174
26-30 años	4.917	287	94%	6%	5.204
31-40 años	12.575	996	93%	7%	13.571
41-50 años	12.037	1.088	92%	8%	13.125
51-60 años	6.737	565	92%	8%	7.302
61-70 años	2.030	180	92%	8%	2.210
Más de 70 años	580	39	94%	6%	619
Total	42.247	3.314	92,7%	7,3%	45.561

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

Del amplio rango de edad (que abarca desde los 18 años, hasta personas mayores de 70 años), se detecta la máxima concentración poblacional en el intervalo de 31 a 40 años, alcanzando la misma la cifra de 13.571 personas reclusas, que se distribuyen en 12.575 hombres y 996 mujeres, representando en términos porcentuales un 93% y 7% respectivamente. Obsérvese que la comparativa de la población de hombres sobre las mujeres es 12,62 veces mayor.

3.2. Distribución de la población reclusa según situación procesal, grado, tipología delictiva y sexo

En relación a la población reclusa según la situación procesal y sexo – a finales de diciembre de 2023 (datos disponibles más actualizados que se

representan en la Tabla 2)–, cabe destacar que el mayor volumen de personas se concentra en los “penados”, alcanzando una cifra de 45.429 personas. De dicha población 42.119 eran hombres y 3.310 mujeres, representando en términos porcentuales un 93% y 7% respectivamente.

Tabla 2 – Población reclusa según situación procesal y sexo (diciembre 2023)

Situación procesal	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Preventivos	9.289	619	94%	6%	9.908
Penados	42.119	3.310	93%	7%	45.429
Medidas de seguridad	487	43	92%	8%	530
Penados con preventivas	803	28	97%	3%	831
Total	52.698	4.000	92,9%	7,1%	56.698

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

También, y en referencia al segundo dato más elevado, es notable la cantidad de personas internadas en régimen de “preventivos” (pendientes de juicio que confirme penas privativas de libertad mediante sentencia firme), representando la cifra global de 9.908 personas. De dicha población 9.289 eran hombres y 619 mujeres, representando en términos porcentuales un 94% y 6% respectivamente. Si realizamos una comparativa de los datos globales de la población reclusa en situación procesal de “penados” 45.429, con la de “preventivos” 9.908, se podrá apreciar que la primera representa un valor 4.62 veces mayor que la segunda. Sin embargo, el porcentaje de hombres respecto a mujeres, apenas varía 1 punto en el porcentaje siendo superior el de los “preventivos” respecto a los “penados”.

Respecto a la población reclusa según grado y sexo –a finales de diciembre de 2023 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 3)–, se aprecia que el mayor número de personas se concentra en los “segundo grado”, alcanzando una cifra de 33.594 personas. De dicha población 31.631 eran hombres y 1.963 mujeres, representando en términos porcentuales un 94% y 6% respectivamente.

Tabla 3 – Población reclusa según grado y sexo (diciembre 2023)

Grado	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Primer Grado	534	22	96%	4%	556
Segundo Grado	31.631	1.963	94%	6%	33.594
Tercer Grado	7.408	1.096	87%	13%	8.504
Sin Clasificar	2.674	233	92%	8%	2.907
Total	42.247	3.314	92,7%	7,3%	45.561

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

La comparativa de los tres grados –sin considerar el apartado “sin clasificar” (que supone 2.907 de los 45.561 totales)– nos muestra una diferencia de cifras poblacionales muy considerable: 556, 33.594 y 8.204, representando los porcentajes de 1.3%; 78%, y 19,94% respectivamente. La comparativa de la segmentación por sexos de los tres grados muestra porcentajes aproximados entre el “primer grado” (96% hombres/4% mujeres) y “segundo grado” (94% hombres /6% mujeres); mostrando una mayor diferencia con el tercer grado (87% hombres/13% mujeres). Observándose del conjunto poblacional una mayor participación porcentual de las mujeres en el “tercer grado”.

Respecto a la población reclusa según tipología delictiva y sexo –a finales de diciembre de 2023 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 4)–, cabe destacar que el mayor volumen de personas se concentra en los “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, alcanzando una cifra de 17.343 personas. De dicha población 15.936 son hombres y 1.407 son mujeres, representando en términos porcentuales un 92% y 8% respectivamente.

Tabla 4 – Población reclusa según tipología delictiva y sexo (diciembre 2023)

Tipo de delito	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Homicidio y sus formas	2.970	294	91%	9%	3.264
Lesiones	1.863	150	93%	7%	2.013
Contra la libertad	538	51	91%	9%	589
Contra la libertad sexual	3.977	62	98%	2%	4.039

Contra el honor	0	0	0%	0%	0
Delitos y faltas de violencia de género	5.074	0	100%	0%	5.074
Contra las relaciones familiares	157	6	96%	4%	163
Contra el patrimonio y el orden socioeconómico	15.936	1.407	92%	8%	17.343
Contra la salud pública	6.530	838	89%	11%	7.368
Contra la seguridad del tráfico	1.346	56	96%	4%	1.402
Falsedades	394	73	84%	16%	467
Contra la administración y hacienda pública	200	29	87%	13%	229
Contra la administración de justicia	784	125	86%	14%	909
Contra el orden público	1.286	100	93%	7%	1.386
Resto de delitos*	944	102	90%	10%	1.046
Por faltas	20	2	91%	9%	22
No consta delito	150	11	93%	7%	161
Total	42.169	3.306	92,7%	7,3%	45.475

* Se encuentra incluida la población reclusa con penas preventivas.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

La relación existente entre el número total poblacional y el correspondiente a estos delitos representa un porcentaje del 38,14%. Le siguen en el listado, en segundo lugar “los delitos contra la salud pública” con 7.368 personas reclusas; y, en tercer lugar “los delitos y faltas de

violencia de género” con una población de 5.074 personas reclusas. También es notable los datos estadísticos que representan “los delitos contra la libertad sexual” que ocupan el cuarto lugar de la relación, alcanzando una cifra total de 4.039 personas reclusas, lo que supone un porcentaje de 8,9% con respecto a la totalidad de la población reclusa, distribuyéndose por sexos en un 98% hombres y 2% mujeres.

3.3. Distribución de la población reclusa por CCAA, según población extranjera y sexo

De la distribución regional por CCAA de la población reclusa española –a finales de diciembre de 2023 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 5)–, cabe destacar que el mayor volumen de personas reclusas en establecimientos penitenciarios se concentra en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya cifra alcanza una población de 12.551 personas. De dicha población 11.760 son hombres y 791 son mujeres, representando en términos porcentuales un 94% y 6% respectivamente.

Tabla 5 – Población reclusa distribuida por CCAA y sexo (diciembre 2023)

CCAA	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Andalucía	11.760	791	94%	6%	12.551
Aragón	1.713	79	96%	4%	1.792
Asturias, Principado	926	100	90%	10%	1.026
Balears, Illes	1.348	111	92%	8%	1.459
Canarias	3.345	220	94%	6%	3.565
Cantabria	394	31	93%	7%	425
Castilla y León	3.722	224	94%	6%	3.946
Castilla-La Mancha	1.678	42	98%	2%	1.720
Cataluña	7.582	459	94%	6%	8.041
Com. Valenciana	5.943	606	91%	9%	6.549
Extremadura	954	73	93%	7%	1.027

Galicia	2.767	243	92%	8%	3.010
Madrid, Comunidad	6.352	714	90%	10%	7.066
Murcia, Región de	1.651	96	95%	5%	1.747
Navarra, C. Foral de	394	31	93%	7%	425
País Vasco	1.440	134	91%	9%	1.574
Rioja, La	315	27	92%	8%	342
Ceuta	241	11	96%	4%	252
Melilla	173	8	96%	4%	181
Total	52.698	4.000	92,9%	7,1%	56.698

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

En segundo y tercer lugar se sitúan Cataluña con 8.041 y la comunidad de Madrid con 7.066 personas reclusas respectivamente. En la posición antagónica de menor población, se encuentran las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla con 53 y 62 personas reclusas respectivamente.

Respecto a la distribución regional por CCAA de la población reclusa extranjera –a finales de diciembre de 2023 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 6)–, debemos señalar que el mayor volumen de personas reclusas en establecimientos penitenciarios se concentra en la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuya cifra alcanza una población de 4.050 personas. De dicha población 3.898 son hombres y 152 son mujeres, representando en términos porcentuales un 51% y 33% respectivamente con respecto al total poblacional.

Tabla 6 – Población reclusa extranjera por CCAA y sexo (diciembre 2023)

CCAA	Hombres	Mujeres	Hombres %	Mujeres %	Total
Andalucía	2.311	106	20%	13%	2.417
Aragón	637	22	37%	28%	659
Asturias, Principado	116	10	13%	10%	126
Baleares, Illes	515	28	38%	25%	543

Canarias	826	38	25%	17%	864
Cantabria	71	6	18%	19%	77
Castilla y León	1.449	46	39%	21%	1.495
Castilla-La Mancha	461	6	27%	14%	467
Cataluña	3.898	152	51%	33%	4.050
Com. Valenciana	1.720	126	29%	21%	1.846
Extremadura	94	9	10%	12%	103
Galicia	574	31	21%	13%	605
Madrid, Comunidad	2.687	355	42%	50%	3.042
Murcia, Región de	523	23	32%	24%	546
Navarra, C. Foral de	134	7	34%	23%	141
País Vasco	478	24	33%	18%	502
Rioja, La	89	6	28%	22%	95
Ceuta	51	2	21%	18%	53
Melilla	59	3	34%	38%	62
Total	16.693	1.000	31,7%	25,0%	17.693

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en la SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Estadística penitenciaria](#), Ministerio de Interior, 2023

De igual forma, en la posición más baja de la tabla en la que se reflejan los datos de la menor población reclusa, se encuentran de nuevo las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla con 53 y 62 personas reclusas respectivamente, lo que infiere de la comparativa con la Tabla 5 que toda la población en dichas localidades son extranjeros.

3.4. **Números de plazas para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad según evolución temporal y tipo de entidad**

En referencia al número de plazas de personas reclusas para el

cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad, para el rango temporal comprendido desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2022 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 7), conviene destacar que el mayor número se ha detectado en el año 2020 con 57.018 plazas, si bien se debe advertir que este significativo aumento es debido al cambio que se introduce en el proceso de contabilización de las plazas disponibles.

Tabla 7 – Plazas para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad (evolución durante el periodo 1998-2022)

Año	N. de plazas	Año	N. de plazas
1998	1.583	2011	20.197
1999	2.283	2012	20.943
2000	2.923	2013	21.536
2001	3.088	2014	22.341
2002	3.183	2015	32.071
2003	3.260	2016	32.127
2004	3.268	2017	33.787
2005	4.983	2018	33.856
2006	5.226	2019	33.485
2007	5.755	2020 ¹³	57.018
2008	11.404	2021	54.190
2009	15.632	2022	54.543

¹³ Adviértase el significativo incremento que se produce en el año 2020. Dicho aumento se debe al cambio que se introduce en el proceso de contabilización de las plazas disponibles: se comienza a usar la información que existe en la herramienta de gestión Sistema de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SISPE-A), que incluye las plazas disponibles en los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMA) a través de los catálogos que tienen cargados en su herramienta de gestión. Este cambio metodológico proporciona una información más ajustada a la realidad de las plazas existentes. Respecto a los SGPMA, el art. 2.4 R.D. 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, los define como aquellas «unidades administrativas multidisciplinares dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendado la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad».

2010	18.579		
------	--------	--	--

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Anuario estadístico del Ministerio de Interior 2022](#), Ministerio del Interior, 2022

En relación a la distribución de las distintas plazas para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad ordinaria según tipo de entidad y para el año 2022 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 8), y representan un total de 54.543 plazas ofrecidas a través de 10.173 entidades colaboradoras.

Tabla 8 – Plazas para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad ordinaria por tipo de entidad (2022)

Entidades públicas/privadas distintas de instituciones penitenciarias	Entidades colaboradoras	Plazas ofrecidas
Administraciones Públicas*	5.902	30.017
ONG y otras entidades	4.099	19.357
Instituciones penitenciarias (centros penitenciarios, centros de inserción social-CIS y SGPMA)	172	5.169
Total	10.173	54.543

* De este número de plazas, más de 400 corresponden a plazas de convenio y adhesiones a través de la Federación Española de Municipios y Provincias.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Anuario estadístico del Ministerio de Interior 2022](#), Ministerio del Interior, 2022

De dicha distribución, el mayor número de plazas alcanza una cifra de 30.017, que se corresponden con las ofertas de 5.902 entidades colaboradoras. Dicha cantidad representa un porcentaje de 55,03% del total de ofertas.

3.5. Datos de contratación y distribución por ocupaciones de las personas reclusas en España

Respecto a la información disponible sobre la contratación de las personas reclusas en España para el año 2022 (datos disponibles más

actualizados que se representan en la Tabla 9), el número de internos trabajadoras a fecha de 31 de diciembre de 2022, ha sido de 11.262 personas. Lo que ha supuesto un gasto total de la contratación de 43.914.824,61 €, que se distribuyen entre los gastos salariales y productividad que han alcanzado la cifra de 38.091.207,63 €, y los gastos de cotización empresarial a la Seguridad Social de los internos que ha sido de 5.823.616,98 €.

Tabla 9 – Datos sobre la contratación de personas reclusas en España (2022)

N. de internos trabajadores a 31 de diciembre	11.262
Gasto anual en percepciones salariales y productividad de internos	38.091.207,63 €
Gasto anual en cotizaciones empresariales a la Seguridad Social de los internos	5.823.616,98 €
Gasto total	43.914.824,61 €

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Informe general de Instituciones Penitenciarias 2022](#), Ministerio del Interior, 2022

Para finalizar este epígrafe, haremos referencia a la distribución por sectores de las ocupaciones de las personas reclusas en España para el año 2022 (datos disponibles más actualizados que se representan en la Tabla 10) que han alcanzado una cifra total de 11.589. El mayor número de contrataciones se ha detectado en el sector de actividad de “Panadería”, con un total 4.599 contrataciones. Le han seguido: “Manipulados” con 2.571, “Cocina” 1.637 y “Economato” 1.395 contrataciones respectivamente. En contrapartida, los menores números de contrataciones han correspondido al sector “Artesanía y similares” que no ha registrado ningún contrato en el año 2022, el sector de “Madera y mueble” que ha registrado solamente 4 contrataciones, y los sectores “Artes gráficas” y “Agropecuarios” que también han registrado 8 contrataciones cada uno de estos sectores. Finalmente, también es relevante que el sector de actividad “Prestación de servicios” solamente ha registrado 13 contrataciones.

Tabla 10 – Distribución de las ocupaciones por sectores de actividades de las personas reclusas en España (2022)

Sector de actividad	N. de contrataciones
Agropecuaria	8

Artes gráficas	8
Artesanía y similares	0
Confección y textil	93
Madera y mueble	4
Manipulados	2.571
Metálicas	20
Prestación de servicios	13
Cocina	1.637
Economato	1.395
Mantenimiento	814
Panadería	4.599
Otras actividades	427
Total	11.589

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, [Anuario estadístico del Ministerio de Interior 2022](#), Ministerio del Interior, 2022

4. El desdibujado e inconexo marco normativo español actual. El Real Decreto 782/2001 y su arduo encaje armonizador con el resto de legislación concordante

Una inmersión en el entramado jurídico regulador de las actividades laborales, llevadas a cabo por las personas reclusas durante su periodo de internamiento en los establecimientos penitenciarios españoles, nos desvela un panorama desolador¹⁴. En efecto, como se ha señalado de forma acertada por parte de la doctrina: «La normativa que regula las diversas actividades laborales que pueden realizar los internos penitenciarios (mayores y menores de edad) es prolija, y se encuentra desparramada en heterogéneos textos legales»¹⁵. Se trata de una relación laboral especial de los internos en los centros penitenciarios que tiene como antecedente

¹⁴ Cfr. F. BURGOS FERNÁNDEZ, *Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España*, en *Anales de la Universidad de Cádiz*, 1996, n. 11.

¹⁵ Vid. Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Visión panorámica de los diferentes “trabajos” en prisión*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1, p. 110.

próximo el art. 25.2 CE, en cuanto que establece el derecho de los condenados a penas de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social.

Del conglomerado legislativo, se destaca –en pura lógica por su carácter prioritario– el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (RDRLEP)¹⁶. El aspecto más significativo de esta norma reside en el hecho de concebir el trabajo de los internos como el producto de la articulación de aspectos formativos combinados con el ejercicio de una actividad laboral que tienen como finalidad última facilitar su futura “inserción laboral”¹⁷. De forma adicional, y como se resalta en el Preámbulo de la norma, cabe destacar entre las novedades más relevantes de este RDRLEP las siguientes:

1. la incorporación de un catálogo de oferta de los puestos de trabajo existentes por actividades que, en la medida de lo posible, han de seguir la tendencia del sector laboral, con el fin de que la tarea de inserción laboral sea lo más fácil posible;
2. la posibilidad de que la labor de preparación para la inserción no se vea interrumpida con motivo de traslados entre centros penitenciarios, en determinadas condiciones;
3. una mayor concreción en la regulación de aquellas situaciones en que la organización del trabajo se lleva a cabo en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, que contribuyen así al objetivo de reinserción, proporcionando puestos de trabajo en el interior de los centros penitenciarios y constituyendo auténticas unidades productivas en los mismos;
4. se establece el marco normativo de protección de Seguridad Social de este colectivo, acorde con sus especiales características¹⁸, tal

¹⁶ Adviértase que el RDRLEP ha sido modificado con posterioridad por el Real Decreto 2131/2008, de 26 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

¹⁷ *Vid.* J. SUÁREZ TASCÓN, *op. cit.*, p. 313 ss.

¹⁸ *Vid.* el contenido del art. 21: «Relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en instituciones penitenciarias. El Gobierno regulará la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios. En la referida regulación se establecerá un marco de protección de Seguridad Social de este colectivo, acorde con sus especiales características. A las cotizaciones a la Seguridad Social que hayan de efectuarse por las contingencias cuya cobertura se establezca, se les aplicarán las bonificaciones generales que se otorguen a favor

como dispone en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Precisamente, en relación a la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, se debe tener presente que una de las novedades más importantes del sistema de penas de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), es la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Con ella se evita alguno de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, como la separación del delincuente de la sociedad, y, al mismo tiempo, se le hace partícipe de intereses públicos, al tener que cooperar con actividades que tienen ese carácter.

Respecto a los elementos esenciales de esta relación laboral especial – integrados en el RDRLEP– se detallan los siguientes:

- a. *ámbito de aplicación*. Regula la relación laboral de carácter especial existente entre el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad¹⁹;
- b. *régimen de exclusiones*. Quedan excluidas las siguientes:
 - la relación laboral de los internos en régimen abierto, sometidos a un sistema de contratación ordinaria con empresarios, que se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la tutela que en la ejecución de estos contratos pueda realizarse por la autoridad penitenciaria²⁰;
 - las diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios, tales como la formación profesional ocupacional, el estudio y la formación académica, las ocupacionales que formen parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, las artesanales, intelectuales y artísticas y, en general, todas aquellas ocupaciones que no tengan naturaleza productiva²¹;
- c. *sujetos de la relación laboral especial*. Son trabajadores los internos que desarrollen actividades laborales de producción por cuenta ajena en

de los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral o las que específicamente se fijen para este colectivo. El Gobierno regulará, asimismo, la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad».

¹⁹ *Vid.* art. 1.1 RDRLEP.

²⁰ *Vid.* art. 1.2 RDRLEP.

²¹ *Vid.* art. 1.3 RDRLEP.

los talleres productivos de los centros penitenciarios²². También a dichos efectos el empleador será en todos los casos el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente²³;

- d. *finalidad*. La finalidad esencial del trabajo es la preparación para la futura inserción laboral del interno, por cuya razón ha de conectarse con los programas de formación profesional ocupacional que se desarrollen en los centros penitenciarios, tanto a efectos de mejorar las capacidades de los mismos para el posterior desempeño de un puesto de trabajo en los talleres productivos como para su futura incorporación laboral cuando accedan a la libertad²⁴;
- e. *objeto de la relación laboral*. El trabajo que realice el penado deberá ser productivo y remunerado²⁵;
- f. *duración de la relación laboral*. Dicha duración coincidirá con la de la obra o servicio que se le encomiende;
- g. *formalización de la relación laboral especial del interno*. Se formalizará con la inscripción del interno en el correspondiente Libro de Matrícula, con efectos desde la fecha en que se produzca el alta efectiva en el puesto de trabajo. También se anotará en dicho Libro la extinción de la relación laboral, así como su suspensión por causa de traslado del interno a otro centro penitenciario por tiempo no superior a dos meses²⁶.

En referencia a los derechos y deberes laborales de los internos, en la tabla 11 se recogen los mismos según su reconocimiento en la legislación vigente²⁷.

Tabla 11 – Catálogo de derechos y deberes laborales de los internos

Derechos	Deberes
A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, por la edad, dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, así como por el idioma.	Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, con arreglo a las reglas de la buena fe, diligencia y disciplina, así como con las que se deriven de la actividad laboral comprendida en su programa individualizado de tratamiento.

²² *Vid.* art. 2.1 RDRLEP.

²³ *Vid.* art. 2.2 RDRLEP.

²⁴ *Vid.* art. 4.1 RDRLEP.

²⁵ *Vid.* art. 4.2 RDRLEP.

²⁶ *Vid.* art. 7.1 RDRLEP.

²⁷ *Vid.* arts. 5 y 6 RDRLEP.

A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre dicha materia.	Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten.
Al trabajo productivo y remunerado que pudiere ofertar la Administración penitenciaria, así como a la percepción puntual de la remuneración establecida por la legislación penitenciaria, al descanso semanal y a las vacaciones anuales.	Cumplir las órdenes e instrucciones del personal responsable de la organización y gestión de los talleres, en el ejercicio regular de sus funciones.
Al respeto a su intimidad, con las limitaciones exigidas por la ordenada vida en prisión, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.	Contribuir a conseguir el cumplimiento de los fines de la relación laboral, tanto desde el punto de vista de su preparación para la inserción laboral, como en relación con el cumplimiento de los objetivos de la actividad laboral que se le encomienda.
A participar en la organización y planificación del trabajo en la forma y con las condiciones establecidas en la legislación penitenciaria.	
A la formación para el desempeño del puesto, así como a la promoción en el trabajo.	
A que se valore el trabajo productivo realizado y la laboriosidad del interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario, así como para la concesión de beneficios penitenciarios cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación.	

Fuente: elaboración propia a partir de la legislación vigente²⁸

Retomando el aspecto esencial sobre la regulación jurídica de esta

²⁸ *Vid.* Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Véase también las modificaciones introducidas por el Real Decreto 2131/2008, de 26 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

relación especial, en el propio RDRLEP se dispone lo siguiente: «La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [ET²⁹], sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo»³⁰. Sin embargo, como ya se había anticipado, el marco regulador tiene una mayor amplitud y dispersión que excede del ámbito exclusivo de las dos normas anteriores. Así, cobra un especial protagonismo la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y, concretamente, el Capítulo II³¹ del Título II³², donde se dispone «que el trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado»³³ y, por otro lado, el párr. c) del apdo. 1º del art. 2 ET, que enuncia como relación laboral de carácter especial la de los penados en las instituciones penitenciarias. Abordándose el trabajo en el centro penitenciario desde una doble consideración: de una parte, integrándose en el “régimen penitenciario”; y, de otra, desde la perspectiva del “tratamiento penitenciario”, es decir, de la organización de la vida de los internos y su preparación para la vida en libertad³⁴.

Junto a la norma anterior, y de manera concatenada, otra serie de normas y preceptos dispersos, de las que destacamos las siguientes:

- los arts. 132 –concepto y caracteres del trabajo penitenciario de carácter productivo no realizado mediante fórmulas cooperativas o similares–, 133 –el deber de trabajar de los penados– y 153 –el trabajo ocupacional– del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RTPE), modificado por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo;
- el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el RTPE de 1981, básicamente los arts. 108, 109, 110 y 111, y el 124.1 (en la redacción dada por Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo) por disponerlo así expresamente la Disposición Derogatoria Única 2.b) y 3 del RTPE. También, aunque de manera transitoria, se

²⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Nótese que las relaciones laborales especiales fueron introducidas por la Ley 8/1980 de 10 de marzo, que promulga el primer Estatuto de los Trabajadores postconstitucional (disposición derogada en la actualidad).

³⁰ *Vid.* art. 1.4 RDRLEP.

³¹ Bajo la rúbrica *Trabajo*.

³² Denominado “Del Régimen Penitenciario”, que abarca desde el art. 26 al art. 35.

³³ *Vid.* art. 27.2 LOGP.

³⁴ *Vid.* J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, [El trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español](#), en *Cuadernos de Derecho Judicial – Derecho Penitenciario*, 1996, n. 33, pp. 207-208.

encuentran vigentes los arts. 277 a 324; 328 a 332 y 334 a 343 del mismo RTPE/1981 según establece la DT 3º del RTPE. Preceptos todos ellos que regulan la dinámica carcelaria en aspectos que deben tenerse en consideración para la organización de los diferentes trabajos (productivos y relacionados con el tratamiento) en el centro penitenciario³⁵.

Con todo, y respecto a la organización del trabajo previsto en esta relación laboral especial, desde la perspectiva empresarial, también habrá que atender a lo previsto en el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (RDETPFE).

En definitiva, como se ha aseverado de forma acertada por parte de la doctrina, «La exposición de toda esta amalgama normativa es paradigmático de cómo la desatención legislativa ha propiciado un cierto desorden regulatorio, mezclándose normas anteriores al primer ET (1980), con reglamentos parcialmente derogados, formando un peculiar corpus jurídico técnico que no se justifica ni desde un punto de vista organizativo, ni desde una perspectiva práctica»³⁶. Lo que infiere la necesaria revisión legislativa con el fin de poder conciliar –y/o aclarar– la normativa de carácter laboral con la penitenciaria que afecte a los trabajos realizados por los internos en sentido amplio, trabajos en beneficio de la comunidad y trabajos menores realizados por este colectivo.

5. Modalidades y tipologías más significativas sobre otras actividades desarrolladas por los internos en prisiones distintas a las previstas en el Real Decreto 782/2001

Aunque no es nuestra pretensión realizar un examen exhaustivo de las distintas actividades de carácter laboral llevadas a cabo por las personas que cumplen condena durante el periodo de reclusión, bastará con una aproximación a aquellas más relevantes con el fin de obtener una panorámica de la situación actual.

³⁵ Para profundizar sobre esta materia, pueden consultarse las siguientes referencias bibliográficas: C. GARCÍA VALDÉS, *La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2015, vol. LXVIII; D. FERNÁNDEZ BERMEJO, *Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el derecho penitenciario*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2019, vol. LXXII.

³⁶ *Vid.* Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 112. También, y en esta misma línea, consúltese P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *op. cit.*, p. 32 ss.

Como se ha podido señalar de forma acertada, desde el plano jurídico-laboral estricto, no todas las actividades desarrolladas por este colectivo podrán calificarse como “actividad laboral”³⁷. Con mayor abundamiento, se puede colegir que del entramado legislativo no es fácil extraer un esquema organizativo que responda a unos criterios precisos conforme a los cuales se puedan clasificar –y/o clarificar– los diferentes tipos de trabajo. Por todo ello, en dicha labor de diferenciación ha quedado excluida la jurisprudencia y, por tanto, ha sido la doctrina científica quien ha asumido dicho abordaje en su totalidad a partir del complejo análisis normativo³⁸.

Para una mejor exposición, afrontaremos el análisis desde una perspectiva amplia que nos permite la división expositiva en las siguientes agrupaciones³⁹: el trabajo ocupacional, las prestaciones personales obligatorias y otras actividades.

5.1. El trabajo ocupacional

El RTPE ha dedicado el Capítulo V a esta modalidad de actividad desarrollada por los internos y que ha titulado: «Trabajos ocupacionales no productivos». Por ende, se trata de una nueva tipología legal que se aparta sustancialmente de la anterior, al estar catalogada como «trabajo no productivo»⁴⁰. La determinación de dicha modalidad se sustenta en los siguientes parámetros legales:

1. los trabajos desarrollados en los talleres ocupacionales⁴¹ no se encuadran en la relación laboral de carácter especial regulada en el capítulo anterior, ni gozan de la acción protectora de la Seguridad

³⁷ En este sentido De La Cuesta ha señalado que «Ciertamente el concepto social de “trabajo” se ha ampliado y no se limita ya al trabajo productivo; abarca también las actividades orientadas a la preparación de la producción o prestación de servicios. Además, comienza a perder hasta alguna de sus características más tradicionales desde la Revolución Industrial, como el hecho de su prestación, por lo general, fuera del hogar y en un espacio de tiempo acotado». *Vid.* J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *op. cit.*, p. 209.

³⁸ *Vid.* Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 112 ss.

³⁹ Sobre el esquema expositivo, pueden consultarse las siguientes referencias bibliográficas: J. SUÁREZ TASCÓN, *op. cit.*; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *op. cit.*; Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*

⁴⁰ *Vid.* art. 153 RTPE.

⁴¹ Es el propio RTPE el que establece en su art. 153.1 que en los «Establecimientos penitenciarios podrán existir talleres ocupacionales donde trabajen los reclusos, de acuerdo con los programas que se establezcan por la Administración Penitenciaria competente o por la Junta de Tratamiento del Centro».

- Social⁴². Nótese que por parte del legislador se ha querido subrayar el carácter “no laboral” de esta actividad;
2. los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán recibir incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios por la realización de su trabajo⁴³. Es decir, pese al carácter no laboral, nada impide que se pueda percibir una retribución económica por el desarrollo de dicha actividad. No obstante, y en buena lógica, dichas percepciones no podrán considerarse en modo alguno como cualquier tipo de emolumento salarial;
 3. los beneficios económicos que pudieran existir por la venta de los productos elaborados en los talleres ocupacionales se destinarán a la reposición de los materiales necesarios para la elaboración de los productos, así como al pago de incentivos a los internos⁴⁴. Complemento del anterior, reiterándose el carácter no salarial de la posible percepción.

No obstante, y pese a la fractura existente entre el trabajo ocupacional y las relaciones laborales especiales de los internos en centros penitenciarios, se puede percibir una clara conexión *ex art. 4.1 RDRLEP* al disponerse a tal efecto que: «La finalidad esencial del trabajo es la preparación para la futura inserción laboral del interno, por cuya razón ha de conectarse con los programas de formación profesional ocupacional que se desarrollen en los centros penitenciarios, tanto a efectos de mejorar las capacidades de los mismos para el posterior desempeño de un puesto de trabajo en los talleres productivos como para su futura incorporación laboral cuando accedan a la libertad». En definitiva, tres ideas esenciales se desprenden del precepto, “la mejora de las capacidades laborales de los internos”, “facilitar su incorporación en los talleres productivos” y/o “facilitar su incorporación al mundo laboral externo una vez que finalice el cumplimiento de la pena”.

Con todo, y para concluir este epígrafe, reiteramos la tesis del carácter no laboral del trabajo ocupacional, pero admitiendo la evidencia de la conexión legal existente que el propio RDRLEP reconoce. Paradójicamente, nos situamos ante una relación en la que podríamos identificar todos los elementos de laboralidad que se desprenden del art. 1.1 ET, pero que el legislador no ha querido calificar dicha relación como “relación laboral”⁴⁵.

⁴² *Vid.* art. 153, 4 RTPE.

⁴³ *Vid.* art. 153, 2 RTPE.

⁴⁴ *Vid.* art. 153, 3 RTPE.

⁴⁵ *Cfr.* Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 127.

5.2. Las prestaciones personales obligatorias

Según lo estipulado en la LOGP, el régimen obligacional al que se encuentran sometidas las personas reclusas, durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas, distingue dos tipos de prestaciones personales obligatorias:

1. aquellas «prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento»⁴⁶;
2. aquellas otras dirigidas a «contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizativos de dichos fines»⁴⁷.

En una primera aproximación, se puede apreciar que dichas obligaciones se encuentran estrechamente relacionadas y con un alto índice de dependencia. La razón fundamental se localiza en el propio texto legal del RTPE al exponerse que: «El interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones»⁴⁸.

Ahora bien, será en el art. 5.2 RTPE en el que se establezcan los “deberes del interno”, concretándose los siguientes:

- a. permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan;
- b. acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones;
- c. colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabajadores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada;
- d. utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento;
- e. observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos;

⁴⁶ Art. 27.1.e) LOGP.

⁴⁷ Art. 29.2 *in fine* LOGP.

⁴⁸ Art. 5.1 RTPE.

- f. realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos;
- g. participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.

De todas ellas, relacionadas estrechamente en base al concepto “deber del interno”, será el apdo. f) el que está dedicado a las «prestaciones personales obligatorias».

De forma adicional, en otro precepto del mismo texto legal al referirse a las prestaciones personales obligatorias, se ha precisado que: «Conforme a lo establecido en el artículo 29.2 LOGP, los internos vendrán obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, la limpieza y la higiene en los Establecimientos»⁴⁹.

En base a lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el ET, no hay duda sobre la calificación de estas actividades como prestaciones personales obligatorias, con el deber implícito de llevarse a cabo de forma obligatoria por las personas reclusas durante su periodo de internamiento. Son obligaciones reguladas por el derecho administrativo, aunque nada se opone sustantivamente a considerar deseable que dichas actividades de mantenimiento y limpieza de la propia institución pudieran ser tratadas como auténticas actividades laborales⁵⁰.

En definitiva, de lo expuesto sobre las relaciones personales obligatorias podremos extraer las siguientes reflexiones:

1. la realización de dicha prestación no genera la existencia de una relación laboral especial de la contemplada en el RDRLEP, ni cualquier otra del ET o de régimen laboral específico. Ni siquiera el hecho de que sea la misma estructura administrativa la que organice el trabajo productivo propiamente dicho y las prestaciones personales obligatorias puede ser motivo para entender incluíble en el ámbito subjetivo del régimen general de la Seguridad Social a un interno que realiza las prestaciones personales obligatorias que se le encomienden⁵¹;

⁴⁹ Art. 78.2 RTPE.

⁵⁰ *Cfr.* P. FERNÁNDEZ ARTIACH, *op. cit.*, pp. 52-55.

⁵¹ Como ha expresado el profesor Arias Domínguez, compartimos su planteamiento cuando afirma lo siguiente: «Llama la atención [...] que las prestaciones obligatorias pueden consistir en la realización de actividades idénticas, o muy similares, a aquellas que podrían organizarse mediante una prestación de servicios profesionales retribuidos y dependientes por cuenta ajena, y que sólo se diferencian de aquellas por la configuración técnico jurídica que a dicho trabajo le ha dado la Administración Penitenciaria» (Á. ARIAS

2. que estamos en presencia de una auténtica obligación jurídica cuyo incumplimiento genera una responsabilidad penitenciaria.

5.3. Otras actividades

En la LOGP se reconocen expresamente como otras modalidades de trabajo las siguientes:

- a. las actividades dedicadas a la formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente⁵²;
- b. las actividades de estudio y formación académica⁵³;
- c. las actividades ocupacionales que formen parte de un tratamiento⁵⁴;
- d. las actividades artesanales, intelectuales y artísticas⁵⁵.

Pese al reconocimiento “laboral” que le otorga la LOGP, dichas actividades no se ajustan a las prerrogativas enunciadas en el art. 1.1 ET. Por lo tanto, la denominación de “trabajo” que asigna la LOGP responde a un criterio abierto pero desarrollado de manera singular en el régimen de internamiento y con la finalidad –que ya hemos anticipado– de preparar en la adquisición de los hábitos laborales a las personas que cumplen condena para el desempeño de actividades profesionales, de tal manera que una vez que salgan en libertad de la prisión puedan aplicarlo a su futura práctica profesional.

En este sentido, habrá que atender a lo dispuesto en el art. 28 LOGP, que dice: «El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado».

Respecto al tratamiento de estas cuatro modalidades, compartimos las tesis del profesor Arias Domínguez, quien sostiene de manera muy acertada, la agrupación de dichas modalidades en dos grandes categorías:

1. las actividades relacionadas con el estudio, formación académica, y las intelectuales y artísticas, que son de orden básico y general y su conceptualización como modalidad de trabajo responde al propósito legal de patrocinar un sistema penitenciario resocializador, en este caso mediante la adquisición de una

DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 127).

⁵² Art. 27.1.a) LOGP.

⁵³ Art. 27.1.b) LOGP.

⁵⁴ Art. 27.1.d) LOGP.

⁵⁵ Art. 27.1.f) LOGP.

formación generalista y básica;

2. las actividades relacionadas con la formación profesional o aquellas que tenga carácter de tratamiento terapéutico, destinadas a la adquisición de una capacitación laboral que le permita adquirir las destrezas básicas para enfrentarse al mundo laboral en libertad⁵⁶.

Así, aquellas actividades que están relacionadas con la adquisición de una formación profesional⁵⁷, y aquellas otras que se relacionan como terapia penitenciaria⁵⁸. En cualquier caso, puede advertirse que la ordenación de estas actividades –formativas y terapéuticas– tienen como nexo común la necesaria formación previa.

6. Conclusiones

Primera

Como se ha podido constatar en el presente estudio, históricamente la función primordial que desempeñaban las prisiones era la de vigilancia y custodia de los presos, apartándolos de la vida social y del resto de los ciudadanos. Dicha función experimentará un gran cambio al incorporarse la dimensión rehabilitadora que permanece como tal hasta nuestros días. Este significativo cambio de paradigma se enfatiza por el importante papel que desempeñan actualmente la reeducación y la reinserción en el sistema penitenciario español, destacándose en dichas funciones el desarrollo del trabajo llevado a cabo por los reclusos durante el periodo de internamiento en el centro penitenciario.

Segunda

Una panorámica actual de la población reclusa española nos muestra una población total de 45.561 personas en régimen de reclusión. De dicha población, 42.247 eran hombres y 3.314 mujeres que, representando en términos porcentuales, suponen un 92,7% de hombres y 7,3% de mujeres

⁵⁶ El citado profesor asevera que, «Mientras que las del primer grupo carecen de relevancia para el derecho del trabajo, las del segundo grupo sí que pueden tener alguna –aunque escasa– relevancia laboral, básicamente porque su concreción efectiva se vehicula mediante el “trabajo”, productivo y no productivo». *Cfr.* Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁵⁷ De forma muy especial, porque guarda una estrecha relación con aquellos aspectos prácticos y esenciales del desarrollo profesional.

⁵⁸ Desarrollándose mediante una actividad en sentido estricto, o a través de un programa individualizado de tratamiento que tenga cada interno.

respectivamente. Una comparativa de dicha población con el número total de contrataciones –que apenas supera las 12.000– junto al número de personas trabajadoras internas que desarrollan alguna actividad productiva en los talleres –que suman alrededor de 3200– nos desvela una cifra cercana a las 30.000 personas reclusas que quedan apartadas del ejercicio de una actividad laboral en régimen de internamiento. Lo que infiere que el “derecho al trabajo remunerado” de las personas condenadas a prisión, reconocido como un “derecho fundamental” en el art. 25 CE, queda relegado a una mera utopía.

Tercera

Junto al reconocimiento constitucional del mencionado art. 25 CE del derecho al trabajo como derecho fundamental, se conecta también el reconocimiento del trabajo como deber u obligación de trabajar de las personas en régimen de internamiento *ex* art. 26.1 LOGP. Se trata, en definitiva, de la recepción del contenido del art. 35 CE en el que se concibe el trabajo como el deber de todos los ciudadanos españoles; en concreto, como un deber ético y social, pero desprovisto de cualquier intento de exigencia coactiva. Desde el ámbito que despliega la LOGP, la obligación de trabajar de las personas internas distingue: por un lado, los “presos preventivos” que de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 LOGP podrán trabajar «conforme a sus aptitudes e inclinaciones» –excluyéndose desde esta perspectiva aquellas prestaciones obligatorias que se requieren para el mantenimiento del buen orden, higiene y limpieza del establecimiento penitenciario–; y, de otro, «todos los penados» que, salvo que se encuentren acogidos a alguna de las excepciones previstas legalmente, tendrán la obligación de trabajar conforme a sus «aptitudes físicas y mentales». Advirtiéndose que su negativa a trabajar quedaría sujeta al régimen sancionador de las normas disciplinarias y, además, privando a dichas personas de los posibles beneficios penitenciarios.

Cuarta

Desde la perspectiva que ofrece el Real Decreto 782/2001, como norma reguladora de la relación especial laboral del trabajo desarrollado por las personas que cumplen condena en establecimientos penitenciarios españoles, se ha podido constatar la difícil tarea que supone su armonización con el resto de legislación concordante. En efecto, nos encontramos ante un panorama normativo anclado en un auténtico desorden regulatorio producto de una amalgama de normas –algunas

parcialmente derogadas– que intentan formar un marco normativo que no da respuestas jurídicas eficaces, ni desde la perspectiva organizativa, ni desde la técnica-jurídica. De todo ello, se deriva la necesaria revisión legislativa con el fin de poder conciliar –y/o aclarar– la normativa de carácter laboral con la penitenciaria que afecte a los trabajos realizados por los internos en sentido amplio, trabajos en beneficio de la comunidad y trabajos menores realizados por este colectivo.

7. Bibliografía

- ARIAS DOMÍNGUEZ Á. (2021), [*Visión panorámica de los diferentes “trabajos” en prisión*](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 1, pp. 109-133
- BURGOS FERNÁNDEZ F. (1996), *Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España*, en *Anales de la Universidad de Cádiz*, n. 11, pp. 253-266
- DE LA CUESTA ARZAMENDI J.L. (1996), [*El trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español*](#), en *Cuadernos de Derecho Judicial – Derecho Penitenciario*, n. 33, pp. 205-244
- DELGADO DEL RINCÓN L.E. (2004), *El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 1 extra, pp. 339-370
- FERNÁNDEZ ARTIACH P. (2006), *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch
- FERNÁNDEZ BERMEJO D. (2019), [*Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el derecho penitenciario*](#), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, pp. 483-519
- FERNÁNDEZ BERMEJO D. (2014), [*El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?*](#), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVII, pp. 363-415
- GARCÍA VALDÉS C. (2015), [*La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria*](#), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, pp. 63-78
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA E. (2019), [*La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español*](#), en *Revista de Estudios Socioeducativos*, n. 7, pp. 227-249
- ROLDÁN BARBERO H. (2021), *La redención de penas por el trabajo y el derecho penal del siglo XXI*, en [*Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 1](#), pp. 1-28

- SANZ DELGADO E. (2003), *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer
- SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2023), *Estadística penitenciaria*, Ministerio de Interior
- SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2022), *Anuario estadístico del Ministerio de Interior 2022*, Ministerio del Interior
- SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (2022), *Informe general de Instituciones Penitenciarias 2022*, Ministerio del Interior
- SUÁREZ TASCÓN J. (2019), *El trabajo penitenciario*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n. 3 extra, pp. 303-322

Normativa

[Gaceta de Madrid, 5 mayo 1913, n. 125](#)

[Gaceta de Madrid, 28 julio 1849, n. 5432](#)

[Ordenanza General de los Presidios del Reino](#), 14 de abril de 1834

[Real Decreto, dictando disposiciones para la organización y régimen del trabajo y talleres en los Establecimientos penales](#), 29 abril 1886

[Real Ordenanza para el Gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina](#), 20 marzo 1804

[Reglamento General de los Presidios Peninsulares](#), 12 de septiembre de 1807

Normativa OIT

Convenio OIT n. 105, [Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso](#), 1957

Convenio OIT n. 95, [Convenio sobre la protección del salario](#), 1949

Convenio OIT n. 29, [Convenio sobre el trabajo forzoso](#), 1930

Recomendación OIT n. 85, [Recomendación sobre la protección del salario](#), 1949

Discriminaciones y otros problemas que afectan al fomento del empleo de las personas mayores de 45 años y de las desempleadas de larga duración

Antonio FERNÁNDEZ GARCÍA*

RESUMEN: Este trabajo analiza la discriminación sufrida por las personas mayores de 45 años y por las personas desempleadas de larga duración en el acceso al empleo. También se analizan otros problemas que perjudican el fomento del empleo de ambos colectivos, como son la falta de control de los intermediarios laborales digitales, el riesgo de exclusión social y pobreza y el daño a la salud mental. Se aportan soluciones que van más allá de la orientación y formación profesional, los incentivos económicos a la contratación, la intermediación laboral y el fomento del autoempleo.

Palabras clave: Acceso al empleo, desempleo de larga duración, discriminación, mayores de 45 años, políticas de empleo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El colectivo de personas mayores de 45 años. 2.1. Tutela antidiscriminatoria. 2.2. Los problemas sociolaborales de las personas mayores de 45 años. 2.3. Soluciones y medidas específicas para el colectivo. 3. Las personas desempleadas de larga duración. 3.1. ¿Es necesaria una tutela antidiscriminatoria? 3.2. Los problemas psicosociales del desempleo de larga duración. 3.3. Soluciones y medidas específicas para las personas desempleadas de larga duración. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Oberta de Catalunya (España); miembro del Grupo de Investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Fiscalidad, relaciones laborales y empresa” Ref. 2017 SGR 258.



Discriminations and Other Problems that Affect the Foster to Employment for People Over 45 Years Old and Long-Term Unemployed

ABSTRACT: This work analyses the discrimination suffered by people over the age of 45 and by long-term unemployed people in access to employment. Other problems that harm foster the employment of both groups are also analysed, such as the lack of control of digital labour intermediaries, the risk of social exclusion and poverty and damage to mental health. Solutions are provided that go beyond professional guidance and training, economic incentives to hiring, labour intermediation and the foster of self-employment.

Key Words: Access to employment, long-term unemployment, discrimination, over 45 years old, employment policies.

1. Introducción

La reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE) considera como colectivos vulnerables de atención prioritaria de las políticas de empleo a las personas en desempleo de larga duración y a las que hayan alcanzado la edad de 45 años (art. 50). Para estas últimas también se prevé una atención específica, no solo cuando hayan perdido su empleo, sino también cuando estén en riesgo de perderlo, intensificándose la atención que reciban cuando tengan a cargo menores de 16 años o mayores dependientes (art. 52).

Por su parte, el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023¹ considera, a efectos de sus indicadores, como colectivos especialmente afectados por el desempleo a las personas desempleadas de larga duración y a las mayores de 45 años. Asimismo, incluye a ambos perfiles en la lista de colectivos de atención prioritaria. Por su parte, en su Eje 4, *Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo*, se pretende mejorar de manera prioritaria la activación e inserción de ambos grupos (Objetivo 4.2), tomándose en cuenta para su consecución el haberles facilitado un itinerario individual y personalizado de empleo, o bien el acceso a un empleo.

Y el más reciente RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo², contiene en su disposición adicional primera el compromiso del Gobierno de, en el plazo de 6 meses, elaborar en el marco del diálogo social una «Estrategia global para el empleo de personas trabajadoras en desempleo de larga duración o de más edad que incluirá medidas en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y Seguridad Social, con el objetivo de favorecer su reincorporación al mercado de trabajo o su mantenimiento en el mismo». Además, se reservará una cantidad de fondos presupuestarios para ser invertida en políticas activas de empleo en favor de las personas mayores de 52 años. Finalmente, a las personas mayores de 45 años beneficiarias del subsidio por desempleo se les garantizará que, a lo largo de los 6 meses siguientes a la entrada en vigor de esta norma, «se les elabore un perfil individualizado, que les permita acceder a oportunidades de empleo, emprendimiento o formación».

¹ Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023.

² Por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Todo lo anterior puede sumarse a los actuales incentivos a la contratación del RD-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. Así, en su art. 21 se bonifica la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración (inscritas en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación) con 110 euros al mes durante tres años. En el caso de que dichas personas sean mujeres o tengan 45 o más años de edad, la bonificación indicada aumenta a 128 euros al mes durante ese mismo período.

Lo descrito hasta ahora no puede calificarse como novedoso. Por un lado, los incentivos económicos para la contratación indefinida destinados a una multitud de perfiles vienen siendo habituales en nuestro ordenamiento desde los años 80, sufriendo continuas reformas y cambios, y promovidos tanto desde el ámbito estatal como del autonómico³. A vuelapluma podemos mencionar: 1) los existentes hasta la reforma laboral de 2010, que abarcaban a múltiples tipologías de desempleados, incluyendo a las personas mayores de 45 años; 2) el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que preveía una serie de incentivos fiscales y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social según se contratase a jóvenes menores de 30 años, a trabajadores mayores de 45 años o a mujeres en ocupaciones en las que este colectivo estuviera menos representado⁴; 3) el “contrato generaciones” que pretendía fomentar al mismo tiempo el autoempleo de los menores de 30 años y el empleo de los mayores de 45 años, pues se buscaba que los primeros contratasen, mediante bonificaciones, a los segundos⁵; 4) bonificación durante 3 años

³ Por ejemplo, en Andalucía, el art. 51 del D-Ley 2/2015, de 3 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la inserción laboral, la estabilidad en el empleo, el retorno del talento y el fomento del trabajo autónomo, estableció una subvención de 6.000 euros por la contratación indefinida de parados de larga duración mayores de 45 años (inscritos como demandantes de empleo durante 365 días dentro de los 18 meses anteriores o 180 días en los 9 meses anteriores en el caso de trabajadores agrarios). Por su parte, en Cataluña, la Orden EMO/311/2015, de 2 de octubre, reguló subvenciones por la contratación temporal de mayores de 45 años que llevasen 6 meses continuados inscritos como demandantes de empleo no ocupados. La cuantía de las subvenciones (oscilaban entre los 2.500 y los 24.000 euros) estaba limitada mediante unos topes máximos y variaba en función del salario bruto anual (según convenio), la jornada, la duración del contrato y la condición de persona con discapacidad.

⁴ Art. 4, Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁵ Art. 11, Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

para la contratación indefinida de parados de larga duración⁶ que fue derogada al entrar en vigor la actualmente establecida por el art. 21 del RD-Ley 1/2023.

No puede olvidarse la fallida Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2014-2016 (Estrategia 55 y más), pues no existió desarrollo alguno de la misma, quedando sin ejecutar los apartados correspondientes a los incentivos al mantenimiento del empleo y a la reincorporación al mercado de trabajo⁷, así como una de las líneas enfocada al fomento del trabajo autónomo para el grupo de edad de más de 55 años⁸.

También cabe mencionar el Programa de Acción Conjunta para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración (2016-2018), dotado con un presupuesto de 515 millones de euros, aprobado siguiendo la Recomendación del Consejo de 15 de febrero de 2016 sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral. La prioridad del programa fue la mejora de la atención a los demandantes de empleo parados de larga duración, con edades comprendidas entre los 30 y los 54 años, centrándose en medidas de orientación y formación.

Finalmente, pocos meses antes de la crisis sanitaria del Covid-19, se publicó el Plan Reincorpora-t (2019-2021), para prevenir y reducir el desempleo de larga duración. Destinado a diversos colectivos vulnerables⁹, preveía acciones de orientación profesional individualizada, formación (competencias claves y digitales, certificados de profesionalidad, con compromiso de contratación y relacionada con sectores de interés público), inclusión de cláusulas de carácter social en los contratos del sector público que garantizaran la contratación de entre un 5% y un 10% de desempleados de larga duración mayores de 45 años, fomento del autoempleo y de la economía social y solidaria, etc. todo con un presupuesto de 4.000 millones de euros. Se ha considerado que la mencionada crisis sanitaria imposibilitó

⁶ Art. 8, RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

⁷ I. DESBARATS, R. ESTEBAN LEGARRETA, *Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa*, en *IUSLabor*, 2016, n. 3, p. 4.

⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Informe, 2014, n. 2, p. 185.

⁹ Quizás en número excesivamente ambicioso, a saber: 1) personas desempleadas durante 12 meses en los últimos 18 meses; 2) personas mayores de 45 años o trabajadoras agrarias, que hubieran permanecido inscritas como demandantes de empleo no ocupadas durante 180 días en los 9 meses inmediatamente anteriores; 3) colectivos con 9 meses en paro en los últimos 18 meses, mayores de 45 años; 4) trabajadores incluidos en despidos colectivos; 5) otras personas especialmente vulnerables.

el cumplimiento de las previsiones contenidas en dicho plan¹⁰.

En este trabajo vamos a analizar la difícil situación de las personas mayores de 45 años y de las personas desempleadas de larga duración a la hora de acceder a un empleo. No resulta extraña la conexión entre ambos perfiles, pues ya veremos a lo largo de este trabajo que a medida que aumenta la edad las posibilidades de encontrar empleo se reducen, pasando las personas más mayores a engrosar las cifras del desempleo de larga duración¹¹.

A nuestro juicio, se trata de dos colectivos que, pese a destacar por las dificultades para acceder a un empleo, sufren discriminación y poseen riesgos distintos que deben abordarse con soluciones algo diferentes. Por lo tanto, se divide este trabajo en dos partes, cada una dedicada a uno de los grupos. A su vez, cada parte se divide en: 1) una exposición de la normativa antidiscriminatoria aplicable; 2) un análisis de los problemas que deben afrontar para salir del desempleo; 3) medidas para hacer frente a dichos problemas.

2. El colectivo de personas mayores de 45 años

2.1. Tutela antidiscriminatoria

El derecho a no sufrir discriminaciones por razón de edad viene reconocido en el art. 14 de la Constitución Española (CE), en los arts. 4.2.c y 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en el art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente de la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, entre otras.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido la discriminación

¹⁰ L. DÍAZ BERNARDO, *El desempleo de larga duración: política de empleo*, en F.J. HIERRO HIERRO (coord.), *Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas*, Dykinson, 2022, p. 110.

¹¹ A. VIGIL VILLODRES, *Radiografía del paro de larga duración*, Estudio UGT, 2024, n. 36, p. 11. De hecho, en algunos Planes Anuales de Fomento del Empleo (PAPE) los objetivos se enfocaban en las personas mayores de 45 años desempleadas de larga duración, tanto en el ámbito estatal como en su desarrollo autonómico (PAPE 2016). Posteriormente, en los PAPE se distinguió entre personas en situación de desempleo de larga duración y personas mayores de 55 años (PAPE 2017 y 2018), quedando finalmente en 45 años la edad del segundo grupo a partir del PAPE 2019.

como una conducta que «se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículo 10.1 CE)»¹². Y el TJUE ha afirmado que la no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho de la Unión Europea¹³.

Dicho lo anterior, la Ley 15/2022 no considera discriminación la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (art. 4.2), o cuando venga autorizada por norma con rango de ley, o resulte de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad (art. 2.2).

Respecto a la edad, la Directiva 2000/78/CE permite, a nuestro juicio, excesivas justificaciones de las diferencias de trato por motivos de edad en la fase de acceso al empleo. Así, en su art. 4.1 elimina el carácter discriminatorio «cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo», la edad «constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado». Además, en el art. 6 se enumeran tres motivos legítimos para ejercer un trato desigual por razón de edad en el acceso al empleo:

- a. el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;
- b. el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;
- c. el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

¹² STC 173/1994, de 7 de junio.

¹³ STJUE 22 noviembre 2005, asunto C-144/04, *Mangold*.

La aplicación de estos preceptos ha supuesto que se permita fijar en 30 años la edad máxima de acceso a la profesión de bombero, pues se considera que esta medida «es adecuada para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales» y «no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»¹⁴. En similares términos se ha entendido que la fijación del límite máximo de edad de 35 años como requisito para acceder a la profesión de policía autonómico en el País Vasco, no resulta discriminatoria¹⁵. Por el contrario, se ha considerado discriminatorio establecer en 30 años la edad máxima de acceso a la profesión de policía local en el Principado de Asturias¹⁶ así como el establecimiento de un límite máximo de edad de 30 o 35 años para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía (el segundo límite se preveía para funcionarios en activo de dicho cuerpo)¹⁷. Finalmente, se califica como discriminación directa el establecimiento de la edad máxima de 30 años para poder acceder a un contrato temporal (93 días) para un puesto de informador turístico¹⁸ y se declara discriminatorio establecer como requisito en una oferta de empleo una franja de edad de entre 35 y 45 años para un puesto de máxima responsabilidad en una empresa del sector industrial¹⁹.

De ahí que se haya afirmado que la edad es la “hermana pobre” de las causas de discriminación porque, además de que su tutela es facultativa y de ámbito limitado (empleo y ocupación), está sujeta a un mayor número de excepciones que justifican el tratamiento desigual, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional²⁰.

En resumen, en un proceso de selección de personal solo podrán exigirse requisitos relacionados con la edad cuando estos puedan justificarse en atención a las excepciones que permite la normativa, que ya hemos visto que son muchas, y que además van aumentando²¹. Esto supone el primero

¹⁴ STJUE 12 enero 2010, asunto C-229/08, *Wolf*.

¹⁵ STJUE 15 noviembre 2016, asunto C-258/15, *Salaberría Sorondo*.

¹⁶ STJUE 13 noviembre 2014, asunto C-416/2013, *Vital Pérez*.

¹⁷ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 marzo 2011.

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 20 diciembre 2018.

¹⁹ STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 10 noviembre 2006.

²⁰ C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *La discriminación por razón de edad*, en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, 2023, p. 690.

²¹ Por ejemplo, en un caso reciente se ha permitido el establecimiento en una oferta de empleo de una edad de entre 18 y 30 años para la selección de una asistenta personal de una joven de 28 años con discapacidad. Así, en la STJUE 7 diciembre 2023, asunto C-518/22, *AP Assistenzprofis*, se ha justificado la diferencia de trato en el art. 2.5 de la Directiva 2000/78 y en los arts. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y 19 de la

de los escollos para favorecer el acceso al empleo de las personas de mayor edad.

2.2. Los problemas sociolaborales de las personas mayores de 45 años

En la actualidad, la población mayor de 45 años alcanza la cifra de 24.284.480 personas, lo que supone el máximo histórico de este colectivo, según datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)²². Además, el Consejo Económico y Social considera que este colectivo tiene un peso importante dentro de la estructura sociodemográfica dado que en él se encuentran la mayoría de las personas sobre quienes recae la responsabilidad de sus hogares familiares, incluyendo su sustento, su organización y la atención y el cuidado de los hijos, y en no pocas ocasiones también la prestación de cuidados o atenciones a personas mayores²³.

Pese a esta importancia del colectivo para el conjunto de la sociedad, constituyen el 57,37% de los parados españoles, porcentaje que ha alcanzado un máximo histórico. Dentro del colectivo, las mujeres suponen el 60,33% mientras que los hombres son el 39,67%²⁴.

Por otra parte, de entre los colectivos de interés para el empleo, el de los mayores de 45 años es el que presenta tradicionalmente el porcentaje más alto de parados de larga duración (más de un año demandando empleo): el 57,59% a finales de 2023. El mayor volumen de parados se concentra en el tramo de mayores de 59 años, que absorbe el 28,16% de los demandantes del colectivo²⁵. Como se puede apreciar, el porcentaje de parados mayores de 45 años con tiempo de inscripción inferior a un año es más alto en los tramos de menor edad, al contrario de lo que ocurre con los que llevan más de dos años demandando empleo, donde es mayor el número de parados conforme aumenta la edad. La conclusión es que las posibilidades de encontrar empleo se reducen a medida que aumenta el

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Véase un comentario a la misma en R. ESTEBAN LEGARRETA, [Libertad de elección del perfil de la persona asistente personal y discriminación por razón de edad en el acceso al empleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2023 \(asunto C-518/2023\)](#), en *IUSLabor*, 2024, n. 1.

²² OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, [Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos 2023](#), SEPE, 2024, p. 12.

²³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, [op. cit.](#), p. 117.

²⁴ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, [op. cit.](#), p. 26.

²⁵ [Ibidem](#), p. 27.

tiempo de permanencia como demandante²⁶.

Los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) llegan a idéntica conclusión: un 37,1% de las personas que llevan más de 4 años en desempleo son personas mayores de 55 años y un 31,3% son personas entre 45 y 55 años. En conjunto, se observa que el 68,4% del total de personas desempleadas que llevan 4 años buscando un empleo son personas mayores de 45 años²⁷.

Los diversos estudios ponen de manifiesto que, en conjunto, la situación de los trabajadores más mayores no resulta particularmente dura, al menos mientras mantienen su empleo²⁸. Los problemas de este colectivo empiezan en la mentalidad de los empresarios, pues tienen una idea estereotipada de las personas trabajadoras maduras, seniors o de edad avanzada²⁹. Estas ideas son las que provocan las prejubilaciones a edades relativamente tempranas, el triste protagonismo de este colectivo dentro de los despidos colectivos y una posterior discriminación a la hora de acceder a un nuevo empleo, condenándoles al desempleo de larga duración.

La imagen negativa que tienen las empresas, e incluso la sociedad, sobre las personas trabajadoras y desempleadas mayores de 45 años puede desglosarse en diversas ideas y estereotipos, a saber: 1) menor capacidad laboral por la elevada posibilidad de absentismo a causa de enfermedad³⁰; 2) estas personas perciben mayores salarios mientras están empleadas³¹ y se presupone que los exigirán a la hora de buscar empleo aunque, ya desde la crisis económica de 2008 y el aumento del desempleo en el colectivo, han ido rebajando sus perspectivas salariales³²; 3) brecha generacional por falta

²⁶ *Ibidem*, p. 30.

²⁷ A. VIGIL VILLODRES, *op. cit.*, p. 12.

²⁸ P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 8, p. 228.

²⁹ La Declaración del Consejo de la UE de 7 de diciembre de 2012 titulada *Orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones*, con el fin de garantizar la igualdad y la no discriminación laboral por razón de edad, ya advertía sobre los estereotipos negativos asociados a los trabajadores mayores.

³⁰ P. GARCÍA DE LOMBARDÍA, *Cómo gestionar personas en una sociedad madura. Los efectos de la pirámide edad*, IESE Business School, 2016, p. 19. En ese sentido, la STC 22/1981, de 2 de julio, ha afirmado que resulta discriminatorio identificar la edad avanzada con la pérdida automática de capacidad profesional.

³¹ «Puede observarse como efectivamente los declarantes del IRPF de mayor edad perciben salarios mayores, en una situación que se mantiene estable a lo largo del tiempo» (P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *op. cit.*, p. 228).

³² P. GARCÍA DE LOMBARDÍA, *op. cit.*, p. 23. Un estudio realizado entre personas desempleadas mayores de 45 años muestra que «les gustaría ejercer una ocupación acorde a su preparación e interés profesional, siendo mejor aquella que han desempeñado con anterioridad. Están dispuestos a adaptarse a la mayoría de los requerimientos del puesto

de adaptación a las nuevas tecnologías³³; 4) falta de flexibilidad, es decir, resistencia a la movilidad geográfica, especialmente la internacional³⁴, y a la realización de horas extraordinarias³⁵.

Todas estas características son trasladadas también a la persona desempleada mayor de 45 años lo que provoca su discriminación directa en el acceso al empleo³⁶. Se admite que los estereotipos «pesan mucho en los procesos de selección, dificultando el acceso de los *senior* a las empresas»³⁷. Especialmente significativo es el discurso del presidente de la empresa Huawei, calificado como discriminatorio por nuestros tribunales, que justifica el despido de las personas trabajadoras de mayor edad con expresiones como “reemplazar lo viejo por lo nuevo” y “debemos retener a los que queremos y dejar ir a aquello que ya no está calificado”³⁸. De hecho, un 71,5% de las empresas consultadas por Infoempleo y Adecco no llevan a cabo «ninguna acción para fomentar el reclutamiento de candidatos mayores de 50 años»³⁹.

Si observamos los resultados del Eurobarómetro sobre la discriminación en la UE a lo largo de sus 5 ediciones, comprobamos que la edad de un candidato es un criterio que supone una situación de desventaja frente a otro candidato a la hora de ser contratado por una empresa pese a tener ambos las mismas habilidades y cualificaciones⁴⁰.

de trabajo, siempre y cuando se trate de un trabajo digno y que esté remunerado conforme a la legislación vigente [...] en algunos casos, en mayor número las mujeres, señalan la importancia de tener un trabajo de tiempo parcial o de “pocas horas”, a fin de compaginarlo con las tareas domésticas, cuidado de hijos o la atención a personas mayores» (T. IZQUIERDO RUS, O. LÓPEZ MARTÍNEZ, *El rol de las actitudes en la inserción laboral de los desempleados mayores de 45 años*, en *Universitas Psychologica*, 2013, n. 3, p. 918).

³³ P. GARCÍA DE LOMBARDÍA, *op. cit.*, p. 23. Esta presunción se ha considerado discriminatoria por la STSJ Andalucía (Sevilla) 23 febrero 2015. Además, son las propias empresas las que proporcionan menor formación a sus trabajadores cuando superan los 45 años de edad (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, p. 178).

³⁴ P. GARCÍA DE LOMBARDÍA, *op. cit.*, p. 23.

³⁵ FUNDACIÓN ADECCO, *VIII Informe #TuEdadEsUnTesoro: mayores de 45 años en riesgo de exclusión*, 2016, p. 3.

³⁶ «El estereotipo negativo asociado a la edad de la sociedad en su conjunto, impregna y se apropia también de las decisiones de las personas responsables de hacer la selección de personal para un determinado puesto de trabajo» (S. PINAZO-HERNANDIS, E. BARONE, *Discriminación por edad en el ámbito laboral: ¿Qué dicen las personas?*, HelpAge International España, 2023, p. 115).

³⁷ FUNDACIÓN ADECCO, *op. cit.*, p. 3.

³⁸ STSJ Madrid 20 octubre 2022.

³⁹ INFOEMPLEO, ADECCO, *Informe Infoempleo Adecco. Oferta y Demanda de Empleo en España 2022*, 2023, p. 176.

⁴⁰ Los porcentajes varían entre el 57% y el 67% para las personas españolas encuestadas y siempre es el criterio que encabeza la lista frente a otros como la discapacidad, el sexo, etc.

Por otro lado, un reciente estudio ha demostrado que en España, a la hora de escoger entre dos aspirantes con similar *curriculum vitae*, uno de 35 años y otro de 49 años, la probabilidad de recibir una invitación a una entrevista por parte de las empresas es un 50% menor para el segundo, lo que sugiere prácticas discriminatorias en el acceso al empleo, especialmente entre hombres y ocupaciones que requieren más cualificación⁴¹. Esta conclusión coincide con estudios similares que ya demostraron discriminación hacia las personas de mayor edad en los procesos de selección de personal tanto en Estados Unidos como en diversos países de la UE⁴². Destacar que en el estudio se utilizó el portal de empleo Infojobs que dispone de herramientas informáticas para filtrar personas candidatas en función de su edad y que es uno de los medios más utilizados para publicar ofertas de empleo y como apoyo en procesos de selección de personal. Estos resultados también coinciden con los testimonios de personas que han trabajado en el área de Recursos Humanos y que «manifiestan abiertamente haber recibido indicaciones de rechazar directamente a los sénior»⁴³.

En nuestra opinión, las empresas recurren a estos intermediarios digitales porque son los más utilizados por las personas que buscan empleo pero también porque ofrecen servicios que ayudan a filtrar y descartar a personas candidatas en función de diversos parámetros, entre ellos, la edad. Podría decirse que estamos en muchas ocasiones ante una oferta-inscripción, a la que se suma un tratamiento automatizado (filtrado), y no solo ante una mera información sobre una vacante. En pocos segundos la persona que se inscribe puede ser analizada por el programa informático y ser descartada o continuar en el proceso de selección. Así, es común utilizar las denominadas *killer questions*, esto es, formularios específicos de obligada cumplimentación si una persona desea inscribirse a una oferta publicada. Las preguntas incorporadas adoptan muchas veces la forma de test de respuesta múltiple. Suelen estar relacionadas directamente con los requisitos más esenciales del perfil demandado por lo que determinadas

(A. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Discriminación en la selección de personal (datos Eurobarómetro)*, en aflabor.wordpress.com, 12 diciembre 2018).

⁴¹ O. QUESADA, D. MARTÍNEZ DE LAFUENTE, S. DE LA RICA, *¿Demasiado mayor para trabajar? Evidencia de un experimento de campo sobre “edadismo” en el mercado laboral español*, Informe ISEAK, 2023, n. 1, p. 3. Otros estudios sugieren el mismo resultado en España como R. ALBERT, L. ESCOT, J.A. FERNÁNDEZ-CORNEJO, *A field experiment to study sex and age discrimination in the Madrid labour market*, en *The International Journal of Human Resource Management*, 2011, vol. 22, n. 2, y P.A. RIACH, *A field experiment investigating age discrimination in four European labour markets*, en *International Review of Applied Economics*, 2015, vol. 29, n. 5.

⁴² O. QUESADA, D. MARTÍNEZ DE LAFUENTE, S. DE LA RICA, *op. cit.*, pp. 4 y 7.

⁴³ S. PINAZO-HERNANDIS, E. BARONE, *op. cit.*, pp. 64 y 89.

respuestas “no deseadas” eliminan a la persona del proceso o la sitúan en los puestos más bajos de una lista jerarquizada en atención a una puntuación establecida. Se sabe que en algunas de estas preguntas se solicita cumplimentar un rango de edad con intención discriminatoria. Aparece en estos casos el peligro de impunidad puesto que se trata de cuestionarios que no son visibles para cualquiera que visualice la oferta, sino solo para la persona que postula a ella, lo que provoca que la ilicitud quede oculta⁴⁴.

Las propias personas trabajadoras son conscientes de esta discriminación por razón de su edad, según indican diferentes estudios. De hecho, se trata de la causa que más consenso obtiene cuando las personas desempleadas mayores de 45 años explican las razones de su situación de desempleo⁴⁵. Así, en 2016 un 71% de las personas encuestadas por la Fundación Adecco creía que serían descartadas de un proceso de selección incluso antes de llegar a la fase de la entrevista personal debido únicamente a su edad⁴⁶. En 2020, Infoempleo y Adecco citaban la cifra de casi un 30% y en 2022 lo pensaban un 40% de las personas mayores de 50 años encuestadas⁴⁷.

En conclusión, los problemas a los que se enfrenta este colectivo son: 1) una manifiesta y generalizada voluntad empresarial de discriminarles en el acceso al empleo; 2) el recurso de las empresas a intermediarios laborales digitales que les facilitan dicha intención discriminatoria; 3) una normativa antidiscriminatoria que no les protege, pues permite múltiples excepciones a la igualdad de trato por razón de edad; 4) mayores posibilidades de caer en el desempleo de larga duración del que les será muy difícil salir.

2.3. Soluciones y medidas específicas para el colectivo

Tradicionalmente, como hemos visto en las medidas expuestas en la introducción de este trabajo, se ha abordado la solución al desempleo de las personas mayores de 45 años mediante incentivos a la contratación, acciones formativas, orientación laboral y fomento del autoempleo.

Es cierto que los datos de la EPA indican que la falta de formación es

⁴⁴ Véanse ejemplos gráficos de filtros y de *killer questions* en A. FERNÁNDEZ GARCÍA, [Recopilación gráfica de herramientas digitales discriminatorias](#), en [aflabor.wordpress.com](#), 30 junio 2020.

⁴⁵ «Son diversas las causas por las que los sujetos creen estar desempleados. Una de las razones con mayor número de consenso en los entrevistados es la edad. Se trata de una de las atribuciones causales por las que las personas explican su desempleo referidas a la propia persona (internas)» (T. IZQUIERDO RUS, O. LÓPEZ MARTÍNEZ, [op. cit.](#), p. 916).

⁴⁶ FUNDACIÓN ADECCO, [op. cit.](#), p. 4.

⁴⁷ INFOEMPLEO, ADECCO, [op. cit.](#), p. 54.

común en los parados mayores de 45 años. Así, el desempleo de larga duración afecta más a las personas con un nivel educativo de ESO o similar, por encima de los 45 años y, en especial, por encima de los 55⁴⁸. Pero, a nuestro juicio, el auténtico motivo de esta falta de empleo es la discriminación en la contratación, que afecta también a las personas más cualificadas, como hemos demostrado en el anterior epígrafe. Por eso mismo, las soluciones no pueden seguir siendo las tradicionales, sino que deben ampliarse con las medidas expuestas a continuación.

En primer lugar, debe evitarse que este colectivo quede en situación de desempleo porque les será difícil abandonarla. Sería óptimo revisar la normativa que permite su expulsión del mercado de trabajo mediante despidos colectivos, jubilaciones anticipadas, etc. A su vez, debe bonificarse su contratación desde el primer momento, mucho antes de que lleguen a ser demandantes de empleo de larga duración (1 año). Ya se ha demostrado que resulta clave que se reincorporen al mercado laboral lo antes posible, evitando la cronificación del desempleo. Por otro lado, deben equilibrarse estos incentivos a la contratación con los destinados a los menores de 30 años, ya que a las empresas les resultan más atractivos estos últimos⁴⁹. Por ejemplo, se ha propuesto que las bonificaciones destinadas a las personas mayores de 45 años sean de carácter indefinido⁵⁰.

En segundo lugar, deben controlarse los intermediarios laborales digitales, sus filtros ilegales, sus sistemas de inteligencia artificial (IA) y las ofertas de empleo publicadas. En ese sentido, la nueva LE comete un grave error al excluir de la intermediación laboral la realizada únicamente por medios automatizados⁵¹, pues consideramos que será la excusa para que los intermediarios digitales no se sometan a la misma, como ya hacen ahora cuando afirman que no son agencias de colocación e incluso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no los considera como tales. A nuestro entender, deben articularse sanciones efectivas cuando se incumplan los

⁴⁸ A. VIGIL VILLODRES, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁴⁹ P. GARCÍA DE LOMBARDÍA, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ I. DESBARATS, R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*, p. 32.

⁵¹ Para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas (prospección y captación de ofertas, selección, colocación y recolocación) «no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados» (art. 3.c LE). A priori, parece que se está excluyendo de esta regulación a los intermediarios digitales como los portales de empleo, aplicaciones móviles y redes sociales, ya que también ha desaparecido de la LE la referencia a las agencias de colocación que lleven a cabo su actividad exclusivamente con medios electrónicos (que debería constar en el art. 43 LE). Tan solo queda la referencia en el art. 3.1 del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, que se prevé que sea modificado para adaptarlo a la nueva LE.

arts. 15.5 y 16.1.c del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁵². También cabe acudir a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que prevé restricciones a la libertad del servicio cuando se atenta, entre otros, contra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación (art. 8), así como la posibilidad de interponer acción de cesación cuando la conducta del intermediario sea contraria a esta normativa y se lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores (art. 30).

Si se pretende que los servicios públicos de empleo sean los mayores intermediarios laborales en un futuro, pues esa es la intención de la nueva LE, debe controlarse de forma efectiva a los intermediarios digitales privados, cosa que hasta ahora no se ha producido. Piénsese que si solo en el ámbito público se supervisan las ofertas de empleo, los filtros y el resto de herramientas informáticas, las empresas optarán por recurrir a los intermediarios privados y necesariamente las personas candidatas también lo preferirán para su búsqueda de empleo.

Finalmente, el *curriculum vitae* anónimo o ciego ha mostrado buenos resultados para evitar la discriminación de mujeres de mayor edad⁵³. De todos modos, se trata de una mera sugerencia del legislador (art. 9.3, Ley 15/2022) que no parece posible que pueda implantarse de forma obligatoria en todas las empresas debido a sus elevados costes⁵⁴, aunque siempre puede promocionarse o incentivarse su uso⁵⁵.

⁵² El art. 15 sanciona «la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación» y el art. 16.1.c sanciona la solicitud de «datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad».

⁵³ INSTITUTO DE LA MUJER, *Diseño, implantación y valoración de un proyecto piloto de curriculum vitae anónimo para la selección de personal. Informe final de evaluación de resultados*, 2020, pp. 144-148.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁵ En el momento de redactar este trabajo, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ha presentado una Proposición no de Ley relativa a promover el *curriculum vitae* anónimo o ciego en los procesos de selección.

3. Las personas desempleadas de larga duración

3.1. ¿Es necesaria una tutela antidiscriminatoria?

Desde la disciplina de la economía laboral se afirma que los episodios de desempleo parecen ejercer una influencia negativa sobre la trayectoria laboral posterior de quien los experimenta, lo que implica futuras menores remuneraciones y mayor posibilidad de trabajar en empleos de baja calidad o de volver a caer en el desempleo⁵⁶. Además, encontramos estudios que analizan las conductas que muestran los empresarios que ofrecen empleo frente a las personas candidatas que se presentan a dicha oferta. Se sabe que los empresarios tienen interés en conocer el tiempo que han pasado dichas personas en el desempleo pues se pueden deteriorar las habilidades profesionales (teoría de la depreciación del capital humano que justifica la intervención estatal en materia de formación ocupacional) o bien el propio estatus de desempleado se considera una característica negativa o poco atractiva del candidato⁵⁷. Esta conducta empresarial puede suponer la negativa para ser contratado sin examinar ninguna otra característica de la persona candidata.

El fenómeno por el que un período de tiempo en desempleo afecta a la futura carrera profesional de una persona se ha denominado “efecto *scarring*” (cicatriz) y se ha asociado mayoritariamente con el desempleo juvenil. En ese sentido, el estudio de Eriksson y Rooth⁵⁸, referido a Suecia, analiza cómo afecta a los jóvenes trabajadores con estudios superiores el desempleo pasado y presente a la hora de conseguir acceder a entrevistas de trabajo. Los autores obtienen resultados que indican que el desempleo pasado, esto es, el desempleo antes de la graduación o inmediatamente después de esta, no afecta a estos candidatos a la hora de ser evaluados durante un proceso de selección. Sin embargo, se afirma que una situación actual de desempleo sí afecta a la valoración de un candidato. Podría afirmarse que existen épocas “aceptables” en la vida de una persona para encontrarse en desempleo, pero en una carrera laboral más consolidada el desempleo se percibe negativamente. Los autores concluyen también que los empresarios se fijan más en la experiencia laboral del candidato que en los períodos de desempleo.

Estudios referidos a Estados Unidos son más pesimistas y evidencian

⁵⁶ L. BECCARIA, R. MAURIZIO, M. TROMBETTA, G. VÁZQUEZ, [Una evaluación del efecto *scarring* en Argentina](#), en *Desarrollo y Sociedad*, 2016, n. 77, p. 268.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 269-270.

⁵⁸ S. ERIKSSON, D.-O. ROOTH, [Do Employers Use Unemployment as a Sorting Criterion When Hiring? Evidence from a Field Experiment](#), IZA Discussion Paper, 2011, n. 6235.

que un desempleo de duración superior a las 26 semanas (6 meses y medio) perjudica a una persona a la hora de acceder a un empleo⁵⁹, afectando por igual tanto a personas trabajadoras de “cuello blanco” como de “cuello azul”, de todos los sectores, edades y nivel educativo. Nótese que ese período de tiempo no alcanza el considerado para calificar a una persona desempleada como de larga duración (365 días).

Ghayad ha profundizado en esta materia y demuestra que las personas que llevan más de 6 meses desempleadas son llamadas en menos ocasiones a una entrevista de trabajo por parte de las empresas. Aun teniendo mayor experiencia, se prefiere a personas con períodos más cortos de desempleo en su historia laboral. De ahí que el autor hable de la “trampa del desempleo” (*jobless trap*) cuando se sobrepasan los 6 meses en paro. Una explicación que se ofrece es que este rechazo se produce cuando el empresario no puede observar perfectamente la productividad del candidato⁶⁰.

Finalmente, el estudio de Faberman, Mueller, Şahin y Topa evidencia aún más la diferencia entre aspirantes con un empleo y aspirantes sin empleo. Las personas ya empleadas, incluso aunque no estén buscando empleo, reciben más y mejores ofertas de trabajo que las desempleadas. Esto se achaca a que mantienen óptimas redes de contactos que les ayudan a encontrar ofertas. El perjuicio para las personas desempleadas se estima que se produce por conductas empresariales discriminatorias o que consideran menos productivo a ese colectivo⁶¹.

En España, los profesionales de los Recursos Humanos afirman que «los largos períodos de inactividad curricular no encajan bien en los procesos de selección, situando a los desempleados de larga duración en clara desventaja a la hora de competir»⁶². Tampoco resulta extraño encontrar consejos y técnicas para enmascarar o justificar períodos de desempleo a la hora de orientar en la confección de un *curriculum vitae* o preparar una entrevista de trabajo. En ocasiones la permanencia durante mucho tiempo en el desempleo se asocia con una situación voluntaria o fraudulenta de la persona parada. Un análisis de los datos de la EPA y del SEPE desmienten que el fraude al dispositivo de protección del desempleo (“falso parado”) sea grave⁶³. Asimismo, una serie de 88 entrevistas en

⁵⁹ R. GHAYAD, W. DICKENS, *What Can We Learn by Disaggregating the Unemployment-Vacancy Relationship?*, Federal Reserve Bank of Boston Public Policy Brief, 2012, n. 12-3.

⁶⁰ R. GHAYAD, *The jobless trap*, Northeastern University, 2013, p. 22.

⁶¹ R.J. FABERMAN, A.I. MUELLER, A. ŞAHIN, G. TOPA, *Job Search Behavior among the Employed and Non-Employed*, IZA Discussion Paper, 2017, n. 10960, pp. 42-44.

⁶² FUNDACIÓN ADECCO, *op. cit.*, p. 3.

⁶³ E. SANCHIS, *Los parados: cómo viven, qué piensan, por qué no protestan*, Publicacions de la

profundidad realizadas entre marzo de 2012 y febrero de 2013 a personas desempleadas (51 de larga duración) concluyeron que todas se manifestaron disponibles para el empleo y casi todas lo buscaban con una intensidad muy superior a la que se requiere formalmente⁶⁴.

Estas prácticas de descarte de personas candidatas por su condición de desempleadas han provocado que en la ciudad de Nueva York se aprobase a principios de 2013 una ampliación de su *Administrative Code* prohibiendo que una decisión de contratación se base en la situación de desempleo, es decir, se entiende que existe discriminación si se demuestra que una persona desempleada no resulta contratada del mismo modo y en las mismas condiciones que las personas trabajadoras en activo que acceden desde tal condición al empleo ofertado⁶⁵.

Lo hasta aquí expuesto parece sugerir que existe una seria posibilidad de que se esté expulsando de los procesos de selección de personal a aspirantes por el único motivo de encontrarse en situación de desempleo, lo que nos lleva a considerar esta conducta como discriminatoria por situación socioeconómica. Así, la reciente Ley 15/2022, establece que nadie podrá ser discriminado por situación socioeconómica en el acceso al empleo (art. 2.1 en conexión con el art. 3.1.a). Si bien la norma no define en ningún momento lo que debe entenderse por situación socioeconómica, en otros preceptos de la misma se vincula esta causa de discriminación con el sinhogarismo (a la hora de recibir tratamiento sanitario, art. 15.2) y con las situaciones de pobreza (art. 16).

La doctrina ha vinculado esta prohibición de discriminación con la

Universitat de València, 2013, p. 80.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁵ [New York City Administrative Code, § 8-107](#), n. 21. Esta disposición afecta a empresas de cuatro o más trabajadores (incluyéndose los autónomos sin empleados que contrate dicha empresa), agencias de empleo y alcanza la publicidad de cualquier oferta de trabajo que exija como requisito de acceso encontrarse en una situación laboral activa o rechace las candidaturas presentadas por trabajadores desempleados. La norma observa la posibilidad de discriminación indirecta y permite obtener un resarcimiento pleno y acorde con la relevancia del derecho vulnerado, además del abono de los gastos judiciales, incluido el asesoramiento jurídico y la defensa en el proceso correspondiente. Se autorizan algunas excepciones, por ejemplo, cuando exista un motivo sustancialmente relacionado con el trabajo, con expresa inclusión de las licencias, los certificados, los registros, los permisos, los niveles mínimos de educación o de formación, o los mínimos profesionales, laborales o de experiencia. Asimismo, será posible otorgar relevancia, cuando sea posible su indagación y necesario su conocimiento, a las causas que dieron lugar al desempleo de un candidato. Finalmente, resulta lícito limitar o dar prioridad en las decisiones de contratación a los candidatos que ya trabajen en la misma empresa (R. MARTÍN JIMÉNEZ, *La discriminación de los desempleados en el acceso al trabajo: el ejemplo de la ciudad de Nueva York*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2013, n. 862).

aporofobia⁶⁶, que según la Real Academia Española sería «la fobia a las personas pobres o desfavorecidas», una causa de discriminación presente desde 2021 en el art. 314 del Código Penal (discriminación grave en el empleo por “aporofobia” o “exclusión social”) pero que sigue sin aparecer en el art. 8.12 LISOS.

Una interpretación estricta implicaría la proscripción de discriminación de las personas en situación de pobreza más severa, con carencia o privación material extrema de bienes como la vivienda, la educación o, en menor medida, la energía, que son básicos para el desarrollo y consecución de los demás bienes esenciales y para el desarrollo integral y libre de una persona⁶⁷.

Sin embargo, una interpretación mucho más amplia podría incluir otras circunstancias o factores como los mencionados por el Consejo Económico y Social: el desempleo, el nivel de estudios, las condiciones de vida, la vivienda, la protección e inclusión social, percibir prestaciones de la Seguridad Social, la capacidad de consumo, y otras situaciones que ya vendrían incluidas en el resto de causas prohibidas de discriminación de la Ley 15/2022 (migración, edad, dependencia, salud, etc.)⁶⁸.

Partiendo de la base de que el desempleo prolongado puede causar pobreza extrema y, por otro lado, de que existen las personas trabajadoras pobres, e incluso sin hogar⁶⁹, entendemos que resulta posible incluir a las personas desempleadas de larga duración dentro de la tutela antidiscriminatoria por situación socioeconómica.

Nótese que a las personas pobres se las estigmatiza y se las identifica con alguien que no aporta sino que retrae del conjunto de la sociedad⁷⁰,

⁶⁶ M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *Discriminación por situación socioeconómica*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 11, p. 2.

⁶⁷ F.J. CALVO GALLEGO, *La aporofobia: ¿una causa naciente de discriminación?*, en J.M. ORTEGA MORALES (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 246.

⁶⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2022*, Memoria Socioeconómica, 2023, n. 30.

⁶⁹ Respecto a las personas sin hogar y su relación con el empleo, se sabe que: 1) el 26,8% de las personas encuestadas se encuentra sin hogar por pérdida del trabajo; 2) el 27,3% procede de familias donde alguno de sus miembros sufría un desempleo prolongado; 3) el 5,4% dice estar trabajando y el 71,2% manifiesta estar en desempleo; 4) el 52,3% de las personas que manifiestan estar en desempleo dice que no está buscando empleo por motivos de salud (42,5%) y por no tener autorización para trabajar (21,8%); 5) el 88,7% de las personas extranjeras cree que tener un trabajo les ayudaría a salir del sinhogarismo, frente al 67,3% de las autóctonas; 6) el 20,5% tiene alguna discapacidad y el 19,5% tiene un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Datos de INE, *Encuesta a las personas sin hogar. Año 2022*, Nota de prensa, 19 octubre 2022.

⁷⁰ F.J. CALVO GALLEGO, *op. cit.*, p. 228.

percepción que comparten con las personas desempleadas de larga duración tal y como hemos indicado anteriormente, es decir, de estas también se afirma, desde diversos ámbitos políticos y empresariales, que se encuentran paradas voluntariamente, que no quieren salir de esa situación y que, antes de aceptar un trabajo, prefieren seguir percibiendo prestaciones y subsidios de desempleo⁷¹. A ambos colectivos se les imputa la responsabilidad de su propia exclusión del mercado de trabajo, especialmente mediante discursos empresariales e institucionales que vinculan la búsqueda de empleo y la promoción del autoempleo con estrategias de marketing (*personal branding* o “marca personal”). De este modo, la persona que busca empleo debe promocionarse como si fuera un producto, mediante redes sociales, eventos de *networking*, desarrollo de una imagen pública atractiva en Internet, etc.⁷² y si no consigue un empleo (o consigue uno precario) es porque no ha seguido correctamente las directrices (“no sabe venderse”) o, peor aún, porque pretende vivir de subsidios y ser un parásito social (“no quiere emprender”).

La conclusión a la que llegamos es que excluir a una persona de un proceso de selección por la única razón de encontrarse en desempleo constituye una discriminación directa por situación socioeconómica y una discriminación indirecta por razón de sexo, edad, discapacidad o identidad sexual⁷³. Esto último es fácil de advertir pues dicha exigencia de no encontrarse en desempleo provoca un impacto adverso en los citados colectivos por tratarse de los más numerosos en las cifras del paro. Al no estar justificada la exigencia, cabe aplicar la doctrina de la discriminación indirecta.

A ese rechazo basado en estereotipos debemos sumar la posibilidad de que los sistemas de IA tomen o apoyen decisiones discriminatorias cuando se utilizan con fines de orientación profesional o perfilado de demandantes

⁷¹ «En el ámbito de las representaciones sociales el auténtico parado es quien busca persistentemente trabajo por todos los medios a su alcance (incluyendo la inscripción en la oficina de empleo), necesita urgentemente los ingresos derivados de ese trabajo (y mientras no lo tenga tendrá que recurrir a algún tipo de ayuda privada o institucional), y está dispuesto a aceptar lo primero que le ofrezcan para escapar del paro» (E. SANCHIS, *op. cit.*, p. 41).

⁷² V. PÉREZ-CHIRINOS CHURRUCÁ, *Marketing personal: imbricación de las relaciones de poder y la subjetividad en los discursos en torno a la búsqueda de empleo*, en V. SAIZ ECHEZARRETA, A.M. LÓPEZ CEPEDA (coords.), *Los discursos del poder. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Semiótica*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 350.

⁷³ A. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El rechazo a las personas desempleadas de larga duración ¿una discriminación en el acceso al empleo por situación socioeconómica?*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 408.

de empleo. Por un lado, la LE dispone que se utilizarán algoritmos y herramientas de apoyo a las decisiones y recomendaciones «fundamentadas en el análisis de datos y las evidencias estadísticas» para la «tutorización y seguimiento individualizado de las personas demandantes de los servicios de empleo» (art. 17). Asimismo, estos sistemas de IA podrían identificar los patrones que muestren evidencias estadísticas de su relación con la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo, todo con la finalidad complementaria de «prestar apoyo y fiabilidad a la labor de orientación hacia las personas en cuanto a su situación real ante el mercado de trabajo» (art. 36.2). Estas tecnologías también contribuirán a «identificar en cada momento qué personas o colectivos de personas están encontrando mayores dificultades para acceder al empleo» (art. 36.3). Por otro lado, la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo⁷⁴ establece que este soporte digital en los servicios de orientación para el empleo permitirá una atención «personalizada, integral e inclusiva» (art. 11.2). Así, la elaboración del perfil individualizado que sirva para determinar posibilidades formativas, de búsqueda de empleo o de emprendimiento, estará asistido por «herramientas tecnológicas» (art. 12.4).

Habrà que estar atentos al desarrollo y despliegue de estas herramientas pues ya existen casos de sistemas informáticos con esas mismas finalidades que han resultado en decisiones discriminatorias. El ejemplo más destacable es el del sistema de IA del Servicio Público de Empleo de Austria. Este calculaba las probabilidades de encontrar empleo de las personas inscritas, clasificándolas en tres grupos, que determinaban las ayudas formativas a percibir (ninguna, reciclaje, o baja empleabilidad con derivación a otras entidades). Estaba diseñado para optimizar los recursos a quien mejor pudiera aprovecharlos. Sin embargo, las variables ya estaban sesgadas en su diseño porque el “criterio de cuidados” solo se aplicaba a mujeres. Además, tenía en cuenta otros criterios que podían encerrar sesgos sobre la edad, la salud o la nacionalidad. Las consecuencias fueron fatales porque se determinó que perjudicaba a mujeres con las mismas características que los hombres (cuidados) y perjudicaba a personas sin problemas relevantes para encontrar empleo⁷⁵.

⁷⁴ RD 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

⁷⁵ M. MARTÍNEZ ASO, *Austria: herramienta algorítmica del servicio público de empleo. ¿Riesgos de la inteligencia artificial?*, en *Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2023, n. 262.

3.2. Los problemas psicosociales del desempleo de larga duración

Los datos del cuarto trimestre de 2023 de la EPA muestran que, de un total de 2.650.000 personas en desempleo, el 15,9% (422.000) llevaba entre 1 y 2 años en dicha situación; el 13,7% (364.000) llevaba entre 2 y 4 años; y el 13,4% (353.000) llevaba más de 4 años en desempleo; finalmente, el 57% (1,5 millones) lleva menos de 1 año sin trabajar. Por lo tanto, puede afirmarse que el desempleo de larga duración afecta actualmente al 43% de las personas desempleadas, es decir, casi a la mitad del total⁷⁶. Además de que predominan las mujeres en los grupos mencionados, ya se ha mencionado que también se ven afectadas por este largo desempleo las personas de mayor edad.

Por otro lado, según la metodología del SEPE, a finales de 2023 el paro registrado se situaba en 2.707.456 personas. Casi la mitad de estas personas son paradas de larga duración: las que llevan más de 24 meses suman 789.050 personas (de las que 509.269 son mujeres) y las que llevan entre 12 y 24 meses suman 425.085 (266.972 son mujeres)⁷⁷.

Por lo tanto, las personas desempleadas de larga duración protagonizan uno de los fenómenos que más desestructuran nuestra sociedad y más consecuencias económicas y sociales acarrea para quien lo sufre. Además, cuando su número se reduce, el motivo no tiene porqué ser el acceso a un empleo ya que puede tratarse de casos de personas inactivas «desanimadas», esto es, «que no están empleadas ni buscan un puesto porque creen que no lo encontrarán, aunque están disponibles para trabajar»⁷⁸. Esta particularidad afectaría a los resultados de la EPA al igual que la falta de renovación de su demanda de empleo afectaría a los resultados del SEPE⁷⁹.

Así, se sabe que las mujeres, los mayores de 44 años, las personas con nivel educativo bajo (hasta la ESO) o la gente que lleva más tiempo en el paro dejan de buscar empleo a causa de un desánimo progresivo⁸⁰. El riesgo de que el desempleo se cronifique resulta elevado y los efectos sociales y económicos pueden situar a la persona desempleada en una posición de

⁷⁶ A. VIGIL VILLODRES, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷ OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, *Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2023*, SEPE, 2024, p. 51.

⁷⁸ A. VIGIL VILLODRES, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁹ «Las personas desempleadas de larga duración son menos atractivas para el mercado laboral y, a mayor tiempo en el paro, más difícil se hace la reincorporación al mercado laboral. En esta tesitura, muchas de aquellas que no consiguen alguna clase de subsidio o renta de inserción dejan de buscar empleo y abandonan la población activa» (EAPN, *12º Informe. El Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2023. 2015-2022*, 2022, p. 50).

⁸⁰ E. SANCHIS, *op. cit.*, p. 47.

vulnerabilidad y exclusión social importante. No obstante, el impacto de esta situación difiere en atención a variables como la edad, la duración del desempleo, el tener o no apoyo social, el grado de implicación en el trabajo, el nivel de ingresos económicos familiares posterior al desempleo, etc.⁸¹.

Ya en 1931 se realizó en Marienthal (Austria) el primer estudio destinado a evaluar las actitudes de los parados y los efectos de un 75% de paro en esa pequeña población austríaca (1.486 habitantes), donde hasta entonces el empleo era estable por la existencia de una fábrica textil. A partir de datos cuantitativos recabados y observación participante durante 4 meses, se determinó un aumento de la pobreza⁸², de la delincuencia y de los conflictos familiares⁸³. A su vez, descendieron las actividades culturales (lectura de libros y periódicos, fiestas, desplazamientos a la capital, etc.)⁸⁴, la participación política y el asociacionismo (solo aumentó la afiliación a entidades que ofrecían ventajas materiales inmediatas)⁸⁵. Los efectos psicológicos fueron también extremos: se habla de «ausencia de un proyecto vital a largo plazo»⁸⁶ y «pérdida del sentido del tiempo»⁸⁷. Así, paradójicamente, los parados hombres no aprovechaban todo el tiempo libre del que disponían.

Siguiendo con el ámbito psicológico, estudios posteriores han indicado que la mayoría de personas desempleadas expresan sentimientos de «sorpresa, inquietud, rechazo, temor, impotencia, desconcierto, inutilidad» ante esta nueva situación⁸⁸. También sienten una cierta angustia vital, miedo al fracaso y vértigo a no tener empleo. Pasan por estados de desánimo, frustración y sentimientos de derrota, ante este cese laboral obligado y cambio de estatus vital⁸⁹. No es extraño que estas personas crean que estar en paro sea como estar haciendo “algo malo”, les da vergüenza que la gente les vea por la calle en horario laboral⁹⁰. Una persona desempleada tiene más posibilidades de empeorar su estado de salud y padecer depresiones, angustia, ansiedad, estrés, psicosis, esquizofrenia, enfermedades cardiovasculares y conductas suicidas⁹¹, lo que conlleva el tener que

⁸¹ F.J. RUBIO ARRIBAS, *Una mirada sociológica al desempleo*, en *Nómadas*, 2012, n. 2, p. 44.

⁸² P. LAZARSFELD, M. JAHODA, H. ZEISEL, *Los parados de Marienthal. Sociografía de una comunidad golpeada por el desempleo*, Ediciones de La Piqueta, 1996, p. 93.

⁸³ *Ibidem*, p. 29.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 90-93.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 96-99.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 139.

⁸⁸ F.J. RUBIO ARRIBAS, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁰ E. SANCHIS, *op. cit.*, p. 68.

⁹¹ J. BOADA I GRAU, P. FICAPAL CUSÍ, L. ARGUMOSA VILLAR, M. BOADA CUERVA, *Causas*

medicarse. Además, no hace falta estar mucho tiempo en paro para que el malestar psicológico comience a manifestarse⁹².

Se sabe también que la disminución importante de ingresos económicos ocasiona problemas graves de vivienda y desestructuración de la vida cotidiana⁹³, además de un aumento de la inseguridad alimentaria y la malnutrición⁹⁴. El desempleo acaba dificultando la procreación y favoreciendo los problemas en las unidades familiares⁹⁵.

Finalmente, puede afirmarse que el desempleo constituye una de las principales causas de vulnerabilidad y exclusión social, aunque disponer de un empleo no siempre implica dejar de ser pobre (más de un tercio de las personas pobres estaban ocupadas en 2021)⁹⁶. Los efectos son diferentes según nos encontremos ante un desempleado de edad madura o, diversamente, joven. Respecto a los primeros, en uno de cada cinco casos el desempleo de larga duración de una persona mayor de 45 años confluye con otras situaciones de desempleo o subempleo del resto de miembros del hogar familiar, lo que evidentemente apunta a situaciones sociales de extrema gravedad. Respecto a los desempleados jóvenes, aumenta la posibilidad de consumo de drogas/alcohol y de introducirse en formas ilegales de subsistencia vinculadas a la economía informal y a la criminalidad⁹⁷.

En conclusión, los problemas a los que se enfrentan las personas desempleadas de larga duración son: 1) discriminación por el mero hecho de padecer un desempleo prolongado; 2) riesgo de que los sistemas de IA de los servicios públicos de empleo tomen decisiones discriminatorias o erróneas en relación a su empleabilidad; 3) elevadas posibilidades de caer en la exclusión social y la pobreza; 4) posibilidades de que su salud mental se vea afectada. Si la persona es mayor de 45 años se suman los problemas detectados anteriormente para dicho colectivo.

y efectos psicológicos del desempleo juvenil, en J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO (coords.), *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, 2016.

⁹² E. SANCHIS, *op. cit.*, pp. 122 y 125.

⁹³ *Ibidem*, pp. 102-103.

⁹⁴ J. BOADA I GRAU, P. FICAPAL CUSÍ, L. ARGUMOSA VILLAR, M. BOADA CUERVA, *op. cit.*, p. 138.

⁹⁵ E. SANCHIS, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁶ EAPN, *op. cit.*, p. 163.

⁹⁷ J. BOADA I GRAU, P. FICAPAL CUSÍ, L. ARGUMOSA VILLAR, M. BOADA CUERVA, *op. cit.*, pp. 135-140, y E. SANCHIS, *op. cit.*, p. 112.

3.3. Soluciones y medidas específicas para las personas desempleadas de larga duración

La permanencia en el desempleo de larga duración se ha explicado por las diferencias existentes entre las competencias profesionales de las personas desempleadas y las necesidades de las empresas, es decir, una falta de formación, lo que concuerda con el perfil de la persona desempleada de larga duración, con nivel formativo ESO o similar, ya sea joven o mayor de 45 años. Otro motivo sería la incapacidad de los servicios públicos de empleo para solucionar estas discrepancias⁹⁸.

En ese sentido, la nueva LE establece una serie de servicios personalizados para la persona demandante de empleo (art. 56): 1) elaboración de un perfil individualizado (perfilado) tras un diagnóstico previo de la situación de partida de la persona usuaria, que tendrá en cuenta, entre otras variables relevantes, su edad o pertenencia a colectivos prioritarios; 2) tutorización individual y asesoramiento continuado para la búsqueda activa de empleo, las necesidades de los sectores productivos, la oferta formativa, la movilidad laboral y otras funciones de apoyo; 3) elaboración de un itinerario o plan personalizado adecuado a su perfil que incluirá la identificación de la formación a realizar, la identificación de alternativas laborales o de emprendimiento y las actuaciones de búsqueda activa de empleo; 4) formación que colme las lagunas detectadas para su inserción laboral; 5) asesoramiento para el autoempleo; 6) intermediación laboral eficiente; 7) canal para recibir los servicios de forma presencial o no presencial; 8) acceso a trabajos en cualquier territorio del Estado; 9) protección social que permita el mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de empleo; 10) expediente laboral personalizado único con toda la información de la persona.

Al menos en materia de orientación profesional e intermediación laboral, la LE aporta novedades importantes respecto a la anterior normativa⁹⁹. De todos modos, faltan recursos humanos y tecnológicos. Ahora mismo dudamos de que se pueda cumplir el plazo de un mes previsto en la norma desde que se realiza el perfilado hasta que se elabora el itinerario personalizado. Por otro lado, aun con el apoyo de herramientas tecnológicas se deben revisar los resultados que ofrecen, lo que requiere tiempo, o se corre el peligro de repetir la desastrosa experiencia del sistema

⁹⁸ A. VIGIL VILLODRES, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁹ Véase un análisis de ambas materias en E. GUERRERO VIZUETE, *El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2024, n. 10.

de IA austríaco mencionada anteriormente¹⁰⁰.

Asimismo, la formación que reciba la persona desempleada debería ser compatible con un empleo ya que, como hemos demostrado, estar en desempleo aumenta las posibilidades de rechazo por parte de los empleadores.

Respecto a los incentivos a la contratación, ya hemos visto que el art. 21 del RD-Ley 1/2023 se centra en las personas desempleadas de larga duración pero, además, el art. 20 bonifica también la contratación de las personas en riesgo o situación de exclusión social, que es un riesgo ligado al desempleo prolongado, remitiendo a los colectivos listados en el art. 2.1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, así como cualquier otro colectivo que, por sus características y situación socioeconómica tenga acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes. Precisamente en esta última norma se incluye a los perceptores de Rentas Mínimas de Inserción (RAI), o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza y a personas que no puedan acceder a esas prestaciones por falta del período exigido de residencia o empadronamiento (o para la constitución de la Unidad Perceptora) o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

Por otro lado, debe atenderse la salud mental de las personas desempleadas que lo requieran pues hemos demostrado que el desempleo prolongado la puede perjudicar. En ese sentido, la Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud (2022-2026) considera el desempleo y la pobreza como amenazas para la salud mental¹⁰¹ y tiene como objetivos, entre otros: 1) promover la empleabilidad de las personas con problemas de salud mental; 2) promover las políticas de salud públicas preventivas; 3) detectar conductas suicidas; 4) apoyar a familiares de personas con problemas de salud mental¹⁰²; 5) desarrollar la coordinación interinstitucional e intersectorial. Este último objetivo podría implicar que los servicios públicos de empleo, en su etapa de perfilado, deberían ayudar

¹⁰⁰ En el Servicio Público de Empleo de Polonia los funcionarios aceptaron automáticamente las decisiones del algoritmo perfilador, haciendo dejación de su función supervisora, lo que provocó la ineficacia del sistema y el perjuicio para mujeres y personas más vulnerables (L. COTINO HUESO, *Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público*, en E. GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 267).

¹⁰¹ MINISTERIO DE SANIDAD, [Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-3026](#), 2022, p. 65.

¹⁰² En ocasiones es posible que el problema de salud mental lo tenga un familiar de la persona desempleada y esa tarea de cuidados le dificulte la búsqueda de empleo.

a detectar si una persona demandante corre riesgos en su salud mental y derivarla a otras instituciones especializadas. En situaciones avanzadas de exclusión social esta tarea de detección ya la realizan los servicios sociales.

Finalmente, más allá de la medicalización, existen opciones como las denominadas Lanzaderas de Empleo y Emprendimiento Solidario, proyecto innovador dirigido a personas desempleadas de larga duración, en muchos casos jóvenes (aunque algunas están formadas exclusivamente por mayores de 40 años¹⁰³), que se convierten en agentes activos de su propio proceso de inserción laboral, con la ayuda de un coordinador. Generan conocimiento colectivo, se hacen visibles y colaboran en la consecución de un empleo, ya sea por cuenta propia o ajena¹⁰⁴. Estamos convencidos de que esta actividad en grupo resulta necesaria para prevenir problemas de salud mental.

4. Conclusiones

Las personas mayores de 45 años y las personas desempleadas de larga duración constituyen dos colectivos, no solo afectados especialmente por el desempleo, sino también con serias dificultades para acceder a un empleo. A ambos grupos la normativa les otorga una atención prioritaria, están contemplados incentivos para su contratación y está prevista para ellos una estrategia global que incluirá medidas en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y Seguridad Social.

Ambos perfiles se enfrentan a discriminaciones directas e indirectas en el acceso al empleo, ya sea por parte de las empresas o de los intermediarios laborales. Esta situación viene motivada por estereotipos pero también por normativa comunitaria que se ha demostrado deficiente, especialmente para las personas mayores de 45 años. Las consecuencias son el riesgo de exclusión social y que su salud mental se vea perjudicada, especialmente por la ansiedad y la depresión.

Para su reinserción en el mercado de trabajo, tradicionalmente se ha optado por medidas como la orientación y la formación profesional, la intermediación laboral en colaboración con entidades privadas, los incentivos a la contratación y el fomento del autoempleo. Mientras la persona está desempleada, se le proporcionan prestaciones y subsidios que en ocasiones se otorgan en función de la edad o de la situación de exclusión

¹⁰³ Véase la página web *LEES Senior Mérida 2024* de www.lanzaderasdeempleo.es.

¹⁰⁴ J.E. CÁRCAR BENITO, *Las lanzaderas de empleo y emprendimiento, instrumentos innovadores contra el desempleo: aspectos jurídicos y de política laboral*, en *Lan Harremanak*, 2015, n. 32, p. 309.

social que puede derivarse de un desempleo prolongado.

Para reducir el desempleo, la orientación personalizada y la intermediación de los servicios públicos de empleo es la gran apuesta de la nueva LE y de la normativa que la desarrolla. Se incluye un importante recurso a herramientas informáticas que, no obstante, deben ser efectivamente supervisadas pues se han detectado en ese ámbito episodios de discriminación a personas desempleadas por motivos de sexo o situación socioeconómica. En este punto, el futuro Reglamento comunitario en materia de IA¹⁰⁵ y el actual Reglamento general de protección de datos¹⁰⁶ resultarán determinantes para garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales de las personas demandantes de empleo.

La pregunta que nos hacemos es ¿qué ocurre con las personas que, pese haber recibido orientación personalizada, formación en las competencias profesionales más demandadas y asesoramiento de todo tipo, siguen en desempleo? La respuesta no es otra que una persistente discriminación, presente en ofertas de empleo y en filtros automatizados que permiten su expulsión de los procesos de selección llevados a cabo mediante portales de empleo y otros intermediarios laborales. Esto afecta especialmente a las personas mayores de 45 años porque en ese caso existe un claro componente discriminatorio que, no obstante, también puede alcanzar a las personas que han cronificado su situación de desempleo. El mercado laboral español es, por lo tanto, un buen ejemplo de “edadismo”, término introducido en el diccionario de la Real Academia Española a finales de 2022, definido como «discriminación por razón de edad, especialmente de las personas mayores o ancianas».

Para atajar el fenómeno, al margen de medidas innovadoras de difícil aplicación como el *curriculum vitae* anónimo o ciego, se requiere un efectivo régimen sancionador y un control administrativo de los intermediarios laborales digitales, pues no olvidemos que la intermediación laboral se considera un servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice (art. 42.1 LE).

¹⁰⁵ En el momento de redacción de este trabajo, se sabe que el texto definitivo será el que figura en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

¹⁰⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

5. Bibliografía

- ALBERT R., ESCOT L., FERNÁNDEZ-CORNEJO J.A. (2011), *A field experiment to study sex and age discrimination in the Madrid labour market*, en *The International Journal of Human Resource Management*, vol. 22, n. 2, pp. 351-375
- ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2022), *Discriminación por situación socioeconómica*, en *Noticias CIELO*, n. 11, pp. 1-3
- BECCARIA L., MAURIZIO R., TROMBETTA M., VÁZQUEZ G. (2016), *Una evaluación del efecto scarring en Argentina*, en *Desarrollo y Sociedad*, n. 77, pp. 263-304
- BOADA I GRAU J., FICAPAL CUSÍ P., ARGUMOSA VILLAR L., BOADA CUERVA M. (2016), *Causas y efectos psicológicos del desempleo juvenil*, en J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO (coords.), *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch
- CALVO GALLEGO F.J. (2022), *La aporofobia: ¿una causa naciente de discriminación?*, en J.M. ORTEGA MORALES (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- CÁRCAR BENITO J.E. (2015), *Las lanzaderas de empleo y emprendimiento, instrumentos innovadores contra el desempleo: aspectos jurídicos y de política laboral*, en *Lan Harremanak*, n. 32, pp. 303-322
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2023), *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2022*, Memoria Socioeconómica, n. 30
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2014), *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Informe, n. 2
- COTINO HUESO L. (2023), *Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público*, en E. GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch
- DESBARATS I., ESTEBAN LEGARRETA R. (2016), *Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 1-37
- DÍAZ BERNARDO L. (2022), *El desempleo de larga duración: política de empleo*, en F.J. HIERRO HIERRO (coord.), *Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas*, Dykinson
- EAPN (2022), *12º Informe. El Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2023. 2015-2022*
- ERIKSSON S., ROOTH D.-O. (2011), *Do Employers Use Unemployment as a Sorting Criterion When Hiring? Evidence from a Field Experiment*, IZA Discussion Paper, n. 6235

- ESTEBAN LEGARRETA R. (2024), *Libertad de elección del perfil de la persona asistente personal y discriminación por razón de edad en el acceso al empleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2023 (asunto C-518/2023)*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 169-179
- FABERMAN R.J., MUELLER A.I., ŞAHIN A., TOPA G. (2017), *Job Search Behavior among the Employed and Non-Employed*, IZA Discussion Paper, n. 10960
- FERNÁNDEZ GARCÍA A. (2023), *El rechazo a las personas desempleadas de larga duración ¿una discriminación en el acceso al empleo por situación socioeconómica?*, en VV.AA., *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- FERNÁNDEZ GARCÍA A. (2020), *Recopilación gráfica de herramientas digitales discriminatorias*, en *aflabor.wordpress.com*, 30 junio
- FERNÁNDEZ GARCÍA A. (2018), *Discriminación en la selección de personal (datos Eurobarómetro)*, en *aflabor.wordpress.com*, 12 diciembre
- FUNDACIÓN ADECCO (2016), *VIII Informe #TuEdadEsUnTesoro: mayores de 45 años en riesgo de exclusión*
- GARCÍA DE LOMBARDÍA P. (2016), *Cómo gestionar personas en una sociedad madura. Los efectos de la pirámide edad*, IESE Business School
- GHAYAD R. (2013), *The jobless trap*, Northeastern University
- GHAYAD R., DICKENS W. (2012), *What Can We Learn by Disaggregating the Unemployment-Vacancy Relationship?*, Federal Reserve Bank of Boston Public Policy Brief, n. 12-3
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI P. (2014), *Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo*, en *Revista de Información Laboral*, n. 8, pp. 221-234
- GUERRERO VIZUETE E. (2024), *El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 10, pp. 147-162
- INE (2022), *Encuesta a las personas sin hogar. Año 2022*, Nota de prensa, 19 octubre
- INFOEMPLO, ADECCO (2023), *Informe Infoempleo Adecco. Oferta y Demanda de Empleo en España 2022*
- INSTITUTO DE LA MUJER (2020), *Diseño, implantación y valoración de un proyecto piloto de currículum vitae anónimo para la selección de personal. Informe final de evaluación de resultados*
- IZQUIERDO RUS T., LÓPEZ MARTÍNEZ O. (2013), *El rol de las actitudes en la inserción laboral de los desempleados mayores de 45 años*, en *Universitas Psychologica*, n. 3, pp. 911-922

- LAZARSELD P., JAHODA M., ZEISEL H. (1996), *Los parados de Marienthal. Sociografía de una comunidad golpeada por el desempleo*, Ediciones de La Piqueta
- MARTÍN JIMÉNEZ R. (2013), *La discriminación de los desempleados en el acceso al trabajo: el ejemplo de la ciudad de Nueva York*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 862, pp. 8-11
- MARTÍNEZ ASO M. (2023), *Austria: herramienta algorítmica del servicio público de empleo. ¿Riesgos de la inteligencia artificial?*, en *Actualidad Internacional Sociolaboral*, n. 262, pp. 28-36
- MINISTERIO DE SANIDAD (2022), [Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-3026](#)
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES (2024), [Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos 2023](#), SEPE
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES (2024), [Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2023](#), SEPE
- PÉREZ-CHIRINOS CHURRUCA V. (2014), *Márketing personal: imbricación de las relaciones de poder y la subjetividad en los discursos en torno a la búsqueda de empleo*, en V. SAIZ ECHEZARRETA, A.M. LÓPEZ CEPEDA (coords.), *Los discursos del poder. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Semiótica*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha
- PINAZO-HERNANDIS S., BARONE E. (2023), [Discriminación por edad en el ámbito laboral: ¿Qué dicen las personas?](#), HelpAge International España
- PRECIADO DOMÈNECH C.H. (2023), *La discriminación por razón de edad*, en VV.AA., [Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia](#), BOE
- QUESADA O., MARTÍNEZ DE LAFUENTE D., DE LA RICA S. (2023), [¿Demasiado mayor para trabajar? Evidencia de un experimento de campo sobre “edadismo” en el mercado laboral español](#), Informe ISEAK, n. 1
- RIACH P.A. (2015), *A field experiment investigating age discrimination in four European labour markets*, en *International Review of Applied Economics*, vol. 29, n. 5, pp. 608-619
- RUBIO ARRIBAS F.J. (2012), [Una mirada sociológica al desempleo](#), en *Nómadas*, n. 2, pp. 37-52
- SANCHIS E. (2013), *Los parados: cómo viven, qué piensan, por qué no protestan*, Publicacions de la Universitat de València
- VIGIL VILLODRES A. (2024), [Radiografía del paro de larga duración](#), Estudio UGT, n. 36

Páginas web

LEES Senior Mérida 2024: <https://www.lanzaderasdeempleo.es/lanzaderas/lees-senior-merida-2024>

Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: perspectivas y herramientas para la inclusión*

Gloria María MONTES ADALID**

RESUMEN: Este trabajo aborda, de manera integral, la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral. En este sentido, estas enfrentan un laberinto de barreras invisibles que obstaculizan su acceso a las mismas oportunidades que el resto de la población. A este tenor, hemos considerado necesario examinar el acceso al empleo y las diversas formas de discriminación que enfrentan, como el impacto de los algoritmos y la IA o el despido discriminatorio, entre otros, y analizar la actuación desarrollada por la comunidad internacional y los gobiernos, a través de medidas para combatir esta discriminación. En concreto, nos hemos centrado en el análisis del caso de España, en cuanto a políticas de empleo vinculadas a este colectivo vulnerable, analizando el modelo de empleo protegido y su transición al empleo ordinario, para finalmente concluir con unas reflexiones sobre su efectividad y su papel en la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Discriminación, inclusión, empleo, protección, trabajo, discapacidad.

SUMARIO: 1. Las personas con discapacidad en el mercado laboral: definición y protección. 1.1. Un enfoque global del término “discapacidad”. 1.2. El término “discapacidad” en el ordenamiento jurídico español. 2. El acceso al empleo de las personas con discapacidad: una mirada hacia la discriminación. 2.1. El derecho al trabajo de las personas con discapacidad. 2.2. Una primera aproximación al tratamiento legislativo de la discriminación emergente en el mercado laboral. 2.3. Algunas formas tradicionales e incipientes de discriminación laboral hacia personas con discapacidad. 2.3.1. El impacto de los algoritmos y la IA en los derechos de las personas con discapacidad: entre la brecha digital, los sesgos algorítmicos y las oportunidades. 2.3.2. El despido discriminatorio por razón de discapacidad. 2.3.3. Denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad y medidas de acción positiva. 2.3.4. El acoso laboral con motivo de discapacidad. 2.3.5. Otras formas de discriminación laboral de las personas con discapacidad. 3. Medidas y herramientas existentes para combatir la discriminación laboral

* Este trabajo de investigación está dedicado a mi padre, Manuel Montes Vílchez, que fue un gran luchador. La razón por la cual empecé y terminé este artículo. Asimismo, destacar que se enmarca en el proyecto *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023-031, IP: Estefanía González Cobaleda).

** Investigadora Posdoctoral Contratada (POP-FPU). Acreditada a Profesora Permanente Laboral. Universidad de Málaga (España).



hacia personas con discapacidad: una mirada al modelo español de acceso al empleo de las personas con discapacidad. 3.1. El empleo protegido. 3.2. El tránsito del empleo protegido al ordinario. 3.3. Modalidades de empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad. 3.3.1. La cuota de reserva. 3.3.2. El empleo por cuenta ajena. 3.3.3. El empleo con apoyo. 3.3.4. El empleo por cuenta propia. 3.4. La adaptación de puesto de trabajo y dotación de medios de protección personal. 4. Unas brevísimas conclusiones. 5. Bibliografía.

Discrimination in the Workplace Against People with Disabilities: Perspectives and Tools for Inclusion

ABSTRACT: This paper deals comprehensively with the situation of people with disabilities in the labour market. In this sense, they face a labyrinth of invisible barriers that hinder their access to the same opportunities as the rest of the population. In this regard, we have considered it necessary to examine access to employment and the various forms of discrimination they face, such as the impact of algorithms and AI or discriminatory dismissal, among others, and to analyse the action taken by the international community and governments through measures to combat this discrimination. Specifically, we have focused on the analysis of the case of Spain, in terms of employment policies linked to this vulnerable group, analysing the sheltered employment model and its transition to ordinary employment, to finally conclude with some reflections on its effectiveness and its role in promoting the inclusion of people with disabilities in the labour market.

Key Words: Discrimination, inclusion, employment, protection, work, disability.

1. Las personas con discapacidad en el mercado laboral: definición y protección

En el ámbito del derecho del trabajo, la discriminación por razón de discapacidad se erige como una problemática de profundas raíces y complejas repercusiones. Y, si bien los avances en materia de inclusión y accesibilidad han sido notables en las últimas décadas, las personas con discapacidad continúan enfrentando obstáculos desproporcionados para acceder y permanecer en el mercado laboral.

1.1. Un enfoque global del término “discapacidad”

Definir el concepto de discapacidad se vuelve una tarea compleja cuando consideramos que las legislaciones nacionales de la mayoría de los países han abordado este tema, reflejando una amplia variedad de interpretaciones y estrategias para su implementación¹, ante la situación de marginación histórica de este colectivo.

En respuesta a esta realidad, diferentes sociedades han desarrollado mecanismos de asistencia y protección dirigidos a este grupo, buscando mejorar su inclusión y bienestar². Así, en 1980, se publicó la Clasificación Internacional de la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía (CIDDDM) por la Organización Mundial de la Salud³. De estas definiciones brindadas por la OMS, se concluye que una persona con discapacidad experimenta una o más limitaciones funcionales, derivadas de una o varias enfermedades de carácter duradero o permanente, que tienen efectos personales y sociales que pueden variar significativamente según el individuo y el apoyo recibido.

En 2001, la OMS revisó esta clasificación, enriqueciendo los conceptos preexistentes y creando otros nuevos, centrándose en los aspectos positivos relacionados con las capacidades del individuo en lugar de las “consecuencias de la enfermedad”. Este enfoque se orientó hacia los “componentes de la salud”, dando lugar a la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

¹ J. PÉREZ PÉREZ, *¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?*, en R. ESTEBAN LEGARRETA (coord.), *Guía sobre la regulación del empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria*, Obra Social “La Caixa”, 2021, p. 10.

² FUNDACIÓN LARGO CABALLERO, *Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad-Estudio de fuentes secundarias*, 2008, p. 3.

³ Esta clasificación introdujo los conceptos fundamentales de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

1.2. El término “discapacidad” en el ordenamiento jurídico español

En el entorno español, a través de un breve recorrido histórico, encontramos un punto de partida: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), que estableció en su art. 7 la siguiente definición de persona con discapacidad: «cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales⁴». En este sentido, la definición del art. 7 de la LISMI presentaba un problema significativo: la falta de referencias sobre el grado de discapacidad necesario para acceder a una protección específica, vacío que fue abordado años después con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)⁵. Sin embargo, estas diferencias entre una normativa y otra provocaron disparidades e irregularidades en la práctica⁶, que quedaban al amparo de la jurisprudencia.

Continuando con nuestro examen retrospectivo, podemos destacar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), que marca un antes y un después en la definición de discapacidad en España⁷, y se erige como un intento de

⁴ Aunque esta definición tiene características limitadas, se alinea con los modelos sociales de discapacidad y los principios establecidos en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980, así como en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

⁵ Esta ley estableció un grado mínimo de discapacidad del 33% para acceder a dicha protección y consideró a los pensionistas de la Seguridad Social con una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas con una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, como afectados por este grado de discapacidad.

⁶ Prueba de estas inconsistencias son las sentencias que reflejan dicha variabilidad en la interpretación y aplicación de las leyes, como la STS 21 de marzo (RJ 2007/4999), y las STS de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007/4627 y RJ 2007/6109), 29 de marzo de 2007 (RJ 2007/6110), 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/7394) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008/7638).

⁷ Según su art. 4.1, se consideran personas con discapacidad aquellas que «presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», y añade en su apartado segundo que tendrán dicha consideración a quienes se les reconozca un grado de discapacidad igual o superior al 33% «a todos los efectos», incluyendo en este grupo a «pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el

mitigar los problemas conceptuales.

No obstante, a pesar de los esfuerzos de la LGDPD, no se logró una solución definitiva⁸. De hecho, a tenor de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 1826/2017) se concluyó que el art. 4.2 de la LGDPD constituía un *ultra vires*⁹, suponiendo un exceso en la delegación legislativa, con el uso de la expresión *a todos los efectos*, dejando de nuevo el concepto a manos de soluciones jurisprudenciales.

También es destacable el papel desempeñado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, en los últimos años, en materia del proceso de reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que estableció las normas para el reconocimiento del grado de discapacidad, la implementación de nuevos baremos, la identificación de los órganos competentes y el procedimiento a seguir, con el objetivo de conseguir uniformidad en todo el territorio nacional. Posteriormente, su última actualización la tenemos en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, que ha derogado al anterior, y ha introducido un nuevo procedimiento, reafirmando la finalidad de asegurar esta evaluación uniforme, y garantizando la igualdad de condiciones para que la ciudadanía acceda a los derechos previstos en la legislación (art. 1)¹⁰.

Y, de manera más reciente, destacamos la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha introducido modificaciones significativas en la LGDPD¹¹.

grado de total, absoluta o gran invalidez, ya los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

⁸ En esta línea, es relevante señalar que, para que las empresas acreditaran el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% para personas con discapacidad establecida en el art. 38.1 de la LISMI y en el art. 42 de la LGDPD, solo se consideraban los trabajadores con discapacidad reconocida ante el órgano competente. Así, los trabajadores que recibían una pensión de incapacidad permanente no eran incluidos en este conteo.

⁹ Según el diccionario panhispánico del español jurídico, se trata de un principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.

¹⁰ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *La discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, n. 2.

¹¹ Una de las principales reformas establece que, para ciertos efectos, se considerará que tienen una discapacidad con un grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social con una pensión de incapacidad permanente en los grados total, absoluta o gran invalidez. Asimismo, esta consideración se extiende a los pensionistas de clases pasivas que reciben una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Se dilucida, en consecuencia, que la definición y protección de las personas con discapacidad es un área compleja y en constante desarrollo, que refleja un intento continuo de alinear la legislación con los principios de igualdad y no discriminación. Pero aún persisten desafíos y discrepancias que requieren soluciones jurisprudenciales y una mayor armonización normativa, especialmente en materia laboral.

2. El acceso al empleo de las personas con discapacidad: una mirada hacia la discriminación

2.1. El derecho al trabajo de las personas con discapacidad

En el proceso de definir y coordinar las reglas del juego, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad constituye un pilar fundamental en la lucha por la igualdad y la inclusión social.

En el entorno internacional, tenemos que mencionar necesariamente la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, y que brinda a la discapacidad una nueva perspectiva, elevándola a la categoría de derecho humano¹². La ratificación en España de esta Convención y su Protocolo Facultativo tuvo lugar el 21 de abril de 2008¹³. En concreto, en el art. 27 de la CDPD se explicita el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

En esta misma línea internacional, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad ha adquirido una relevancia significativa en el contexto laboral, incluyéndose en el marco legislativo de la OIT, que ha elaborado una infinidad de instrumentos legales muy significativos¹⁴.

¹² J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Fomento del empleo ordinario por cuenta ajena de las personas con discapacidad. Especial referencia a la realidad andaluza*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. extra, 2023, p. 87.

¹³ I. GARCÍA PRESAS, *El acceso al trabajo de las personas discapacitadas*, en *AFDUC*, 2013, n. 17; I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 103 y 139.

¹⁴ El primer instrumento legal internacional que aborda la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad es la Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (núm. 22). Posteriormente, en 1944, durante la Segunda Guerra Mundial, se adoptó la Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71), que enfatizaba la importancia de la orientación, formación y reeducación profesional para los trabajadores discapacitados. También la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los

Pasando al entorno europeo, en lo que respecta al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos explicita el mismo, así como en la Carta Social Europea¹⁵.

Por otro lado, en España, el art. 96.1 de la Constitución Española (CE) consagra este derecho y ocasiona la modificación y adaptación de la normativa relacionada con la materia. También otros preceptos constitucionales se relacionan con este derecho, como el art. 9.2, el 35 y el 49 CE.

Asimismo, existen otras normas específicas que desarrollan esta protección para el colectivo, como el propio Estatuto de los Trabajadores (ET), en los arts. 4 y 5, de los que se desprende que los trabajadores con discapacidad son titulares de los derechos y deberes relativos a todos los trabajadores, y en otros arts. se establecen medidas específicas para los mismos, en materia laboral¹⁶.

Otra normativa a destacar es la DA 14ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la que se alude al fomento del empleo¹⁷. Igualmente, podemos destacar el art. 161 BIS de la Ley General de la Seguridad Social desarrollado por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, que establece la jubilación anticipada para los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100, y la adaptación normativa de la CDPD en el ordenamiento jurídico español, con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que

inválidos, 1955 (núm. 99), que ha sido fundamental para las legislaciones y prácticas nacionales sobre la orientación y formación profesional e inserción laboral de personas con discapacidad. Y, por último, destacar los instrumentos jurídicos más relevantes de la OIT: el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), núm. 159, y la Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), núm. 168, ambos adoptados en 1983 y aún vigente (*vid.* J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual*, en *esta Revista*, 2019, n. 4, pp. 124-125).

¹⁵ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *El impacto de la Convención en materia laboral*, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010.

¹⁶ Arts. 11, 17, 20, 37, 45, 46, 48, 51, 53, 54, DA 20ª, DA 27ª y DT 7ª ET, que mencionan expresamente la discapacidad.

¹⁷ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *Aspectos laborales de la Ley de Dependencia a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*, en M.C. BARRANCO AVILÉS (coord.), *Situaciones de Dependencia, discapacidad y Derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, 2011, pp. 231-234.

establece una hoja de ruta importante en la materia, con varias remisiones al trabajo de las personas con discapacidad.

Posteriormente, el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, supuso la aprobación de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, que creó una entidad normativa para coordinar y ejecutar las políticas activas de empleo en el Estado, con herramientas destinadas a la inserción laboral de las personas discapacitadas en el trabajo protegido¹⁸.

También, de nuevo, citar la LGDPD en materia laboral, con numerosas referencias al empleo y al trabajo. Y, por último, mencionar una vez más el papel de la Ley 3/2023, que hace más de cincuenta menciones a la discapacidad.

Tras este análisis, de conformidad a la normativa internacional, comunitaria y nacional, el trabajo es una libertad y un derecho para todas las personas y, por tanto, para las personas con algún tipo de discapacidad, con la consecuente construcción de políticas públicas para la empleabilidad de este colectivo¹⁹.

Dicho esto, a pesar de los distintos intentos legislativos, el asunto del acceso al empleo y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad no es una cuestión resuelta en España, ya que las personas con discapacidad siguen recibiendo discriminación directa o indirecta en el ámbito laboral, enfrentando trabas que van desde prejuicios y estereotipos hasta la falta de ajustes razonables²⁰ y oportunidades adecuadas.

2.2. Una primera aproximación al tratamiento legislativo de la discriminación emergente en el mercado laboral

En consonancia con lo expuesto, en el mundo del trabajo, las personas con discapacidad enfrentan una realidad paralela: un laberinto de barreras invisibles que obstaculizan su acceso a las mismas oportunidades que el resto de la población. En este sentido, la comunidad internacional y los

¹⁸ Esta normativa ha marcado el rumbo de las Estrategias de Empleo de los años sucesivos, que también cuentan con numerosas menciones a la discapacidad.

¹⁹ S. OLARTE ENCABO, *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi, 2008, p. 81.

²⁰ Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad).

gobiernos han tomado cartas en el asunto –al igual que con la definición y el derecho al trabajo–, tejiendo un marco legal que protege a los grupos más vulnerables y abre las puertas a un futuro laboral más justo e inclusivo.

En esta línea, en el entorno europeo, el Tratado de Ámsterdam de 1997 marcó un hito crucial al ampliar las competencias de la Comunidad Europea y redefinir el principio de igualdad superando la tradicional visión centrada en la igualdad de género. Ahora, este principio abarcaba a otros grupos discriminados, como aquellos afectados por motivos relacionados con su origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, tal como se establece en su art. 13²¹ –avance que fue posteriormente reafirmado por la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, que en su Título III dedicado a la *Igualdad*, prohíbe expresamente la discriminación por las causas mencionadas en su art. 21.1–.

Además, dos directivas antidiscriminatorias, la 2000/43 del 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la 2000/78 del 27 de noviembre del mismo año, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, consolidaron estos principios al establecer un marco legal para garantizar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente del origen racial o étnico y otras características²².

Por otra parte, el Tratado de Lisboa –suscrito en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, cuya vigencia comenzó el 1 de diciembre de 2009– representó un paso adicional en la lucha contra las discriminaciones y la consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. El art. 6 de este tratado, junto con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), otorga un estatus de Tratado a la Carta de Derechos Fundamentales por primera vez, reconociéndole un valor legal significativo. Si bien esto no modificó las competencias conferidas por el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sí convirtió a la Carta en un elemento fundamental para la interpretación legal, garantizando la eficacia del derecho comunitario antidiscriminatorio y asegurando que su

²¹ M.I. BENAVENTE TORRES, *Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 98.

²² La transposición de estas directivas al ordenamiento jurídico nacional español se llevó a cabo a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, conocida como la MFAOS, la cual estableció los estándares mínimos para garantizar la igualdad de trato, dentro del título II, mediante un capítulo específico.

prohibición de discriminación fuese un principio general del derecho de la Unión Europea. Esto, en conjunto con las directivas mencionadas, ha fortalecido la protección de los derechos fundamentales frente a individuos que los lesionen²³.

Pues bien, en el ordenamiento jurídico nacional, concretamente, la prohibición de la discriminación se establece en el ar. 14 CE, que impide la implementación de tratamientos que obstaculicen de manera general la igualdad de trato o de oportunidades para ciertos grupos²⁴. De la misma manera, se incluye discapacidad como motivo de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. Y, en adición, el principio fundamental de no discriminación está también plenamente integrado en nuestro ordenamiento jurídico laboral. En este contexto, el art. 17.1 ET recoge las principales formas de discriminación en el ámbito laboral, incluyendo la discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad. Y es que en el entorno laboral puede ser un escenario propenso para la discriminación por discapacidad, afectando no solo las oportunidades de empleo, sino también el trato justo y equitativo de los trabajadores con discapacidad. Por ello, intentaremos arrojar luz sobre un problema latente que, lejos de ser anecdótico, representa un obstáculo significativo en el camino hacia una sociedad verdaderamente inclusiva y justa.

2.3. Algunas formas tradicionales e incipientes de discriminación laboral hacia personas con discapacidad

A la vista de lo expuesto, en el tejido laboral contemporáneo, la lucha por la equidad y la inclusión se erige como un pilar fundamental de nuestras sociedades modernas. Sin embargo, tras décadas de avances legislativos y sociales en pro de la igualdad de oportunidades, aún se alzan muros que perpetúan la exclusión de ciertos colectivos, entre ellos, las personas con discapacidad. En este escenario, emerge un fenómeno de insidiosa complejidad: la “neodiscriminación” o nuevas discriminaciones en el ámbito laboral, junto con las ya existentes. Por ello, abordaremos algunas de las nuevas formas de discriminación que desafían el marco legal establecido para proteger los derechos de las personas con discapacidad en el contexto laboral, así como las ya presentes. Vamos a verlo.

²³ BENAVENTE TORRES M.I., *op. cit.*, p. 98.

²⁴ Estos tratamientos discriminatorios se basan en una serie de factores diferenciadores que el legislador considera prohibidos, ya que vulneran la dignidad humana.

2.3.1. El impacto de los algoritmos y la IA en los derechos de las personas con discapacidad: entre la brecha digital, los sesgos algorítmicos y las oportunidades

Dejando de un lado las explicaciones técnicas referidas a la Inteligencia Artificial, en este epígrafe exploraremos la IA y su intersección con las emergentes formas de discriminación en el entorno laboral, particularmente dirigidas hacia las personas con discapacidad –analizando cómo estos avances, impulsados por el desarrollo de algoritmos y el procesamiento de macrodatos, han generado una serie de aplicaciones con el potencial de mejorar la eficiencia y la calidad de vida en diversos sectores, pero también una preocupación por la opacidad y los sesgos inherentes a los algoritmos, que pueden amplificar la discriminación hacia ciertos grupos, incluidas las personas con discapacidad²⁵–. En este sentido, vamos a examinar cómo la IA puede afectar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, tanto en términos de acceso al empleo como de trato justo en el lugar de trabajo, que es un tema que va más allá de la mera discusión tecnológica y se adentra en las complejidades de los derechos humanos y la equidad social.

La adopción temprana de la inteligencia artificial (IA) por parte de las personas con discapacidad marca un hito significativo en la evolución tecnológica²⁶. Desde entonces, la IA ha demostrado su capacidad para mejorar la igualdad inclusiva en una variedad de áreas, desde el empleo hasta la educación, en consonancia con los principios de la CDPD²⁷. Esta tecnología ha sido un catalizador para la innovación en ajustes razonables y herramientas de apoyo, como las aplicaciones de navegación para personas con discapacidad visual y los programas de conversión de voz a texto para personas con dificultades auditivas²⁸. Además, la IA está transformando la educación a través de plataformas adaptadas y herramientas personalizadas que mejoran el aprendizaje y la inclusión²⁹.

²⁵ R. VALLE ESCOLANO, *Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos*, en *Revista Española de Discapacidad*, 2023, n. 1.

²⁶ J.P. BIGHAM, P. CARRINGTON, *Learning from the front: People with disabilities as early adopters of AI*, 2018 HCIC Human-Computer Interaction Consortium, Las Vegas, 2018.

²⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Derechos de las personas con discapacidad*, Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/49/52, 2021.

²⁸ A. GUO ET AL., *Toward fairness in AI for people with disabilities: A research roadmap*, en *Accessibility and Computing*, 2019, n. 125.

²⁹ GLOBAL DISABILITY INNOVATION HUB, *Disability Innovation Strategy 2021-2024*, 2021.

A pesar de estos avances, es importante reconocer las voces críticas que advierten sobre la necesidad de abordar los desafíos y limitaciones de la IA para evitar generar expectativas irrealistas y frustración entre las personas con discapacidad³⁰: el fenómeno de la digitalización –y la IA, en particular– conlleva un riesgo significativo de exclusión social, especialmente para ciertos grupos vulnerables³¹, y puede desembocar en una brecha digital³². Todo ello plantea nuevos desafíos que requieren atención urgente desde una perspectiva legal y ética, afectando a los derechos y obligaciones establecidos en la CDPD.

En este sentido, los colectivos en los que la brecha digital es más pronunciada son las personas mayores y las personas con discapacidad. Según el estudio de Martínez Torán y Esteve Sendra de 2022, titulado *Brecha Digital y Discapacidad. Una perspectiva centrada en las personas*, el 17% de los hogares que incluyen a una persona con discapacidad no tienen acceso a Internet. Esto evidencia una desventaja significativa en comparación con la población sin discapacidad, donde la mayoría de los hogares cuenta con conexión a Internet.

Además, las personas con discapacidad enfrentan serios problemas de accesibilidad en el entorno digital. Encuentran dificultades en sitios web y herramientas tecnológicas que no están diseñadas para su uso, lo que les impide percibir, comprender, navegar e interactuar en el mundo cibernético. Los resultados del estudio destacan una notable brecha digital que requiere adaptaciones específicas según el tipo de discapacidad para garantizar la igualdad de oportunidades en el entorno digital. Entre los problemas identificados se encuentran la usabilidad deficiente, la falta de suficientes soluciones tecnológicas, barreras económicas, la falta de dispositivos digitales y la desconfianza e inseguridad en el entorno digital³³.

³⁰ P. SMITH, L. SMITH, *Artificial intelligence and disability: Too much promise, yet too little substance?*, en *AI and Ethics*, 2021, vol. 1, n. 1.

³¹ En este sentido, es destacable el Capítulo I del Pilar europeo de Derechos Sociales, que se enfoca en la *Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral*. Este Capítulo comienza con una sección inicial que aborda la *Educación, formación y aprendizaje continuo*. Aquí encontramos un vínculo relevante con la reciente Decisión conjunta del 26 de enero de 2023, ya que sus disposiciones combinan dos realidades distintas: la digitalización y las necesidades de formación. Si estas no se fusionan de manera adecuada, pueden generar una situación de exclusión debido a la existencia de la denominada “Brecha digital”.

³² La Oficina para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) establece que el concepto de brecha digital se vincula «al desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos con relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades».

³³ *Vid.* en profundidad H. ÁLVAREZ GARCÍA, *La discriminación algorítmica por razón de*

Asimismo, otro impedimento que encuentran las personas con discapacidad es el sesgo algorítmico³⁴, que amenaza la igualdad de las personas con discapacidad. Este reto se manifiesta en la inclusión inadvertida de desigualdades y prejuicios en los algoritmos, que se alimentan de datos recopilados de manera sesgada y poco representativa. En este contexto, las personas con discapacidad enfrentan desventajas adicionales debido a la escasa participación en varios aspectos económicos y sociales, lo que históricamente ha generado lagunas en los conjuntos de datos y prácticas discriminatorias arraigadas.

De manera sintética, estos sesgos algorítmicos tienen diversas manifestaciones, desde el diseño deficiente de los sistemas de IA hasta la falta de representatividad en la recopilación de datos, lo que perpetúa la discriminación y la exclusión de grupos marginados. Además, la falta de homogeneidad dentro del grupo de personas con discapacidad complica aún más la detección y corrección de estos sesgos, lo que refuerza su vulnerabilidad. Así, la discriminación derivada de la IA y los algoritmos se origina en la opacidad tecnológica, los datos sesgados, la falta de inclusión y la ausencia de ajustes razonables³⁵.

Así las cosas, se manifiesta la urgente necesidad de abordar estos problemas, que constituyen una clara discriminación. Por ello, el marco regulatorio debe ofrecer una protección suficiente y adecuada que garantice que el impacto de la IA en las vidas de las personas con discapacidad tenga un balance positivo. En esta línea, la CDPD impone obligaciones a los Estados en relación con el desarrollo y uso de la IA, con el objetivo de encontrar un equilibrio adecuado entre el progreso tecnológico y la protección de los derechos humanos.

1. Responsabilidad regulatoria y promoción del diseño inclusivo

La CDPD establece dos responsabilidades clave en relación con la IA. En primer lugar, la responsabilidad regulatoria busca evitar la discriminación por motivos de discapacidad, mientras que la obligación de

[discapacidad](#), en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2023, vol. 18, pp. 23-24.

³⁴ El sesgo algorítmico se puede definir «en sentido estricto como todas las decisiones erradas propias del sistema informático y en sentido amplio, si esos errores del sistema provocan o son capaces de provocar un impacto desfavorable respecto de ciertas personas o grupos de personas, se habla de discriminación algorítmica». C. CELESTE DANESI, *Inteligencia artificial y Metaverso: el ordenamiento jurídico frente a los sesgos algorítmicos y los estereotipos de género en la realidad virtual*, en E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS (dir.), *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la agenda 2030*, Aranzadi, 2022.

³⁵ R. VALLE ESCOLANO, *op. cit.*, pp. 7-28.

promover el diseño y desarrollo temprano de tecnologías de la información apunta a garantizar un enfoque inclusivo desde el inicio del proceso. Esto va más allá de simplemente asegurar la accesibilidad tecnológica, centrándose en cómo la IA puede afectar la igualdad de trato y la no discriminación, con el objetivo de no dejar a nadie atrás³⁶.

2. Derechos relacionados con la IA

La CDPD aborda varios derechos específicos que están estrechamente relacionados con el desarrollo y uso de la IA, y de los cuales puede inferir el vínculo con las personas con discapacidad, como: *derecho a la igualdad y no discriminación* (las personas con discapacidad pueden requerir ajustes razonables para ejercer sus derechos, incluso anticipando estos ajustes en el contexto de la IA, como en el uso de herramientas de selección de empleo basadas en algoritmos); *derecho a la autonomía y toma de decisiones* (la IA plantea amenazas a estos derechos, especialmente en el contexto de aprendizaje automático y elaboración de perfiles, como en el ámbito de la salud y la reproducción); *derecho a la privacidad* (la protección de datos es fundamental en la IA, especialmente en el contexto de la recopilación y manejo de información sobre personas con discapacidad); *derecho al trabajo y empleo* (protege contra la discriminación en el empleo por motivos de discapacidad, lo que incluye la utilización de herramientas de IA que pueden tener efectos discriminatorios); *derecho a la educación* (la IA puede promover una educación inclusiva, pero también corre el riesgo de reforzar la segregación en el ámbito educativo); *derecho a un nivel de vida adecuado y protección social* (la opacidad en la adopción de decisiones y la automatización pueden afectar negativamente el acceso al mercado laboral y a servicios públicos); *derecho a la salud y rehabilitación* (la IA no debe usarse para discriminar en el acceso a servicios de salud y rehabilitación); *libertad de expresión, opinión y acceso a la información* (la IA puede facilitar el acceso a la información, pero también puede amenazar la libertad de expresión y asociación de personas con discapacidad); *participación en la vida política y pública* (las herramientas de IA deben desarrollarse de manera accesible para garantizar la participación política de las personas con discapacidad); *adquisiciones públicas* (los gobiernos deben adquirir sistemas de IA de manera inclusiva y consultar activamente a personas con discapacidad en su diseño y desarrollo)³⁷.

De esta manera, las exigencias de CDPD deben servir como el mapa que guíe la relación entre el desarrollo y el uso de la IA y las personas con

³⁶ *Ibidem*, p. 13.

³⁷ *Ibidem*, pp. 14-15.

discapacidad, y como marco para que la tecnología se desarrolle de manera inclusiva desde sus primeras etapas.

En este sentido, el legislador español también ha sido –y es– consciente de la discriminación digital que afecta a ciertos colectivos, comprometiendo sus derechos en el entorno digital. Por ello, ha establecido una serie de medios jurídicos para ejercer y reclamar derechos, así como para cumplir deberes ciudadanos. Así, el art. 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales reconoce el derecho de acceso universal a Internet, independientemente de la condición personal, económica y social, y manda a los poderes públicos a tomar acciones positivas para que personas mayores y con discapacidad accedan en igualdad de condiciones. De igual manera, la Carta de Derechos Digitales, publicada por el Gobierno de España en 2021³⁸, enfatiza un acceso a Internet universal, asequible, de calidad y no discriminatorio, definiendo el derecho de acceso efectivo a los servicios y oportunidades digitales, obligando a los poderes públicos a garantizar un diseño tecnológico universal y comprensible para todos. Además, aborda las desigualdades digitales en España, comprometiéndose a combatir todas las brechas digitales, incluidas las de discapacidad, género, edad, economía y territorio.

2.3.2. El despido discriminatorio por razón de discapacidad

Continuando con otro aspecto de la discriminación hacia las personas con discapacidad, encontramos el despido discriminatorio debido a su condición, una práctica antigua y persistente que refleja una forma tradicional de exclusión.

En esta tesitura, en el ámbito laboral, el empleador tiene la facultad de despedir a sus empleados por diversas razones, incluyendo causas objetivas como la ineptitud sobrevenida, la falta de adaptación a modificaciones técnicas, la disminución continuada del rendimiento, así como motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción³⁹, etc. Estas causas, si bien pueden estar justificadas desde una perspectiva empresarial, deben estar fundamentadas y ser razonables para ser un despido válido. Pero, en ocasiones, pueden ser esgrimidas de manera fraudulenta para encubrir despidos discriminatorios, incluyendo aquellos motivados por la

³⁸ GOBIERNO DE ESPAÑA, *Carta Derechos Digitales*, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 2021. En España, la Carta de los Derechos Digitales se encuentra en el ámbito de las actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

³⁹ *Vid.* ET, art. 49, l), art. 52 y art. 53.

discapacidad del trabajador.

En este sentido, existen protecciones específicas –algunas ya mencionadas– que intentan paliar y evitar estas situaciones, como la Directiva 2000/78, que ofrece un marco para la protección a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación de todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad⁴⁰.

En este contexto, dentro del ordenamiento jurídico nacional, tenemos la regulación del despido por causas objetivas en el art. 52 ET. En concreto, el art. 52, a) ET regula el despido objetivo «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa». Por su parte, el art. 52 d) ET contenía una disposición que podía facilitar el despido de trabajadores por razones de edad y salud⁴¹. Afortunadamente, se ha eliminado este apartado d) a través del Real Decreto-Ley 4/2020⁴², señalando el mismo, en su exposición de motivos, que la disposición derogada no solo podía constituir una causa de discriminación directa para las personas con discapacidad, y discriminación indirecta para aquellos con enfermedades de larga duración debido a las bajas intermitentes⁴³.

⁴⁰ En concreto, en su art. 3 se establece como ámbito de aplicación las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido. No obstante, el legislador no pretende «obligar a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o proporcionar formación a una persona que no sea competente, capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto en cuestión» (punto 17 del considerando). Esto permite a la empresa despedir por razones objetivas. En otras palabras, si no se requiere ningún intento de mantener al trabajador en su empleo, se facilita la terminación de la relación laboral, lo cual puede perjudicar al trabajador con discapacidad.

⁴¹ Esta disposición permitía el despido objetivo por «faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses». Sin embargo, el mismo precepto indicaba que «no se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos».

⁴² Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁴³ En esta línea, hasta el momento, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relacionadas con la discriminación por motivos de discapacidad en el marco de la Directiva 2000/78 son escasas. Sin embargo, si echamos un vistazo a la realidad española, su importancia para nuestra legislación es innegable. No solo porque tres de las nueve sentencias se refieren a casos españoles, como los de *Chacón Navas* y *Daouidi*, ambos sobre despidos discriminatorios, y finalmente *Ruiz Conejero*, que gira en

En este sentido, el legislador ha previsto diversas protecciones, como el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) –dedicado a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la adaptación del puesto de trabajo a las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial–. En caso de conocer el estado de discapacidad del trabajador –ya presente antes de la contratación, sobrevenida–, es evidente que esta medida debe ser implementada. De lo contrario, se estaría discriminando al trabajador por sus condiciones de salud⁴⁴.

Con el conocimiento de ambas normativas –LPRL y ET–, se están generando diversas incertidumbres sobre la clasificación legal que debe aplicarse al despido en casos de discapacidad, en esta posibilidad que tiene el empleador de terminar la relación laboral. ¿Por qué? La respuesta la encontramos en la no inclusión del mencionado art. 25 LPRL al art. 52 a) ET⁴⁵, de manera que no se ha ejercido suficiente presión sobre el empleador para que se tomen todas las medidas adecuadas en cuanto a la adaptación (e incluso la movilidad funcional) antes de proceder al despido. Todo ello desembocando en fallos judiciales tienden a calificar los despidos como improcedentes⁴⁶.

torno al art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores, sino también porque estas sentencias han marcado un cambio jurisprudencial evidente en su evolución. *Vid.*, al respecto, M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴ En este sentido, el art. 4.2 de la Ley 15/2022 establece que no se considera discriminación «la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla». Sin embargo, en este caso, no llevar a cabo la adaptación mencionada en la LPRL sin una justificación suficiente relacionada con una carga excesiva no puede considerarse exento de ser calificado como discriminatorio.

⁴⁵ J. DORMIDO ABRIL, *Dificultades en la aplicación del principio preventivo de adaptación del puesto de trabajo por razón de los sujetos en España*, en *Derecho Global*, 2023, n. 24.

⁴⁶ En el plano español, tanto el Tribunal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantienen que el despido debido a una enfermedad no constituye discriminación, a menos que dicha enfermedad genere una segregación social. Este punto de vista se ha mantenido a pesar de las expectativas generadas por las sentencias del TJUE, que han reforzado la distinción entre enfermedad y discapacidad. Asimismo, el Tribunal Supremo, al menos por el momento, sostiene una interpretación restrictiva sobre la discapacidad, que parece desviarse de la doctrina del TJUE. Esto se evidencia en su tendencia a identificar la discapacidad con la incapacidad permanente oficialmente reconocida, una interpretación que contradice las directrices del TJUE y que genera discrepancias. Sin embargo, en casos recientes, como el de la STS 194/2018, de 22 de febrero (rec. 160/2016) (específicamente en un caso de despido por ineptitud sobrevenida) ha abordado supuestos de discapacidad de manera coherente con la doctrina del TJUE. *Vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*

No obstante, si se sigue el argumento de que el art. 25 de la LPRL exige a las empresas realizar ajustes razonables, lo cual debería trasladarse a la justificación del despido objetivo, entonces el incumplimiento de esta obligación no debería dar lugar a un despido improcedente. Por lo tanto, el despido debería calificarse como nulo⁴⁷, teniendo, como consecuencia, la imposición de sanciones tras el procedimiento sancionador correspondiente⁴⁸.

En este sentido, aplicando el art. 17 del ET⁴⁹ en conjunto con el art. 4.2 de la Ley 15/2022, se puede concluir que el despido de una persona con discapacidad sin cumplir las exigencias normativas es una discriminación directa⁵⁰. Así, un despido no puede justificarse si la persona es competente, está capacitada y disponible para desempeñar las tareas esenciales del puesto⁵¹, especialmente considerando la obligación de realizar ajustes razonables.

⁴⁷ Esto es especialmente relevante dado que la normativa laboral y la Directiva 2000/78 consideran que cualquier acción que implique una diferencia de trato por razón de discapacidad es discriminatoria. En este sentido, en el ámbito de los ajustes razonables y el despido discriminatorio, desde la sentencia *Chacón Navas*, de 2006 (STJUE 11 julio 2006, asunto C-13/05), se sugiere que el cumplimiento de los ajustes razonables es esencial para la legitimidad del despido por incompetencia, falta de capacidad o disponibilidad. Posteriormente, en 2013, la sentencia *Danmark* (STJUE 11 abril 2013, asunto C-337/11) aclara que despedir a una persona con discapacidad sin realizar los ajustes razonables necesarios es discriminatorio y, por lo tanto, nulo. Esta conclusión se fundamenta en la CDPD y en la interpretación que debe hacerse de nuestro derecho nacional a la luz de ella, lo que califica cualquier forma de discriminación por discapacidad, incluida la negativa a realizar ajustes razonables.

⁴⁸ El art. 8.12 de la LISOS considera como infracción muy grave la «decisión unilateral de la empresa que implique discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad, o desfavorables en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo», con las consecuencias establecidas en el art. 46.1 bis de la LISOS.

⁴⁹ Recordemos que se refería a la no discriminación en las relaciones laborales.

⁵⁰ Y la Directiva 2000/78 también establece la obligación de implementar medidas de acción positiva, como serían las del art. 25 de la LPRL.

⁵¹ STS 15 mayo 2018 (rec. 1244/2018) y STS 3 mayo 2016 (rec. 2351/2016). No obstante, esto no significa que sea imposible despedir a un trabajador con discapacidad, sino que el empleador debe demostrar que ha cumplido con las exigencias legales para adaptar el puesto de trabajo, y que tal adaptación era materialmente imposible debido a la estructura de la empresa. En este contexto, la carga de la prueba se invierte, obligando a la empresa a demostrar que el despido no fue debido a la discapacidad del trabajador, siempre y cuando el trabajador haya presentado indicios de discriminación.

2.3.3. Denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad y medidas de acción positiva

Al hilo de lo anterior, la CDPC ya nos señala la necesidad de ajustes razonables para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar o ejercer todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, en el entorno comunitario, el art. 5 de la Directiva 2000/78 establece que, para asegurar la igualdad de trato de las personas con discapacidad, deben realizarse ajustes razonables. En este sentido, las empresas deben implementar estas medidas, a menos que demuestren que representan una carga excesiva. La misma directiva aclara que una carga excesiva es aquella que no puede ser mitigada a través de políticas estatales, como ayudas, subvenciones o bonificaciones.

En el contexto español, el art. 40.2 de la LGDPD obliga a los empleadores a tomar las medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo y garantizar la accesibilidad de la empresa, de acuerdo con las necesidades específicas de cada situación. Igualmente, ya hemos apuntado que el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) se refiere a los trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos, definiéndolos como aquellos que, debido a sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos con discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida, son particularmente vulnerables a los riesgos laborales –y exigiendo que la empresa garantice específicamente su protección, evaluando los riesgos y adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias según los resultados de dicha evaluación–. Además, el art. 15.1 d) de la LPRL impone a las empresas la obligación de adaptar el trabajo al trabajador.

Aun cuando se da toda esta protección jurídica, parece que la LPRL ha tratado este tema como una opción lejana en lugar de darle la importancia que merece, considerando que la adaptación del puesto de trabajo sería una solución intermedia eficaz entre la terminación del contrato de trabajo y la continuación sin ajustes.

En este sentido, el art. 6 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación brinda de nuevo luz sobre el asunto, estableciendo que se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad y que se aplicarán medidas de acción positiva⁵², mientras persistan las situaciones de

⁵² Las acciones positivas se refieren a las diferencias de trato diseñadas para prevenir, eliminar y, cuando sea necesario, compensar cualquier forma de discriminación o

discriminación o desventajas que las justifican y deben ser razonables y proporcionales en relación con los recursos disponibles y los objetivos que buscan alcanzar.

2.3.4. El acoso laboral con motivo de discapacidad

Siguiendo con los tipos de discriminación, según el informe de la OIT de 2020⁵³, las personas con discapacidad que trabajan enfrentan varios tipos de violencia, como la intimidación y el abuso verbal, que incluyen insultos y sabotajes. También se reportan casos de violencia física perpetrados por colegas, supervisores o compañeros. Una de las formas de acoso más frecuentes es el control excesivo del desempeño y la asignación desmesurada de errores, comportamientos que tienden a minar la percepción de competencia de la persona en su trabajo, llegando incluso a causar problemas emocionales que pueden hacer que se sientan inútiles e incompetentes⁵⁴.

En este contexto, en el entorno español, el acoso por razón de discapacidad se define como cualquier conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo⁵⁵.

En este sentido, para protección del trabajador discriminado y como represalia para el acosador, esta conducta discriminatoria⁵⁶ puede constituir una causa de despido disciplinario, al considerarse un incumplimiento contractual grave y culpable por parte del trabajador –especialmente justificado en casos de acoso por motivos de discapacidad dirigido al empresario o a otros empleados de la empresa⁵⁷–.

desventaja en su dimensión colectiva o social.

⁵³ OIT, *La violencia y el acoso contra las personas con discapacidad en el mundo del trabajo*, 2020.

⁵⁴ Vid. V.A. SOSA, *Acoso laboral hacia las personas con discapacidad*, en D.J. MICHELINI, A.M. ROCCHIETTI, M.L. RUBINELLI (eds.), *Justicia como Equidad. XXVI Jornadas Interdisciplinarias de la Fundación ICALA*, Ediciones del ICALA, 2021, p. 36.

⁵⁵ Conforme al art. 2 f) LGDPD.

⁵⁶ Art. 35.7 LGDPD.

⁵⁷ A tenor del art. 54.2.g) ET.

2.3.5. Otras formas de discriminación laboral de las personas con discapacidad

Con las anteriores, coexisten otras formas de discriminación laboral igualmente significativas. Una de ellas es su escasa o insuficiente inclusión en la negociación colectiva⁵⁸, lo que limita su capacidad para influir en decisiones que afectan directamente sus condiciones de trabajo, y atender a sus necesidades y derechos. En este sentido, la mayoría de los convenios colectivos incluyen algún aspecto relacionado con personas con discapacidad, pero de manera simple o aislada, y son relativamente pocos los que contienen cláusulas específicas sobre el empleo de trabajadores con discapacidad y sobre sus principales condiciones laborales (como ingreso, prestación de servicios, formación, retribución, salud laboral y prevención de riesgos laborales, entre otros) que complementen y amplíen lo establecido en la normativa legal. En la mayoría de los casos, se limitan a reproducir los preceptos legales aplicables o incluso a remitirse directamente a la normativa vigente⁵⁹.

Otro aspecto crucial es el acceso al empleo. Las personas con discapacidad suelen enfrentar barreras adyacentes durante los procesos de selección y contratación⁶⁰ (como el ya mencionado respecto al sesgo algorítmico), lo que resulta en una tasa de desempleo significativamente mayor en comparación con la población general.

De otro lado, las diferencias en el desarrollo de la carrera profesional – incluyendo disparidades retributivas, en la formación, promoción o diseño de puestos⁶¹ – también representan una forma de discriminación persistente. Y, por último, destacar la discriminación en materia de prevención de riesgos laborales⁶², muy relacionada con la falta de ajustes razonables.

⁵⁸ A este tenor, es muy interesante la visión de J. CABEZA PEREIRO, *La discriminación por motivos de discapacidad*, en J.F. LOUSADA AROCHENA (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 463.

⁵⁹ Vid. M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva*, en C. SÁEZ LARA (coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, p. 468.

⁶⁰ Vid. el interesante estudio de A.E. ALCÁNTARA, *Análisis de la discriminación hacia las personas con discapacidad en los procesos de selección de personal*, en *Trabajo Social Global*, 2019, n. 16.

⁶¹ F.D. BLAU, L.M. KAHN, *Race and gender pay differentials*, en D. LEWIN, O.S. MITCHELL, P.D. SHERER (eds.), *Research frontiers in industrial relations and human resource*, IRRRA, 1992. Vid. extensamente, M. VILLANUEVA FLORES, *La discriminación interna de las personas con discapacidad: el desarrollo de carreras profesionales*, en J. PINDADO GARCÍA, G. PAYNE (coords.), *Estableciendo puentes en una economía global*, ESIC, 2008, vol. 1, *Ponencias*, p. 27.

⁶² Vid. J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Prevención de riesgos laborales y discapacidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, 2020.

3. Medidas y herramientas existentes para combatir la discriminación laboral hacia personas con discapacidad: una mirada al modelo español de acceso al empleo de las personas con discapacidad

En España, contamos con un entramado legislativo general que busca mitigar la discriminación del colectivo en todos los ámbitos, y que reconoce y es garante de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad –prueba de ello son los arts. 9.2 y 49 de nuestra CE, ya mencionados, junto a todas las medidas indicadas en los epígrafes previos, como la LISMI, la LIONDAU, o la LGDPD, entre otras normativas–. Además, existen instrumentos específicos laborales, diseñados desde el prisma del empleo, para promover la igualdad de oportunidades, la inclusión social y la independencia económica de este colectivo, como la LPRL o el propio ET.

Desde la perspectiva de la OIT, que se centra en la idea de trabajo decente para las personas con discapacidad, se identifican cuatro principales categorías de empleo: empleo abierto o competitivo (incluyendo el trabajo autónomo), empleo protegido, empleo con apoyo y empresas sociales⁶³.

En España, el marco legal distingue entre el empleo protegido, el tránsito del empleo protegido al ordinario, y el empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad⁶⁴. El empleo protegido, que incluye los centros especiales de empleo, ofrece un entorno laboral adaptado a las necesidades específicas de los trabajadores, facilitando su integración y desarrollo profesional. Por otro lado, el empleo ordinario promueve la inclusión en el mercado laboral general, incentivando la contratación en empresas convencionales mediante diversas medidas y beneficios, y fomentando así una verdadera inclusión social y laboral. En este sentido, el empleo ordinario debería ser el modelo principal, y el empleo protegido alternativa transitoria hacia el empleo ordinario⁶⁵. Vamos a verlo.

⁶³ Vid. OIT, *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, 2015, pp. 72-98.

⁶⁴ Vid. esquema en J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019, p. 155.

⁶⁵ F. CAVAS MARTÍNEZ, *Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual*, en F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, 2021.

3.1. El empleo protegido

El empleo protegido es una medida fundamental para aquellos individuos que, debido a su discapacidad, encuentran dificultades para acceder al mercado laboral convencional. Este tipo de empleo, contemplado en el artículo 37.2.b) de LGDPD, comprende tanto los trabajos realizados en centros especiales de empleo como a través de los enclaves laborales⁶⁶.

De un lado, tenemos los centros especiales de empleo, regulados por la LGDPD y el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, que tienen como objetivo principal participar en el mercado realizando actividades productivas y asegurar empleo remunerado para personas con discapacidad. Además, actúan como un medio de inclusión en el empleo ordinario.

Dentro de estos centros, se establece una relación laboral especial entre el empleado y el centro especial de empleo, regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Por un lado, los trabajadores con discapacidad que deseen acceder a estos empleos deben inscribirse en las oficinas de empleo, que clasificarán a los demandantes según su tipo y grado de discapacidad. Por otro lado, los titulares de los centros deben solicitar trabajadores a las oficinas de empleo, describiendo detalladamente los puestos de trabajo disponibles⁶⁷.

⁶⁶ B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español*, en *Panorama Social*, 2017, n. 26, p. 59.

⁶⁷ Algunas características generales de este tipo de relación laboral son: la relación laboral incluye contratos de trabajo ajustados a las modalidades previstas en el ET, con ciertas peculiaridades establecidas por el Real Decreto 1368/1985; los contratos pueden ser por tiempo indefinido o determinado; en cuanto al salario, se prohíben los incentivos que puedan poner en riesgo la salud o integridad del trabajador con discapacidad; el tiempo de trabajo se regula, prohibiendo las horas extraordinarias excepto en casos específicos, y otorgando permisos especiales para tratamientos médicos y acciones de formación; la extinción del contrato de trabajo sigue el régimen común establecido en el ET, con ciertas particularidades relacionadas con las causas objetivas; y, en términos de seguridad social, los trabajadores con discapacidad empleados en centros especiales de empleo están incluidos en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente a su actividad.

3.2. El tránsito del empleo protegido al ordinario

De otro lado, tenemos los enclaves laborales, según lo establecido en el art. 46 de la LGDPD, que son una medida destinada a facilitar la inserción en el empleo ordinario de personas con discapacidad que enfrentan dificultades especiales para acceder a él. La normativa que regula esta materia es el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (REL).

Estos enclaves laborales operan como un puente entre el empleo protegido en un centro especial de empleo y el empleo ordinario⁶⁸. Consisten en un tipo de contrato entre una empresa del mercado laboral ordinario, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo. Este contrato implica la realización de obras o servicios relacionados con la actividad normal de la empresa colaboradora, para lo cual un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se traslada temporalmente al centro de trabajo de dicha empresa⁶⁹.

3.3. Modalidades de empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad⁷⁰

En términos generales, el empleo ordinario se refiere al trabajo desempeñado por personas con discapacidad en empresas reguladas por el régimen laboral común. Está contemplado en el art. 37.2.a) de la LGDPD y se caracteriza por la implementación de medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos para fomentar la contratación y la integración de estas personas en el mercado laboral ordinario, garantizando así la igualdad de oportunidades⁷¹. En esta línea, podemos ofrecer una panorámica orientativa de las posibilidades existentes.

⁶⁸ B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁹ El objetivo es que el trabajador con discapacidad adquiera experiencia profesional y mejore sus habilidades laborales en un entorno propio del mercado ordinario. Al mismo tiempo, la empresa colaboradora tiene la oportunidad de evaluar las capacidades y potencialidades de estos trabajadores con miras a su posible incorporación permanente a su plantilla. Para mayor información y aspectos específicos de este tipo de contrato, acudir al REL.

⁷⁰ Para más profundidad, *vid.* G.M. MONTES ADALID, *Trabajadores con discapacidad y medidas de flexibilidad externa*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Comares, 2022.

⁷¹ B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *op. cit.*, p. 63.

3.3.1. La cuota de reserva

En concreto, en el Título VII de la ya aludida LISMI se reflejaban distintas medidas vinculadas a la integración efectiva y real en el mundo laboral de las personas que tenían algún tipo de discapacidad, como la obligación de las empresas (ya sean públicas o privadas, con 50 o más trabajadores) de reserva del 2% de la contratación a personas con discapacidad, salvo convenio colectivo o voluntad del empresario, conocida como cuota de reserva⁷². De manera más reciente, encontramos esta regulación en el art. 42 LGDPD, en términos análogos.

Y, concretamente, en el entorno del empleo público se establece un porcentaje diferente, no inferior al 7% (incrementable por la normativa autonómica) de las vacantes (cupos), conforme al art. 59 del Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), con el objetivo de conseguir que un 2% de los efectivos totales de la Administración Pública sean personas con discapacidad⁷³.

3.3.2. El empleo por cuenta ajena

En este sentido, hay una serie de medidas de fomento de empleo consistentes en subvenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la

⁷² En este sentido, de conformidad con Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y de las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, se establecieron múltiples cuestiones referentes a este porcentaje de reserva y modo de aplicación del mismo. Actualmente, tras varias reformas en la materia, está vigente el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que recoge requisitos y procedimiento, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. De otro lado, en virtud de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el art. 38.1 de la LISMI, y la posterior Ley 50/1998, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que clarificó algunas cuestiones del mismo artículo, el legislador dispuso que fuera posible que, de manera excepcional, los empresarios que tuvieran la obligación antes mencionada de la cuota de reserva del 2%, pudiesen quedar exentos (de manera total o parcial). Había, por tanto, dos posibilidades para aplicar esta exención, determinadas en el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, y desarrolladas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000 (actualmente vigente en todo término que no contrarie la normativa actual).

⁷³ Existen diversas excepcionalidades a estos parámetros y medidas alternativas –como Centros Especiales de Empleo o Enclaves laborales–, en las que no entraremos en detalle.

Seguridad Social para incentivar la contratación indefinida o temporal de personas con discapacidad. La normativa al respecto es compleja y sujeta a cambios, pero haremos un pequeño repaso.

Desde esta óptica, existe la opción de concertar un contrato indefinido con las personas que tienen algún tipo de discapacidad, con la posibilidad de subvenciones, bonificaciones y deducciones en el Impuesto sobre Sociedades⁷⁴.

De otro lado, tenemos la posibilidad de concertar el contrato temporal de fomento de empleo. En este sentido, de acuerdo a la disposición adicional 1ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se concretan una serie de características relativas al contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, con bonificaciones similares a las del contrato indefinido.

Otra opción viable para las personas con discapacidad son los contratos formativos. Sin entrar en generalidades comunes a todos los trabajadores en modalidad de contratos formativos, con la nueva reforma laboral, se recogen, en consecuencia, las particularidades con afección al colectivo de trabajadores con discapacidad:

- en el caso de la formación dual o en alternancia, se contemplan una serie de requisitos y características específicas para el mencionado colectivo, destacando que ya no existen límites de edad para personas con discapacidad, de conformidad a la nueva redacción del art. 11 ET. Asimismo, Seguridad Social cubrirá todas las contingencias y prestaciones, incluyendo el desempleo y FOGASA. Además, las empresas recibirán bonificaciones en las cuotas del SEPE durante la vigencia del contrato;
- por otro lado, en el contrato para la obtención de la práctica profesional, se exige que éste se celebre dentro de los 3 años siguientes a la finalización o superación de las enseñanzas, salvo que se trate del colectivo de personas con discapacidad, en cuyo caso, el número de años se eleva a 5⁷⁵;

⁷⁴ En lo relativo a las subvenciones relacionadas con dicha contratación, el empleador podrá recibir una cantía en el caso de contratar de manera indefinida a una persona con discapacidad, y otra por el coste de adaptar los puestos de trabajo, dotar de equipos de protección o suprimir las barreras. En cuanto a las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social durante la vigencia del contrato, son diferentes dependiendo de la condición o no de discapacidad severa en el trabajador. Y también se establecen deducciones de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades.

⁷⁵ Si la duración del contrato fuese igual o superior a doce meses, la empresa tendrá la posibilidad de solicitar subvenciones para la adaptación del puesto, eliminación de las barreras o dotación de medios de protección personal.

- por último, es posible contratar a una persona con discapacidad mediante la modalidad de contrato de sustitución, con una serie de bonificaciones⁷⁶.

3.3.3. El empleo con apoyo

El empleo con apoyo, definido en el art. 41 LGDPD y regulado por el Real Decreto 870/2007, comprende un conjunto de acciones diseñadas para facilitar la inserción laboral de personas con discapacidad en empresas del mercado ordinario de trabajo. Estas incluyen orientación, asesoramiento, y acompañamiento individualizado para la adaptación al puesto de trabajo, así como la promoción de la interacción entre el trabajador con discapacidad, el empleador y el personal de la empresa. Además, se ofrece apoyo en el desarrollo de habilidades sociales y en la formación específica para el desempeño laboral⁷⁷, y se realiza un seguimiento continuo del trabajador para identificar necesidades y prevenir obstáculos que puedan surgir durante su inserción laboral⁷⁸.

3.3.4. El empleo por cuenta propia

Otra posible alternativa para favorecer la plena inclusión y evitar la discriminación de las personas con discapacidad es el programa de

⁷⁶ Así, tomando como referencia la DA 9ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, el objetivo en este supuesto sería la sustitución de un trabajador con discapacidad que se encuentre en situación de baja por incapacidad transitoria por otro trabajador desempleado con discapacidad, con una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante la vigencia del contrato.

⁷⁷ En este sentido, existen subvenciones que son específicas para programas de empleo con apoyo, según establece el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Asimismo, existen otras normas que se refieren a la materia: Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados; Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados; Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; y Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁷⁸ B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

promoción de empleo autónomo para personas con discapacidad, establecido en el art. 37.2.a) de la LGDPD. En este ámbito, existen una serie de ayudas o subvenciones⁷⁹.

3.4. La adaptación de puesto de trabajo y dotación de medios de protección personal

Por último, a colación de lo ya expuesto en relación con la obligación de realizar ajustes razonables, recordamos que según el art. 40.2 de la LGDPD, los empresarios están obligados a adaptar los puestos de trabajo y la accesibilidad de la empresa para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo y desempeñarlo de manera adecuada. Para tal fin, en caso de contratar a un trabajador con discapacidad de forma indefinida, la empresa puede solicitar subvenciones al Servicio Público de Empleo Estatal para adaptar los puestos de trabajo y proporcionar equipos de protección personal necesarios⁸⁰.

4. Unas brevísimas conclusiones

El término “discapacidad” ha experimentado una profunda transformación desde sus inicios, pasando de una concepción peyorativa y excluyente a una más inclusiva y respetuosa con la diversidad. Este cambio de paradigma ha tenido un impacto significativo en las políticas de discapacidad, impulsando un enfoque más activo y proactivo en la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

No obstante, se ha observado que a pesar de los avances en legislación y políticas inclusivas –como la LGDPD o la LPRL–, las personas con discapacidad aún enfrentan desafíos significativos en el ámbito laboral, ya sea por subestimar su importancia o por falta de coordinación entre las normativas. En este contexto, la “neodiscriminación”, impulsada por la tecnología y los sesgos algorítmicos, se ha sumado a las formas tradicionales de exclusión, poniéndose necesariamente de manifiesto que los Estados y las organizaciones deben colaborar para asegurar que la inteligencia artificial y otras innovaciones tecnológicas no perpetúen la discriminación, sino que

⁷⁹ Determinadas por la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo. También existen beneficios relativos a la capitalización de las prestaciones por desempleo y subvención de cuotas a la Seguridad Social.

⁸⁰ B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *op. cit.*, p. 63.

contribuyan a la inclusión y la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores. Combinar esfuerzos en ambos frentes –tecnológico y normativo– es esencial para erradicar tanto las nuevas formas de discriminación como las tradicionales, creando un entorno laboral verdaderamente inclusivo y equitativo.

En un intento por brindar soluciones en los escenarios laborales, se ha observado un aumento significativo de la presencia de la discapacidad en los programas de empleo y en las estrategias de desarrollo social, pero existe una brecha entre la teoría y la práctica en las políticas de integración laboral, tanto en España como en la Unión Europea: los resultados siguen siendo insuficientes.

Por tanto, es necesario continuar trabajando en la eliminación de las barreras discriminatorias, en la promoción de la accesibilidad universal y en el desarrollo de políticas públicas efectivas que fomenten la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

5. Bibliografía

- ALCÁNTARA A.E. (2019), *Análisis de la discriminación hacia las personas con discapacidad en los procesos de selección de personal*, en *Trabajo Social Global*, n. 16, pp. 109-132
- ALMENDROS GONZÁLEZ M.A. (2018), *Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva*, en C. SÁEZ LARA (coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- ALONSO-OLEA GARCÍA B. (2017), *El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español*, en *Panorama Social*, n. 26, pp. 57-67
- ÁLVAREZ GARCÍA H. (2023), *La discriminación algorítmica por razón de discapacidad*, en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 18, pp. 17-41
- ARAGÓN GÓMEZ C. (2011), *Aspectos laborales de la Ley de Dependencia a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*, en M.C. BARRANCO AVILÉS (coord.), *Situaciones de Dependencia, discapacidad y Derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson
- ARAGÓN GÓMEZ C. (2010), *El impacto de la Convención en materia laboral*, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson

- BENAVENTE TORRES M.I. (2019), *Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), [*Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*](#), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- BIEL PORTERO I. (2011), *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch
- BIGHAM J.P., CARRINGTON P. (2018), [*Learning from the front: People with disabilities as early adopters of AI*](#), 2018 HCIC Human-Computer Interaction Consortium, Las Vegas
- BLAU F.D., KAHN L.M. (1992), *Race and gender pay differentials*, en D. LEWIN, O.S. MITCHELL, P.D. SHERER (eds.), *Research frontiers in industrial relations and human resource*, IRRA
- CABEZA PEREIRO J. (2008), *La Discriminación por motivos de discapacidad*, en J.F. LOUSADA AROCHENA (coord.), [*El principio de igualdad en la negociación colectiva*](#), Ministerio de Trabajo e Inmigración
- CAVAS MARTÍNEZ F. (2021), *Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual*, en F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dir.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch
- CELESTE DANESI C. (2022), *Inteligencia artificial y Metaverso: el ordenamiento jurídico frente a los sesgos algorítmicos y los estereotipos de género en la realidad virtual*, en E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS (dir.), *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la agenda 2030*, Aranzadi
- DORMIDO ABRIL J. (2023), [*Dificultades en la aplicación del principio preventivo de adaptación del puesto de trabajo por razón de los sujetos en España*](#), en *Derecho Global*, n. 24, pp. 345-367
- FUNDACIÓN LARGO CABALLERO (2008), [*Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad-Estudio de fuentes secundarias*](#)
- GARCÍA PRESAS I. (2013), [*El acceso al trabajo de las personas discapacitadas*](#), en *AFDUC*, n. 17, pp. 299-318
- GLOBAL DISABILITY INNOVATION HUB (2021), [*Disability Innovation Strategy 2021-2024*](#)
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), *Carta Derechos Digitales*, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
- GUO A., KAMAR E., WORTMAN VAUGHAN J., WALLACH H., RINGEL MORRIS M. (2019), *Toward fairness in AI for people with disabilities: A research roadmap*, en *Accessibility and Computing*, n. 125

- MARTÍNEZ TORÁN M., ESTEVE SENDRA C. (2022), [*Brecha Digital y Discapacidad. Una perspectiva centrada en las personas*](#), Sendemà
- MONTES ADALID G.M. (2022), *Trabajadores con discapacidad y medidas de flexibilidad externa*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, Comares
- OIT (2020), *La violencia y el acoso contra las personas con discapacidad en el mundo del trabajo*
- OIT (2015), [*Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*](#)
- OLARTE ENCABO S. (2008), *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2021), [*Derechos de las personas con discapacidad*](#), Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/49/52
- PÉREZ PÉREZ J. (2021), *¿Cuál es el concepto de persona con discapacidad a los efectos del empleo? ¿Cómo puede acreditarse?*, en R. ESTEBAN LEGARRETA (coord.), [*Guía sobre la regulación del empleo para personas con discapacidad en la empresa ordinaria*](#), Obra Social “La Caixa”
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2023), [*Fomento del empleo ordinario por cuenta ajena de las personas con discapacidad. Especial referencia a la realidad andaluza*](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. extra, pp. 87-109
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2020), *Prevención de riesgos laborales y discapacidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIERNO, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, 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
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (2023), [*La discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores*](#), en *Revista Justicia & Trabajo*, n. 2, pp. 5-37
- SMITH P., SMITH L. (2021), [*Artificial intelligence and disability: Too much promise, yet too little substance?*](#), en *AI and Ethics*, vol. 1, n. 1, pp. 81-86
- SOSA V.A. (2021), *Acoso laboral hacia las personas con discapacidad*, en D.J. MICHELINI, A.M. ROCCHIETTI, M.L. RUBINELLI (eds.), [*Justicia como Equidad. XXVI Jornadas Interdisciplinarias de la Fundación ICALA*](#), Ediciones del ICALA

- VALLE ESCOLANO R. (2023), *Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos*, en *Revista Española de Discapacidad*, n. 1, pp. 7-28
- VILLANUEVA FLORES M. (2008), *La discriminación interna de las personas con discapacidad: el desarrollo de carreras profesionales*, en J. PINDADO GARCÍA, G. PAYNE (coords.), *Estableciendo puentes en una economía global*, ESIC, vol. 1, *Ponencias*

La discriminación de las personas LGTBI: un análisis desde la perspectiva del empleo*

Raquel CASTRO MEDINA**

RESUMEN: El presente trabajo se propone analizar la complejidad de las realidades sociales y el reconocimiento identitario, evaluando su relevancia para el derecho. Para ello, se exploran aspectos clave como la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación por razón de género y orientación sexual, abarcando avances internacionales, enfoques nacionales y la trasposición de la Directiva 2000/78/CE. Además, se discuten las respuestas legislativas actuales frente a la discriminación en el ámbito laboral, con especial referencia a la Ley de Empleo. De igual forma, la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos de las personas LGTBI, se destaca como un avance significativo. Se analiza su impacto potencial en la promoción de la igualdad y la protección de derechos.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, derechos LGTBI, Ley 4/2023.

SUMARIO: 1. La complejidad de las realidades sociales y del reconocimiento identitario: ¿qué le interesa al derecho de todo eso? 2. La aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación por razón de género y orientación sexual. 2.1. Algunos avances del ámbito internacional. 2.2. El abordaje de la materia desde la perspectiva nacional. 2.3. La trasposición de la Directiva 2000/78/CE. 3. La respuesta socio-legislativa actual frente al hecho discriminatorio entendida desde la concepción del trabajo digno: especial referencia a la Ley de Empleo. 4. Nuevas perspectivas con la Ley 4/2023. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este artículo está enmarcado en una estancia de investigación postdoctoral desarrollada en el 2024 y dentro del Proyecto de Investigación perteneciente al II Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga (España) *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031).

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



Diversity and Discrimination of Identity Recognition: an Analysis from the Employment Perspective

ABSTRACT: The present work aims to analyse the complexity of social realities and identity recognition, evaluating their relevance to the law. To this end, it explores key aspects such as the applicability of the principle of equality and non-discrimination based on gender and sexual orientation, encompassing international advances, national approaches and the transposition of Directive 2000/78/EC. Additionally, it discusses current legislative responses to discrimination in the workplace, with special reference to the Employment Act. Similarly, Act No. 4/2023, which promotes the real and effective equality of trans people and guarantees the rights of LGTBI individuals, is highlighted as a significant advancement. Its potential impact on the promotion of equality and the protection of rights is analysed.

Key Words: Equality, non-discrimination, LGTBI rights, Act No. 4/2023.

1. La complejidad de las realidades sociales y del reconocimiento identitario: ¿qué le interesa al derecho de todo eso?

La genuina relación simbiótica proveedora de estabilidad, pervivencia y sostenibilidad hermenéutica que mantiene en sintonía (no siempre pacífica) al continuo devenir de las realidades sociales y a la institución jurídica por antonomasia en según qué momento histórico-cultural es tan digna de admiración por su resiliencia como por su robustez. Sea como fuere, con independencia de si se observa o no concordancia entre una comunidad y las normas que ordenan su convivencia, parece ser prácticamente indiscutible el hecho de que donde hay sociedad hay derecho. No obstante, a mi humilde parecer, el aforismo latino *ubi societas, ibi us* permite acoger dos disyuntivas en su enunciado.

Por un lado, la ya escenificada en las primeras líneas por un símil que ambiciona ilustrar la exigencia mutua y necesaria entre el derecho y la sociedad. Y, por otro lado, ante el temor de caer en un discurso inminentemente positivista, tal afirmación de partida demanda añadir una premisa que nos permita sostener que son los hechos sociales los que determinan lo que el derecho exige¹. Así pues, al igual que ocurre en la naturaleza con dos organismos interdependientes, no puede haber derecho sin sociedad, ni puede haber (a priori) sociedad sin derecho. Pero, bajo la argumentativa expuesta, es la sociedad (o al menos debería serlo) la creadora y portadora del derecho, al igual que lo es de la organización política o el Estado². Todo lo cual, implica reconocer que el derecho no puede existir en el vacío, sino que surge y evoluciona en respuesta a las condiciones sociales y a las prácticas que moldean la moral y la justicia en una comunidad determinada.

Conviene, por tanto, realizar un esfuerzo previo para abordar, aunque sea de manera superficial, la complejidad de las realidades sociales que son protagonistas en el tema que nos ocupa. Máxime, cuando la prueba de este arriesgado cometido deja ver la forma en la que el marco de atención jurídico-legislativo en pro de la igualdad y la protección frente a discriminaciones ha evolucionado de manera sumamente compleja a lo largo del tiempo, especialmente en relación con condiciones o estados del individuo que no siempre han sido identificados por el legislador³.

¹ Y. DIÉGUEZ MÉNDEZ, *El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*, en *Derecho y Cambio Social*, 2011, n. 23, p. 28.

² M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *La Sociedad y el Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, tomo VII, p. 240.

³ Y. CANO GALÁN, *Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2022, n. 9.

Naturalmente, mucho tendríamos avanzado ya en nuestra tarea por analizar los avances, desafíos y posibles vías de futuro del ordenamiento jurídico-laboral para la protección específica del colectivo LGTBI+ si optamos por un enfoque transversal no reduccionista. Por fortuna, la norma no es solo norma⁴.

El derecho está impregnado de elementos sociales, políticos, culturales y económicos, además de valores morales y conductuales propios de una sociedad determinada. De igual forma, en concordancia con lo expuesto, la creación normativa debería ser el resultado de las luchas y logros socio-políticos de diversas clases, grupos y sectores poblacionales representados en los órganos de poder y respaldados por agentes sociales. Por lo tanto, con estas reglas del juego, resulta imperativo atender debidamente tal dinámica. Ya que, solo así, podremos llegar a estudiar con escrupuloso rigor cómo los prejuicios históricos se han servido de los procesos de categorización social para distanciar al “nosotros” de “ellos” y cómo aún en la actualidad paliar esa diferenciación disfruta de un posicionamiento privilegiado en la agenda política del legislativo.

Veámoslo de esta forma; al incluir un individuo en una categoría, se le esta relacionando, casi por automático, con un prototipo o un modelo al que se le asigna un conjunto de características capaces de advertir diferencias significativas entre aquellas personas susceptibles de encajar en tales exigencias frente a las que no. Dicho ejercicio, tiene un doble impacto: por un lado, afecta la percepción del valor de las personas y, por otro, crea una asimetría de poder. Como resultado, esta verticalidad en las relaciones sociales vendría a generar posiciones hegemónicas (de dominación) y subalternas (de sumisión), estructurando la experiencia cotidiana al mismo tiempo que la sociedad⁵.

Así pues, la discriminación, tan ancestral como persistente, adopta muchas formas, a veces evidentes y otras sutiles, pero sigue siendo una realidad sumamente dañina. A mayor abundamiento, es interesante subrayar que detrás de los procesos de discriminación siempre hay un problema de reconocimiento y de atribución de identidad. En otras palabras; la discriminación social implica un reconocimiento desigual entre actores en posiciones asimétricas que tiene como resultado un intercambio desparejo de “bienes de identidad”⁶. Esto es debido a que los actores dominantes buscan imponer una definición rectora de las identidades

⁴ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2020, Eudeba.

⁵ E. LIZARDO GONZÁLEZ, *Delitos de odio y discriminación. El caso LGTB*, J.M. Bosch, 2023, p. 31.

⁶ G. GILBERTO, *La discriminación desde la perspectiva del reconocimiento social*, en *Revista de Investigación Social*, 2005, n. 1, p. 35.

sociales, presentándola como la legítima, mientras que el resto puede o aceptar esta definición o rebelarse para invertir la escala de valores⁷. La cuestión es que, ante estas coyunturas, el derecho refleja e intenta responder a estas sinergias en su esfuerzo por ser estable y, al mismo tiempo, amoldarse a aquellas transformaciones que le toque vivir.

En suma, para abordar los fenómenos de intolerancia, especialmente en lo que respecta a colectivos LGTBI+ es innegablemente necesario analizarlos en su contexto social actual. Además, conviene tener presente el hecho de que la significación social de estas prácticas no se limita únicamente a los transgresores, sino que se extiende como mensaje al conjunto del cuerpo social. Por ello, al Estado y al derecho se le atribuye una función no solo de represión y mediación, sino también de distribución de valores, especialmente en el marco del Estado social⁸.

No obstante, existe la percepción generalizada de que vivimos en una sociedad occidental particularmente tolerante en materia de opciones personales y sexuales, lo que lleva a pensar que los prejuicios violentos son simplemente reliquias de épocas más represivas o manifestaciones de patologías individuales⁹. Sin embargo, las realidades sociales son complejas y raramente se corresponden con las lecturas “ingenuas” que nos hacemos de ellas. Más aún, esas verdades de sentido común son, a su vez, discursos contruidos que necesitan interpretación. La permanencia de ciertas prácticas sociales tiende a redefinirse o resemantizarse cuando cambian las condiciones sociales que les dieron origen.

En este contexto, las conductas sancionadas delimitan las prácticas que una sociedad está dispuesta a aceptar en un momento dado, teniendo una función pedagógica tanto para los miembros que disfrutan de la consideración por parte de la comunidad como para aquellos a quienes penaliza. Esta delimitación refleja los valores y normas predominantes, y actúa como una guía sobre lo que se considera aceptable y lo que no.

Es común escuchar o leer en diversos espacios de divulgación, medios de comunicación e incluso en conversaciones informales la expresión “derechos LGTBQ+”. Sin embargo, en sentido estricto, tales “derechos” no existen como una categoría separada. Más bien, debemos referirnos a una serie de manifestaciones normativas relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, en correlación con ciertos derechos fundamentales y esfuerzos para erradicar conductas, actitudes y escenarios

⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁸ *Vid.* N. BOBBIO, *La función promocional del derecho*, en N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, 2022.

⁹ D. JULIANO, *Excluidas y marginales: una aproximación antropológica*, Universitat de València, 2004, p. 25.

discriminatorios¹⁰. Por ende, desde este enfoque, en nuestro ordenamiento jurídico no vamos a encontrar derechos específicos y exclusivos de las personas pertenecientes al colectivo LGBTQ+ que no tengan el resto de los individuos, más allá del derecho a no sufrir discriminación por su orientación sexual o identidad de género¹¹. En efecto, mientras que la antropología, la psicología y la filosofía han avanzado en la comprensión de la persona como una entidad dinámica e inseparable de su interacción con el cuerpo, el medio ambiente, el lenguaje y la cultura, el derecho, por otro lado, sigue organizando la noción de personalidad en torno a un dualismo idealista¹².

Todo lo cual nos lleva a preguntarnos... ¿a qué conductas o situaciones alcanza el principio de igualdad y no discriminación así reconocida? ¿Qué implicaciones tiene en el ámbito del trabajo?

2. La aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación por razón de género y orientación sexual

Por fortuna, los principios de igualdad y no discriminación han quedado recogidos en la mayoría de las declaraciones, pactos, convenios y otras disposiciones de carácter internacional y nacional en defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, esta atención sin igual no se ve acompañada por una debida y adecuada construcción del concepto de no discriminación. En su lugar, en estos mismos textos normativos que lo abalan, se observa una definición abstracta de contornos poco delineados. Así pues, aunque se han ido identificado las causas que determinan la discriminación, su aplicación y alcance continúan siendo temas sujetos a interpretación y evolución¹³.

Todo lo cual no infravalora la indudable necesidad de garantizar que todas las personas sean tratadas con justicia y equidad, pues esto, no solo es un imperativo moral, sino también un requisito legal que ha adquirido su

¹⁰ Vid. a mayor profundidad G. MONTES ADALID, R. CASTRO MEDINA, *Personas LGTBI+*, en M.Á. GÓMEZ SALADO, J.L. RUÍZ SANTAMARÍA (dirs.) *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación jurídico-social*, Comares, 2022.

¹¹ Vid. A. ARROYO GIL, *Orientación sexual y Derechos Humanos*, en F.J. MATIA PORTILLA, G. LÓPEZ DE LA FUENTE (dirs.) *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, 2020.

¹² D. BORRILLO, *El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico*, en *Reis*, 1994, n. 68, p. 221.

¹³ J. ALVENTOSA DEL RÍO, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2023, p. 26.

debida importancia en la mayoría de las jurisdicciones contemporáneas.

Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos subraya la igualdad entre todos los seres humanos, enfatizando el hecho de que el proceso de justicia implica tanto la diversificación de lo diverso como la unificación de lo idéntico¹⁴. De forma sencilla, tal juego de palabras se traduce en que la igualdad respecto a los derechos fundamentales se logra mediante un proceso gradual de eliminación de discriminaciones y la unificación de aquello que se reconoce como idéntico, es decir, una naturaleza común de la persona por encima de toda diferencia de raza, religión, orientación sexual, etc.

Sin embargo, a pesar de esta simpleza, lo que aquí se quiere exponer requiere de un mayor esfuerzo cognitivo. En este sentido, para acotar conceptualmente los principios de igualdad y prohibición de discriminación, es útil observar las conductas discriminatorias desde una doble perspectiva. En primer lugar, bajo el principio de igualdad, se debe evaluar si la diferencia de trato es arbitraria. Y, en segundo lugar, aplicando la prohibición de discriminación, es necesario comprobar que las causas de discriminación no tengan su origen en la adscripción a un grupo social y que los resultados no sean desfavorables para la dignidad humana, produciendo una desigualdad grupal sistemática¹⁵.

Este enfoque dual aporta una valiosa herramienta a través de la cual cabría acusar de discriminatoria «aquella situación, norma o acto cuyo contenido diferenciador entre individuos o grupos iguales ocasiona un perjuicio, genera un resultado desfavorable para esos individuos o grupos afectados por el trato diferente»¹⁶. Y, a mayor abundamiento, la diferencia de trato en estos términos «implica la existencia de una victimización, marginación, una cierta exclusión social que hace que la discriminación alcance una proyección social generalizada»¹⁷. Cuestiones sobre las que volveremos más adelante.

¹⁴ Para advertir el alcance de esta complejidad *vid.* p. ej. E.A. RABOSI, *Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1990, n. 7.

¹⁵ D. ÁLVAREZ ALONSO, A. ÁLVAREZ CUVILLO, *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa*, en *Civitas*, 2006, n. 132, p. 1014.

¹⁶ P. GETE CASTRILLO, *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 31.

¹⁷ E. SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, 1999, p. 2.

2.1. Algunos avances del ámbito internacional

Pocas materias han evolucionado tanto en la Unión Europea como la relativa al principio de no discriminación e igualdad de trato¹⁸. Los primeros pasos de la construcción europea en el ámbito antidiscriminatorio fueron cautelosos. La primera iniciativa comunitaria se centró en la igualdad salarial entre mujeres y hombres, establecida en el antiguo artículo 119¹⁹ del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957. Posteriormente, esta limitada prohibición de discriminación fue ampliada desde la década de 1970 por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a través de diversas directivas, programas y campañas para promover la igualdad de género, especialmente en el ámbito laboral.

El punto de inflexión llegó con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, marcando un cambio significativo en la forma en que la UE abordaría el principio de no discriminación. El artículo 13 del Tratado²⁰ autorizaba al Consejo a adoptar medidas unánimes para combatir la discriminación por sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual²¹. Este escenario permitió la promulgación de dos directivas marco: la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE que establecía un esquema general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Ambas directivas ampliaron la protección contra la discriminación a una gama más amplia de categorías y ámbitos, más allá del enfoque previo centrado en el género y el empleo.

En la misma línea, el Tratado de Lisboa reforzó aún más el enfoque social de la UE, estableciendo la no discriminación como un valor fundamental en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y convirtiéndolo en un principio transversal en toda la política de la UE según el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, existe una crítica sobre la “verticalidad” de la Directiva, ya que su prohibición se limita al ámbito del empleo y la ocupación, en contraste con la “horizontalidad” del artículo 13 del antiguo Tratado Constitutivo de la

¹⁸ *Vid.* sobre este particular D. GIMÉNEZ GLUCK, *La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2013, n. 45.

¹⁹ Actual art. 157 TFUE.

²⁰ Actual art. 19 TFUE.

²¹ No obstante, conviene recordar que el art. 19 TFUE no limita la aplicación del principio de igualdad de trato a los aspectos meramente laborales, sino que se proyecta horizontalmente a cualquier ámbito competencial de la UE.

Comunidad Económica Europea²².

Dicho lo cual, conviene matizar que la Directiva 2000/78/CE no constituye una disposición que establezca el principio de igualdad y no discriminación de manera general y abierta. Más bien, su pretensión se centra en numerar causas específicas de discriminación prohibidas, tales como religión o creencias, discapacidad, edad y orientación sexual. Sin embargo, no queremos subestimar ese afán pues esas precisiones terminológicas, que delimitan el verdadero alcance de las normas, contrastan con la aparente amplitud de su propósito. Más aún cuando las recientes normativas comunitarias antidiscriminatorias se caracterizan por títulos ambiciosos y formulaciones grandilocuentes, pero su efectividad real se ve limitada cuando se examina su contenido detallado. De hecho, si bien la Directiva 2000/78/CE garantiza la ausencia de discriminaciones directas e indirectas en el empleo y la ocupación²³ solo se centra en la orientación sexual, sin referirse a la identidad o condición sexual²⁴. A decir verdad, podemos constatar que la mencionada Directiva la no presenta en su articulado ninguna regla específica para la discriminación por razón de orientación sexual, sino preceptos generales²⁵.

Ante esta disfunción, resulta imperativo recurrir a instrumentos internacionales de *soft law* dada su relevancia práctica. Hoy por hoy es poco cuestionable su influencia en las reformas legislativas, políticas gubernamentales y decisiones judiciales, aunque los mismos carezcan de valor normativo²⁶. Sobre todo, cuando no existen convenciones internacionales explícitas que aborden los derechos del colectivo, ni en materia de derechos humanos ni en su condición de trabajadores.

El porqué de esta falta de materialización puede ser atribuible, a mi entender, por una parte a la diversidad del colectivo LGTBI+ que ha generado confusiones conceptuales y solapamientos entre los conceptos de sexo y género, hasta tal punto que algunos miembros de la comunidad consideran que el concepto de género es una construcción occidental que

²² Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La discriminación por razón de la edad*, en *Temas Laborales*, 2001, n. 59.

²³ Para ello, se han establecido herramientas específicas destinadas a prevenir y compensar las desventajas relacionadas con la orientación sexual, con el objetivo de alcanzar una plena igualdad en el ámbito profesional (art. 7), como la traslación de la carga de la prueba (art. 10).

²⁴ G. MONTES ADALID, R. CASTRO MEDINA, *op. cit.*

²⁵ Sin embargo, para la para la discriminación por razón de religión, por discapacidad o por edad si hay una mención expresa en la Directiva 2000/78/CE.

²⁶ E. CASTRO SURÍS, *La nueva ley de empleo a la luz de la STC 67/2022: no discriminación por identidad de género*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, n. extra., p. 114.

no refleja sus realidades²⁷ y, por otra, que contrario que en los supuestos de ciertas personas con diversidad funcional, con distinta etnia o edad, el elemento diferenciador del colectivo LGTBI+ pertenece a una esfera interna, más íntima²⁸.

Lo cual podría conducir a preguntarnos una vez más qué aspectos de la identidad merecen protección legal y cómo el derecho debe abordar las realidades diversas del colectivo LGTBI+ de manera efectiva con cierta ambición de universalidad. Bien es cierto que no todas las sociedades parecen acoger de buen agrado las disposiciones internacionales en pro de la igualdad, pero si en algún momento de la historia humana la idea de una Declaración Universal de Derechos Humanos parecía un ideal lejano, los devastadores eventos de mediados del siglo XX hicieron su creación imperativa²⁹.

Afortunadamente, tal experiencia, pueda ser extrapolable a nuestros tiempos cuando la realidad diaria marcada por el odio³⁰ que enfrentan numerosas personas gay, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales y sus familias, en múltiples entornos (también en sus lugares de trabajo) forzó, en 2006, la reunión de un grupo internacional de expertos jurídicos, académicos y activistas cuyo objetivo prioritario no era otro que el de establecer acuerdos para proteger los derechos del colectivo LGTBI+ y abordar la necesidad de un convenio específico. A partir de esta conferencia se aprobaron los conocidos como Principios de Yogyakarta.

Estos principios, definidos en 29 directrices, ofrecen amplias recomendaciones que los distintos países pueden adoptar para mejorar la protección de los derechos de este colectivo. Además, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes, pueden ofrecer amplias recomendaciones que los distintos países pueden adoptar para mejorar la protección de los derechos de este colectivo, aunque a la fecha sean vistos como un instrumento meramente doctrinal³¹.

Así, bajo este amparo, las resoluciones del Parlamento Europeo, como

²⁷ *Idem*.

²⁸ J. CABEZA PEREIRO, F. LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014, p. 45.

²⁹ *Vid.* p. ej. J.L. FLORES, *Naturaleza e historia de los derechos humanos*, en *Revista Espiga*, 2015, n. 5; A. PAPACCHINI, *Los derechos humanos a través de la historia*, en *Revista Colombiana de Psicología*, 1998, n. 7; N. BELLOSO-MARTIN, *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*, en *Humana Iura*, 1995, n. 5.

³⁰ *Vid.* para un estudio de esta realidad a mayor profundidad E. PERIBÁNEZ BLASCO, *Violencias "por odio" contra el colectivo LGTBI+ en el contexto mundial*, Dykinson, 2019.

³¹ No todas las voces apoyan esta postura. En el sentido contrario *vid.* C. MARSAL, *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*, en *Dikaion*, 2011, n. 1.

la de 2011 sobre orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas, han desarrollado numerosos aspectos ya contemplados en la Resolución pionera de 1989. Por ejemplo, estas resoluciones instan a los Estados miembros a despatologizar la transexualidad, simplificar los procedimientos para el cambio de identidad y garantizar la cobertura en la Seguridad Social para las personas trans. Así mismo, en esta línea, la Resolución de 2014 sobre la hoja de ruta de la UE contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género enfatiza la importancia de combatir la discriminación en el ámbito laboral como uno de sus principales desafíos. También promueve la implementación efectiva de la Directiva 2006/54/CE y exige a los organismos públicos, organizaciones empresariales y sindicatos que informen adecuadamente sobre los derechos laborales de las personas LGTBI+³².

Sin embargo, a pesar de estos avances legislativos y políticos, las recientes políticas hostiles hacia el movimiento LGTBI+ en Polonia, Hungría y Rusia han impulsado a la Unión Europea a abordar posibles vacíos en su normativa comunitaria para proteger este colectivo³³. En respuesta, en 2020, la Comisión Europea adoptó la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBI+ 2020-2025, la cual establece las directrices para las acciones futuras de la UE. Este documento no solo reconoce la identidad de género como un factor de vulnerabilidad crítico, sino que también insta a los Estados miembros a promover la inclusión y la diversidad en el lugar de trabajo durante los próximos cinco años.

2.2. El abordaje de la materia desde la perspectiva nacional

Si observamos el ordenamiento jurídico nacional podremos constatar una amplia y heterogénea variedad de normativa que prohíben la discriminación en cualquiera de sus espectros. La máxima exposición y el principal referente en este ámbito lo encontramos en nuestra Constitución (CE) pese a que solo cita textualmente el término *discriminación* en dos ocasiones. Una primera vez en el Capítulo 2º de su Título I, dedicado a *Derechos y libertades*, donde proclama que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer *discriminación* alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia

³² A. HERNÁNDEZ-MELIÁN, *Análisis y clasificación de las políticas de empleo para personas trans en España: marco europeo y regulación autonómica*, en *Obets*, 2023, n. 1, p. 119.

³³ M. IGLESIAS BÁREZ, *Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio. Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación*, en *IgualdadES*, 2023, n. 9, p. 228.

personal o social». Y, por vez segunda, en el artículo 35 referente al empleo «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse *discriminación* por razón de sexo».

A primera vista se puede apreciar que la enumeración del artículo 14 de la CE es menos extensa que la ofrecida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que omite motivos de discriminación presentes en ambos tratados, como el color, la lengua, la pertenencia a una minoría nacional o el nacimiento³⁴. Sin embargo, la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” rompe con la limitación de una lista cerrada.

Esta cláusula permite la protección de nuevas causas de no discriminación, que deben ser tratadas con la misma rigurosidad que las expresamente mencionadas, siempre y cuando cumplan ciertos parámetros que las conviertan en criterios especialmente sospechosos. Para preservar la razón de ser de la lista de causas explícitas, es necesario establecer una serie de requisitos que actúen como barrera para la inclusión de nuevas causas en la cláusula abierta, siguiendo la línea de la Jurisprudencia Constitucional. De esta manera, se sostiene la posibilidad de aplicar un juicio estricto de igualdad a ciertas causas prohibidas de discriminación incluidas a través de la cláusula abierta³⁵. Lo cual, si bien no limita la posibilidad de establecer una prohibición de la discriminación en un sentido más amplio para los poderes públicos no resuelve, por ejemplo, si la identidad de género, como elemento característico de las personas, se integra o no dentro de dichas categorías³⁶.

De cualquier modo, considerando la naturaleza inclusiva proporcionada por la cláusula abierta y el mandato del artículo 10.2 CE, se puede establecer una nueva vía para argumentar que la “orientación sexual” debe ser equiparada a las demás causas de discriminación expresamente prohibidas. Esta línea de argumentación sostiene que nuestra Constitución es coherente con ciertos tratados internacionales, como la Directiva reiterada, que en su enfoque sobre la igualdad prohíben expresamente la

³⁴ B. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, *La protección multinivel de los principios de igualdad y no discriminación en España: análisis comparado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos, la Constitución Española y el Código Penal Español*, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2017, n. 7, p. 78.

³⁵ M. MARTÍN SÁNCHEZ, *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, en *Estudios de Deusto*, 2010, n. 1.

³⁶ Falta que subsanó más adelante en la STC 67/2022, de 2 de junio.

discriminación basada en la orientación sexual, de igual manera que las causas de discriminación tradicionalmente reconocidas³⁷.

Como se ha dejado patente, la interpretación del artículo 14 CE, aunque primordial en la protección de derechos, ha generado grandes controversias debido a la ambigüedad de su redacción y la interpretación de los términos “igualdad” y “discriminación”. Inicialmente, el TC apostó por una lectura unitaria, considerando que igualdad y no discriminación eran conceptos inseparables e incluso intercambiables. Y, no fue sino hasta 1991 cuando el TC clarificó su visión del artículo 14 CE, reconociendo que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato [...] y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE»³⁸. Sin embargo, dicho enfoque (algo más esclarecedor si cabe) permitiría perpetrar ciertos interrogantes sobre la efectividad del derecho a la igualdad de trato.

2.3. La trasposición de la Directiva 2000/78/CE

Tiempo atrás, como forma de adaptar el ordenamiento jurídico español a las nuevas exigencias de la Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, vio la luz la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social³⁹. Particularmente, esta Ley (que nos queda ya tan lejana) recoge en su sección 3ª medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación e introduce en su articulado disposiciones las cuales van a forzar sendos ajustes en otras normas de gran importancia como son el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).

Primeramente, en el art. 37 de la Ley 62/2003 se dispone una modificación del ET destinada a ampliar la definición de la discriminación

³⁷ Y. CANO GALÁN, *op. cit.*

³⁸ STC 145/1991, de 1º de julio, FJ 2º.

³⁹ J.R. MERCADER UGUINA, *Comentario a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, en *Iustel*, 2004, n. 5.

tanto directa, como indirecta en los siguientes términos: se cambia la redacción del art. 4.c ET, estableciéndose el derecho de los trabajadores a no ser discriminados, directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de orientación sexual. Así como una modificación del art. 4.e ET, disponiendo el derecho de los trabajadores a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluyendo la protección frente al acoso por razón de orientación sexual.

Igualmente, el artículo 17.1 ha sido modificado para incluir la garantía de indemnidad como una protección legal adicional. De acuerdo con esta modificación, se establece que cualquier acción del empleador que resulte en un trato desfavorable hacia los trabajadores como respuesta a una reclamación interna o a una acción judicial para hacer valer el principio de igualdad de trato y no discriminación será considerada nula⁴⁰.

Además, el art. 37 de la Ley 62/2003 introduce una última modificación del ET, en su art. 54.2.g, considerando incumplimiento contractual causante de despido disciplinario el acoso por razón de orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

Finalmente, en la misma órbita de ajuste normativo cabe situar las modificaciones introducidas por el art. 41 en la LISOS, quedando de la siguiente manera: conforme a la nueva redacción del art. 8.12 LISOS, se tipifican como infracciones muy graves, las discriminaciones empresariales directas o indirectas en condiciones de trabajo (retribuciones, jornadas, formación, promoción) por orientación sexual, y las decisiones del empresario de represalia ante acción judicial de igualdad; así, también se establece una nueva redacción para el art. 16.1.c, disponiendo que se consideran infracciones muy graves la solicitud de datos personales en procesos de selección o el establecimiento de condiciones, a través de la publicidad, difusión o por cualquier otro medio: discriminaciones acceso al empleo por motivos de orientación sexual; por último, se tipifica como muy grave el acoso por razón de orientación sexual (dentro del ámbito de las facultades empresariales, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y que, conocido no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo), conforme a lo que explicita el art. 8.13-*bis* LISOS.

De otro lado, el art. 14.i del Estatuto Básico del Empleado Público dispone como derecho individual del empleado o empleada pública «la no

⁴⁰ «En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos». En definitiva, «del ejercicio de la acción judicial» no pueden derivarse «consecuencias negativas», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad» (STC 14/1993, de 18 de enero).

discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁴¹.

Al mismo tiempo, cabe reseñar, en lo que respecta a la tutela jurisdiccional de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual, la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (LRJS). En su art. 177, esta ley establece el procedimiento de protección de los derechos fundamentales para las demandas de tutela relacionadas con la prohibición de tratamiento discriminatorio y con la existencia de acoso. En adición, en el art. 95.3 LRJS y el art. 96.1 LRJS hacen la siguiente previsión: si en un proceso laboral se suscita una cuestión de discriminación por razón orientación sexual, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes y la inversión de la carga de la prueba, respectivamente. Así, en estos supuestos, el demandado tendrá que acreditar una justificación objetiva, razonable y probada de las medidas que se hayan adoptado que sean proporcionales a los hechos ocurridos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Por último, no hay que olvidar las Comunidades Autónomas, en adición a este marco general y en ejercicio de la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI+ dentro de sus competencias, han promulgado diversas leyes desde el año 2002, para la protección del colectivo⁴². No obstante, no quedan enmarcadas específicamente dentro de lo laboral, sino que existe una limitación de las competencias autonómicas en esta materia de tutela, mediante las políticas públicas⁴³.

⁴¹ IMOP INSIGHTS, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2017, p. 13.

⁴² Podemos destacar, a modo de ejemplo, la Ley 14/2002 del Parlamento Vasco, la Ley Foral 12/2009 del Parlamento de Navarra, la Ley 2/2014 del Parlamento de Andalucía, la Ley 2/2014 del Parlamento de Galicia, la Ley 11/2014 de Cataluña, la Ley 12/2015 de Extremadura, la Ley 2/2016 de Madrid, la Ley 8/2016 de la Región de Murcia, la Ley 8/2016 de Baleares, la Ley 8/2017 de Valencia, la Ley 8/2017 de Andalucía, la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI.

⁴³ C. SÁEZ LARA, *Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5.

3. La respuesta socio-legislativa actual frente al hecho discriminatorio entendida desde la concepción del trabajo digno: especial referencia a la Ley de Empleo

En las últimas décadas, si bien el reconocimiento y protección frente a la discriminación del colectivo LGTBI+ ha avanzado significativamente, aún persisten desafíos estructurales y culturales que afectan a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades en el acceso y el mantenimiento del empleo⁴⁴. Sobre este particular, si nos proponemos analizar dicha problemática, conviene no perder de vista la importancia central que el trabajo ocupa en nuestra sociedad dado que, éticamente hablando, se le reconoce como un recurso esencial tanto a nivel personal como comunitario. No obstante, dicha reflexión esconde también una realidad mundialmente reconocida contra la que las políticas de empleo, las iniciativas legisladoras y los actores sociales se esfuerzan por combatir. Estas; las opciones para eludir las dificultades en el acceso y continuidad en el mercado laboral parten de situaciones del todo desiguales para enfrentar los inevitables riesgos que se nos presentan a los individuos a lo largo de nuestro ciclo vital⁴⁵. Por ende, todos los esfuerzos políticos y legislativos deberían estar destinados a asegurar las garantías necesarias para brindar un empleo digno y decente, que esté a la altura de la dignidad de quienes lo desempeñan⁴⁶. A tal fin, es determinante no solo abrazar la evolución del mundo laboral, sino también abordar taxativamente las desigualdades manifiestas para garantizar que todas las personas tengan un acceso equitativo a las oportunidades laborales y a la protección social. Enmienda que, por otra parte, está estrechamente alineada con la visión transversal e integradora del concepto de *empleabilidad* que las diversas normativas complementarias a las políticas de empleo delimitan.

Desde la Ley Básica de Empleo de 1980 hasta la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE) las sucesivas disposiciones vienen

⁴⁴ Para un abordaje integral sobre este tema *vid.* E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Mirada y desafío jurídico-laborales a la diversidad sexual y de género: especial atención al factor edad*, Dykinson, 2024.

⁴⁵ R. CASTRO MEDINA, *Medidas de flexibilidad interna y colectivos vulnerables*, en P. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Medidas de reestructuración empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral. Las relaciones de trabajo post-Covid-19 y recientes reformas*, Laborum, 2022.

⁴⁶ B.M. LÓPEZ INSÚA, J.L. MONEREO PÉREZ, *La política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 173; J.L. MONEREO PÉREZ, *Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, B.M. LÓPEZ INSÚA, (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi, 2016, p. 112.

construyendo su articulado a partir de este eje central⁴⁷. Con la salvedad, eso sí, de lo diversos enfoques conferidos a este término y su relación con la definición de los grupos prioritarios. Además, en este proceso evolutivo, a medida que se han ido clarificando las demandas sociales, la identificación de los colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo se ha tornado más precisa y fundamentada. Lo cual no solo nos ofrece un dato sumamente útil y conveniente a la hora de sostener la relación simbiótica entre la Sociedad y el derecho *ex ante* ilustrada, sino que también nos permite apreciar con mayor conocimiento de causa las expectativas de las disposiciones actuales.

Como cuestión de ordenación sistemática previa, hemos de señalar que la LE ha optado por asociar a los colectivos prioritarios tanto problemas de inserción laboral y/o de empleabilidad relacionados con motivos personales ligados a las demandas del mercado laboral (art. 50.1), como las condiciones inherentes a la persona que pueden traducirse en escenarios contrarios al principio de igualdad (art. 5.a), aunque no necesariamente indiquen o desencadenen una baja empleabilidad⁴⁸. La literalidad de lo expuesto nos abre la posibilidad de barajar si es plausible una diferenciación categórica entre personas que sufren una especial vulnerabilidad de aquellas con problemas de empleabilidad o, si por el contrario, las características, retos, desafíos y narrativas que advierten unas y otras son tan ínfimas que pueden ser despreciables. Vayamos por partes...

En primer lugar, en un entorno como el actual dominado por la información y las nuevas tecnologías, qué duda cabe del papel particularmente relevante que le corresponde a la formación o capacitación adecuada de la población activa. Bajo esta premisa la mayor contribución posible para la mejora de la empleabilidad sería disponer de una mano de obra cualificada y adaptable al dinamismo del mercado laboral y empresarial. Y, a tal efecto, la hoja de ruta más obvia (pero no por ello menos fructífera) trataría de facilitar a los/las trabajadores/as las competencias profesionales demandadas por el mercado, con el objetivo de poder ofrecerles oportunidades de empleo bien remunerado y con posibilidades de promoción en una economía competitiva y basada en el conocimiento. Empero, aún se consiga una fórmula exitosa e inclusiva contra las barreras en el acceso a la (in)formación de los sectores más desfavorecidos y se lograra un punto de partida equitativo, el propio

⁴⁷ R. CRISTÓBAL RONCERO, *Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo*, en VV.AA., *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2023*, AEDTSS, 2024, p. 90.

⁴⁸ F. NAVARRO NIETO, *Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo*, en *Diario La Ley*, 2023, n. 10302, p. 150.

proceso de sectorización del mercado de trabajo anularía por entero todo el esfuerzo previo. No es esta, en mi opinión, una dramatización pesimista, sino más bien una realidad plausible dinamizada por la lucha de poder en los ámbitos del conocimiento, la supremacía de determinados sectores profesionales y los procesos de estigmatización de colectivos específicos. Por desgracia, en el mejor de los casos, esta situación conducirá a estos colectivos a redirigirse hacia sectores con mayores índices de desempleo y condiciones laborales más precarias⁴⁹.

En segundo lugar, con este devastador escenario en mente, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo representa «un avance importante en el desarrollo de un nuevo marco de política de empleo adecuado a la realidad territorial, que pone el acento en la elaboración del perfil de la persona usuaria de los servicios de empleo y de su itinerario personalizado, y con una cartera de servicios que, de ajustarse a los términos de la norma, puede y debe ayudar a los demandantes de empleo, así como a las personas en busca de un mejor empleo, a encontrarlo, y que sea, por utilizar la terminología de la OIT, decente»⁵⁰. Téngase en cuenta que, como se ha reiterado, no hay un derecho más trascendental en el marco laboral que el relativo a la garantía de un trabajo decente, entendiendo por éste aquel que se realice con derechos⁵¹. Y, es que, quien trabaja no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo/a⁵². Sobraría, entonces, la necesidad de justificar la singular atención de la que se beneficia las normas que aseguran una protección técnica de los/as trabajadores/as⁵³. Así, por ejemplo, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) se hace eco del mandato constitucional a los poderes públicos vía artículo 40.2 CE e impone al empresario la identificación y evaluación de riesgos y el deber de proteger eficazmente la salud de los/las trabajadores. A tal fin, la LPRL entiende que la naturaleza jurídica contractual de la obligación de seguridad y la obligación de adaptar el

⁴⁹ J.M. MORALES ORTEGA, *Colectivos de atención prioritaria: ¿realmente son un prioridad de nuestra política de empleo?*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 2023, n. monográfico*, p. 123.

⁵⁰ E. ROJO TORRECILLA, *La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona*, Brief AEDTSS, 2023, n. 11, p. 1.

⁵¹ Vid. F. VILA TIERNO, *Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. TÚLIO BARROSO, H. LAS HERAS (dirs.), *Congreso Internacional. El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un Panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Laborum, 2018; J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSÚA, *La garantía internacional del derecho a un trabajo decente*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, n. 177; J.L. GIL y GIL, *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2017, n. 7.

⁵² G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1995, p. 275.

⁵³ G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, p. 983.

trabajo a la persona condiciona el proceso valorativo del riesgo y su prevención. La cuestión es si la orientación sexual y la identidad de género de una persona requieren una protección jurídica preventiva especial que permita llegar a clasificar a el/la trabajador/a como especialmente sensible cuando sea necesario. La falta de reconocimiento de la diversidad en la empresa en términos de identidad u orientación sexual puede propiciar la generación y persistencia de riesgos profesionales, especialmente de índole psicológica. Esto podría derivar previsiblemente en una discriminación en la protección de la salud de los/las trabajadores/as afectados⁵⁴.

En cualquier caso, llegados a este punto, y siendo consciente de que quedan en el tintero muchas más variables a analizar, ya comienza a aflorar la correlación entre la vulnerabilidad social, los procesos de estigmatización, la discriminación en la que se traducen y los obstáculos a la empleabilidad que enfrenta el colectivo. Pero es que, además, todo ello agrava la situación dentro del ámbito de la empresa y los expone a condiciones de vulnerabilidad laboral que nada tienen que ver con la definición de trabajo decente. Luego, entonces, en lo que la sociedad avanza en su compromiso con la diversidad, la afluencia legislativa de estos últimos años trata de frenar el largo recorrido histórico y prejuicioso del discurso segregacionista contrario al principio de igualdad y no discriminación.

4. Nuevas perspectivas con la Ley 4/2023

Actualmente estamos asistiendo a una proliferación de normativas dirigidas a la promoción del género y la diversidad, introduciendo nuevas obligaciones en el ámbito empresarial. Un ejemplo destacado es el artículo 15 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, que establece la igualdad real y efectiva para las personas trans y garantiza los derechos de las personas LGTBI⁵⁵. Conviene prestar atención al hecho de que esta Ley añade (o más bien matiza) nuevas causas de discriminación. Y, es que, si bien el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, prohíbe la discriminación basada en el *sexo*, la *orientación sexual* (motivos reconocidos por la normativa comunitaria) y la *identidad sexual* (según mandato de la doctrina del TJUE), adicionalmente, introduce una “nueva” causa de discriminación: *la expresión de género*. La cuestión es que ya por ese entonces la doctrina cuestionaba el

⁵⁴ M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *La invisibilidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 166.

⁵⁵ F. VILA TIerno, *Nuevas obligaciones laborales, nuevas incertidumbres*, en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, 2024, n. 8, p. 8.

hecho de si esa “nueva” causa podía o no ser subsumida dentro de las casusas de discriminación ya existentes. El foco de atención se puso en la estrecha relación entre esta última adhesión con la ya existente identidad de género puesto que se entendía que lo único que diferenciaba a ambas es la forma en la que se exterioriza el sentimiento de pertenencia a un género específico⁵⁶.

Sobre este particular, si acudimos a lo establecido en disposición adicional cuarta se indica que la Ley 4/2023 debe aplicarse de manera supletoria a la Ley 15/2022 antidiscriminatoria, lo que genera, en cierta medida, una situación de duplicidad. Además, la redacción de los artículos 54 y 55 de la Ley 4/2023 podremos apreciar que la controversia parece estar parcialmente apaciguada. De hecho, en tales disposiciones se establecen medidas de acción positiva y planes específicos en el ámbito laboral, considerando las necesidades particulares de las mujeres trans. Medidas que, por su parte, se implementarán a través de planes específicos de mano del Ministerio de Trabajo y Economía Social a base de incentivos y subvenciones a las empresas que contraten a personas trans.

A priori la lectura que arroja este especial mecanismo de protección no debería tener una connotación negativa. No obstante, ciertas voces interpretan un trato preferente para las personas trans en detrimento otros grupos dentro del colectivo LGTBI, como lesbianas, gais, bisexuales e intersexuales⁵⁷. Lo cierto es que, sin desmerecer este apunte, quizás la justificación de esta particular atención se deba a que, al buscar empleo, el 75% de las personas trans consideran que su identidad de género es un obstáculo. Además, enfrentan un alto nivel de rechazo durante los procesos de selección. De las personas encuestadas un 14,93% ha experimentado un rechazo directo en las entrevistas, mientras que el 41,79% ha sufrido un rechazo indirecto cuando presentan su documentación para formalizar el contrato y esta no ha sido actualizada en el registro⁵⁸.

De igual forma, pese a que, sobre el papel, la eliminación de barreras de acceso al empleo no requiere asentar diferenciaciones entre los miembros del colectivo LGTBI, las medidas de acción positiva sí precisan de matizaciones. Esto se debe a que, si no se precisa e identifica claramente las personas que conforma el colectivo, se corre el riesgo de implementar políticas de empleo activas que favorezcan solo a un subgrupo⁵⁹. Como

⁵⁶ Y. CANO GALÁN, *op. cit.*

⁵⁷ N. FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ, [La implementación de la libre autodeterminación de género en España](#), en *Anduli*, 2024, n. 25, p. 227.

⁵⁸ T. ÁBAD (coord.), [Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España. Resumen Ejecutivo](#), UGT, 2020.

⁵⁹ Afortunadamente, la Ley 4/2023 incluye en su art. 3 definiciones independientes de

resultado, se promovería el acceso al empleo únicamente de una parte del colectivo, imponiendo una experiencia particular sobre un grupo diverso. Y, esta situación probablemente no se detectaría en los métodos de supervisión, ya que estos compartirían el mismo sesgo⁶⁰. Dicho esto, de lo que no cabe interpretación en contrario es que La Ley 4/2023 modifica un gran volumen de artículos en no pocas leyes.

En primer lugar, el artículo 4.2.c ET acoge una nueva redacción que aboca una numeración mucho más extensa de los diferentes tipos de discriminación al aludir que todas las personas trabajadoras tienen derecho «a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de [...], condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, [...], así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». Además, como no podía ser de otra forma, el artículo 17 da cabida al amplio elenco de colectivos del artículo 4.2.c para sentenciar que «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables» y añade que «El incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el artículo 62.3⁶¹ de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos del artículo 62.2⁶² de la misma norma».

varios conceptos clave. Además, su art. 10 establece la creación de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI, la cual tendrá una vigencia de cuatro años y será elaborada por el Ministerio de Igualdad.

⁶⁰ E. CASTRO SURÍS, *op. cit.*, p. 125.

⁶¹ Las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios deberán adoptar métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de las situaciones de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato. A estos efectos, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptarán métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de tales situaciones, y articularán medidas adecuadas para su cese inmediato.

⁶² A estos efectos, las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptarán métodos o instrumentos suficientes para la prevención y detección de tales situaciones, y articularán medidas adecuadas para su cese inmediato.

Por otro lado, mención aparte merece el imperativo establecido por el artículo 15 de la Ley 4/2023 a las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras. En dicho precepto se instaura la obligación de elaborar (en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley) un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, como no podía ser de otra manera, se lo otorga un especial protagonismo a la negociación colectiva, siendo esta la encargada de pactar las medidas en comunión con la representación legal de las personas trabajadoras. Esta, aunque sin duda es una propuesta loable, surgen muchos interrogantes ante la próxima finalización del plazo.

Por un lado, el tenor literal del artículo reza que «el contenido y alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente» y por ahora tan solo disponemos de un borrador del Real decreto de desarrollo del artículo 15 de la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Borrador que resuelve provisionalmente las inquietudes de las empresas pero que aún no obtienen una respuesta definitiva y firme en la que refugiarse.

Mientras tanto, en lo que llega una situación de mayor seguridad, el mencionado borrador adelanta las primeras directrices de las que serán las futuras pautas, tan necesarias como esperadas, para garantizar entornos laborales diversos. Así, con tal aspiración, establece que la obligación de mantener el protocolo de actuación se mantendrá «aun cuando el número de personas trabajadoras se sitúe por debajo de cincuenta, una vez constituida la comisión negociadora y hasta que concluya el periodo de vigencia de las medidas planificadas acordado en las mismas, o en su caso, durante cuatro años». De igual forma, a lo largo de sus disposiciones, guía el procedimiento, los plazos y los sujetos implicados para negociación de las medidas. Al respecto, el borrador, para reforzar aún más notoriamente su compromiso con el colectivo LGTBI+, abre la posibilidad de que la comisión negociadora se asista del «apoyo y el asesoramiento externo especializado en materia de igualdad LGTBI en el ámbito laboral, quienes intervendrán con voz, pero sin voto». Además, consciente de la especial sensibilidad de la materia sobre la que van a discurrir las sucesivas reuniones hasta la materialización de las medidas, el borrador es especialmente cauteloso en la salvaguarda de la intimidad de las personas trabajadoras de la empresa. Reflejo de ello es impone a «Las personas que integran la comisión negociadora, así como, en su caso, las personas expertas que la asistan deberán observar en todo momento el deber de sigilo con respecto a aquella información que les haya sido expresamente comunicada con

carácter reservado» y, «En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa a la comisión podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega».

Por lo demás, a su vez, aclara convenientemente el contenido mínimo que deben tener las medidas sin terminar de especificar si se tratará de un plan de actuación o un protocolo. Lo que sí determina con contundencia es que antes de acordar las medidas planificadas, la comisión negociadora tendrá que elaborar un informe de situación basado en la documentación proporcionada por la empresa que deberá incluir (entre otros elementos que no especifica), una encuesta sobre el clima laboral respecto a los derechos de las personas LGTBI en el entorno de trabajo. Gran curiosidad me suscita el cómo se va a manejar ese tipo de datos de especial protección⁶³, quién la va a gestionar y de qué forma se va a garantizar que los ítems de dicha encuesta no sobrepasen peligrosamente el derecho a la intimidad de las personas encuestadas. Es más, ¿será obligatoria o voluntaria? ¿Será una encuesta guiada? ¿Quién la va a elaborar? ¿Cómo se van a medir los datos? ¿Será periódica? ¿Será anónima? Y en ese caso ¿Cómo se va a asegurar efectivamente ese anonimato? Y si no... ¿Qué repercusión va a tener para la persona que obtenga una valoración negativa como resultado de sus respuestas?... Se podrían plantear muchos más interrogantes sin respuesta inmediata, pero, para no quedarnos en una encrucijada sin salida, por el momento intentemos arrojar luz sobre una preocupación más certera que si puede ser zanjada. Esta es: ¿qué pueden esperar las empresas de más de 50 trabajadores/as que no cumplan antes del 2 de marzo (fecha límite) con la obligación derivada del artículo 15 de la Ley 4/2023?

Pues bien, la ley contiene un capítulo específico donde relata una suerte de infracciones y sanciones para disuadir de su incumplimiento. En concreto, los artículos 79 y siguientes relatan escenarios o circunstancias fácilmente reconocibles en el fin, los medios y el alcance estipulado en el Capítulo III del borrador sobre el contenido de las medidas. Así pues, entendemos que, al no cumplir con primero, tampoco se cumplirá con lo segundo y las sanciones devengarán según la gravedad de la infracción.

Por otro lado, en otro orden de cosas, la disposición final sexta de la Ley modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para sancionar conductas discriminatorias y el acoso basado en la orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características

⁶³ Recordemos que la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en su art. 9 cataloga a la información relativa a la orientación sexual dentro de la categoría especiales de datos.

sexuales, así como la solicitud de datos personales relacionados en procesos de selección laboral. De forma similar, se recalcan las modificaciones de los artículos 8, 10 y 16, estableciendo como muy graves estas formas de discriminación y acoso. Además, se introduce un nuevo apartado 5 al artículo 17 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, ampliando la legitimación en los procesos judiciales para la defensa de los derechos LGTBI. Finalmente, la disposición final tercera modifica la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal, para incorporar la cláusula de no discriminación por motivos de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

5. Conclusiones

Dada la complejidad y persistencia de la discriminación contra el colectivo LGTBI+ en el ámbito laboral, es imperativo que el derecho refleje y responda adecuadamente a estas realidades. Muchas son las referencias normativas que inciden sobre este hecho, que sancionan conductas discriminatorias y promueven la proliferación de centros de trabajo inclusivos dentro de una sociedad diversa y respetuosa. Sin embargo, la efectividad de estas leyes dependerá, en gran medida, de una implementación rigurosa y de la promoción de políticas organizacionales que valoren la diversidad.

Recientemente, la entrada en vigor Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI marca un avance significativo en la protección de los derechos del colectivo en el ámbito laboral, introduciendo medidas específicas para promover la igualdad real y efectiva, especialmente para personas trans. Esta legislación no solo amplía las causas de discriminación protegidas, incluyendo la expresión de género, sino que también impone obligaciones claras a las empresas con más de cincuenta empleados para desarrollar planes de acción contra el acoso y la violencia.

Sin embargo, la implementación de estas propuestas no está exenta de desafíos y controversias. Entre otros, es especialmente relevante por su inmediatez las derivadas de puesta en marcha de las medidas propuestas por el borrador del Real decreto de desarrollo del artículo 15 de la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Así, por subrayar algunas de manera más precisa, destacaría los problemas asociados a la gestión de datos sensibles en encuestas de clima laboral por la intromisión del derecho a la intimidad y la efectividad práctica de las sanciones establecidas para el

incumplimiento de la ley.

Con eso y todo, la Ley 4/2023 representa un paso adelante hacia entornos laborales más inclusivos y respetuosos, aunque su éxito dependerá de la claridad en la aplicación normativa y del compromiso efectivo tanto de las empresas como de las autoridades para garantizar la igualdad de derechos LGTBI en el ámbito laboral español. Y, es que, transformar las pautas sociales y empresariales hacia la equidad requiere no solo de cambios legislativos, sino también de un compromiso activo por parte de empresas y empleadores para eliminar prejuicios arraigados y promover la diversidad. Solo así, a través de este enfoque integral podremos avanzar hacia una la protección legal más fuerte y efectiva del colectivo LGTBI+ y, al mismo tiempo, construir una sociedad más justa y respetuosa para todos y todas

6. Bibliografía

- ABAD T. (coord.) (2020), *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España. Resumen Ejecutivo*, UGT
- AGUILAR DEL CASTILLO M.C. (2022), *La invisibilidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- ÁLVAREZ ALONSO D., ÁLVAREZ CUVILLO A. (2006), *Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa*, en *Civitas*, n. 132, pp. 997-1046
- ALVENTOSA DEL RÍO J. (2023), *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- ARROYO GIL A. (2020), *Orientación sexual y Derechos Humanos*, en F.J. MATIA PORTILLA, G. LÓPEZ DE LA FUENTE (dirs.) *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch
- BELLOSO-MARTIN N. (1995), *Planteamientos doctrinales de los derechos humanos a través de la historia*, en *Humana Iura*, n. 5, pp. 51-91
- BOBBIO N. (2022), *La función promocional del derecho*, en N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate
- BORRILLO D. (1994), *El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico*, en *Reis*, n. 68, pp. 211-222
- CABEZA PEREIRO J., LOUSADA AROCHENA F. (2014), *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo

- CANO GALÁN Y. (2022), *Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9
- CASTRO MEDINA R. (2022), *Medidas de flexibilidad interna y colectivos vulnerables*, en P. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES (dirs.), *Medidas de reestructuración empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral. Las relaciones de trabajo post-Covid-19 y recientes reformas*, Laborum
- CASTRO SURÍS E. (2023), *La nueva ley de empleo a la luz de la STC 67/2022: no discriminación por identidad de género*, en *Revista Justicia & Trabajo*, n. extra., pp. 111-130
- CRISTÓBAL RONCERO R. (2024), *Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo*, en VV.AA., *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2023*, AEDTSS
- DIÉGUEZ MÉNDEZ Y. (2011), [El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad](#), en [Derecho y Cambio Social](#), n. 23, pp. 1-28
- ESCOBAR ROCA G. (dir.) (2012), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria.*, Aranzadi
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO B. (2017), [La protección multinivel de los principios de igualdad y no discriminación en España: análisis comparado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos, la Constitución Española y el Código Penal Español](#), en [Revista Internacional de Derechos Humanos](#), n. 7, pp. 73-98
- FERNÁNDEZ-FERNÁNDEZ N. (2024), [La implementación de la libre autodeterminación de género en España](#), en [Andulí](#), n. 25, pp. 213-237
- FLORES J.L. (2015), *Naturaleza e historia de los derechos humanos*, en *Revista Espiga*, n. 5, pp. 1-14
- GETE CASTRILLO P. (2001), *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch
- GIL y GIL J.L. (2017), *Trabajo decente y reformas laborales*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 7, pp. 21-78
- GILBERTO G. (2005), [La discriminación desde la perspectiva del reconocimiento social](#), en *Revista de Investigación Social*, n. 1, pp. 31-45
- GIMÉNEZ GLUCK D. (2013), *La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 45, pp. 113-136
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2024), *Mirada y desafío jurídico-laborales a la diversidad sexual y de género: especial atención al factor edad*, Dykinson
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (2001), *La discriminación por razón de la edad*, en *Temas Laborales*, n. 59, pp. 93-124

- HERNÁNDEZ-MELIÁN A. (2023), *Análisis y clasificación de las políticas de empleo para personas trans en España: marco europeo y regulación autonómica*, en *Obets*, n. 1, pp. 115-132
- IGLESIAS BÁREZ M. (2023), *Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación*, en *IgualdadES*, n. 9, pp. 205-243
- IMOP INSIGHTS (2017), *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades
- JULIANO D. (2004), *Excluidas y marginales: una aproximación antropológica*, Universitat de València
- KELSEN H. (2020), *Teoría pura del derecho*, Eudeba
- LIZARDO GONZÁLEZ E. (2023), *Delitos de odio y discriminación. El caso LGTB*, J.M. Bosch
- LÓPEZ INSÚA B.M., MONEREO PÉREZ J.L. (2015), *La política europea de empleo para el trabajo en el siglo XXI*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 173, pp. 147-178
- MARSAL C. (2011), *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*, en *Dikaion*, n. 1, pp. 119-130
- MARTÍN SÁNCHEZ M. (2010), *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, en *Estudios de Deusto*, n. 1, pp. 115-134
- MERCADER UGUINA J.R. (2004), *Comentario a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, en *Iustel*, n. 5, pp. 1-30.
- MONEREO PÉREZ J.L. (2016), *Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, B.M. LÓPEZ INSÚA, (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSÚA B.M. (2015), *La garantía internacional del derecho a un trabajo decente*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 177, pp. 27-72
- MONTES ADALID G., CASTRO MEDINA R. (2022), *Personas LGTBI+*, en M.Á. GÓMEZ SALADO, J.L. RUÍZ SANTAMARÍA (dirs.) *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación jurídico-social*, Comares
- MORALES ORTEGA J.M. (2023), *Colectivos de atención prioritaria: ¿realmente son una prioridad de nuestra política de empleo?*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. monográfico, pp. 115-151
- NAVARRO NIETO F. (2023), *Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo*, en *Diario La Ley*, n. 10302

- PAPACCHINI A. (1998), *Los derechos humanos a través de la historia*, en *Revista Colombiana de Psicología*, n. 7, pp. 138-200
- PERIBÁNEZ BLASCO E. (2019), *Violencias “por odio” contra el colectivo LGBTI+ en el contexto mundial*, Dykinson
- RABOSI E.A. (1990), *Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 7, pp. 175-192
- RIPERT G. (1995), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ
- RODRÍGUEZ MOLINERO M. (1990), *La Sociedad y el Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho, tomo VII*, pp. 239-260
- ROJO TORRECILLA E. (2023), *La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona*, Brief AEDTSS, n. 11
- SÁEZ LARA C. (2022), *Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 43-65
- SIERRA HERNÁIZ E. (1999), *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España
- VILA TIERNO F. (2018), *Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. TÚLIO BARROSO, H. LAS HERAS (dirs.), *Congreso Internacional. El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un Panorama de Reformas Estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente*, Laborum
- VILA TIERNO F. (2024), *Nuevas obligaciones laborales, nuevas incertidumbres*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 8-10

El régimen extintivo del contrato de trabajo en el periodo de prueba tras el reconocimiento legal de nuevas causas de discriminación

Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ*

RESUMEN: Este trabajo pone en conexión los cambios en la regulación del derecho a no ser discriminado, y su impacto en el régimen jurídico del periodo de prueba. El régimen extintivo durante este periodo se caracteriza por la flexibilidad ya que, entre otras cosas, la resolución contractual a instancias del empresario no tiene que acompañarse de causa alguna. Ahora bien, ello no significa que su decisión pueda vulnerar los límites constitucionales impuestos por el respeto a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a no ser discriminado. Derecho que, en los últimos años, se ha visto sometido a una expansión tanto material como personal a efectos de reforzar las garantías de su cumplimiento. A lo largo de este estudio se van a analizar los cambios más significativos en la configuración del derecho a la no discriminación acaecidos en el marco del sistema jurídico español, pero siempre en relación con el periodo de prueba, preguntándonos qué consecuencias serán apreciables en mayor grado en lo que se refiere a su régimen jurídico hasta el momento existente.

Palabras clave: Discriminación, embarazo, enfermedad, LGTBI, periodo de prueba.

SUMARIO: 1. Introducción: nociones básicas sobre el periodo de prueba. 2. Extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba y vulneración del derecho a la no discriminación. 3. El derecho a la no discriminación: un derecho en expansión. 4. Periodo de prueba y nuevas causas de discriminación. 4.1. Un primer paso: el RD-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. 4.2. La ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: especial atención a la situación de incapacidad temporal. 4.2.1. La enfermedad, y otras situaciones análogas, como causa de discriminación. 4.2.2. El periodo de prueba y la declaración de incapacidad temporal. 4.2.3. Conclusiones parciales. 4.3. La ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: la difícil concreción de sus términos. 4.3.1. Identidad de género o sexual, y expresión de género. 4.3.2. Orientación sexual. 4.3.3. Conclusiones parciales. 5. Extinción causal: la obligación de realizar las experiencias objeto de la prueba. 6. Conclusiones finales. 7. Bibliografía.

* Personal investigador en formación, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España).



The Termination of the Employment Contract on Probation after the Legal Recognition of New Protected Grounds by the Spanish Non-Discrimination Law

ABSTRACT: This paper ties the changes in the regulation of the Non-Discrimination right in Spain and its impact on the regulation of the employment contract on probation. The termination of the employment contract during this period is characterized by a high level of flexibility, since the request of the employer do not have to be followed by any explanation of its cause. Nevertheless, this does not mean that its decision could violate the constitutional limits imposed by the respect for fundamental rights, such as the right not to be discriminated against. Recently, the Spanish legislator has enforced the guarantee of compliance of this right, by broadening the material and subjective scope of its application. Hereinafter, we will analyse the most significant changes in the configuration of the non-discrimination right, always in relation to the employment contract on probation, raising the question whether it is time to introduce some amendments in the termination regime of the probationary period.

Key Words: Discrimination, pregnancy, illness, LGTBI, probationary period.

1. Introducción: nociones básicas sobre el periodo de prueba

El periodo de prueba facilita al empresario evaluar la aptitud de un trabajador, tanto si es una nueva incorporación a la plantilla de su empresa como si, formando ya parte de ésta, ha cambiado de puesto de trabajo. Además, permite hacerlo de la manera más eficaz posible gracias a la integración de dicho trabajador en el ciclo productivo de la empresa.

El régimen jurídico del periodo de prueba presenta una peculiaridad excepcional (art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹): la concesión de una de mayor flexibilidad al empresario en lo que respecta a la rescisión contractual. Esto supone que la regla general sobre la causalización del despido, entendiendo despido en sentido amplio como la decisión extintiva del contrato de trabajo cuando recae sobre la voluntad empresarial², desaparece³. Durante la vigencia del periodo de prueba, el empresario en cualquier momento puede resolver el contrato de trabajo sin aludir a causa alguna, sin atender a formalidades como el respeto a un plazo de preaviso o la comunicación mediante forma escrita, y sin la obligación de abonar indemnización de ningún tipo⁴.

El régimen jurídico del establecimiento del periodo de prueba se fundamenta en la primacía de la voluntad de las partes, ya que ellas son quienes deciden su establecimiento mediante pacto y siempre al inicio de la relación laboral. Sin embargo, su constitución está sujeta a ciertas formalidades. Por un lado, es necesaria la forma escrita para su existencia⁵, y la concreción exacta en texto de su duración⁶. Por otro lado, dicha duración máxima está delimitada por lo que señale el convenio colectivo de

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009, p. 22.

³ STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005); STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2011).

⁴ Estas prerrogativas pueden considerarse todo un «privilegio patronal» (A. MARTÍN VALVERDE, *El artículo 14. Periodo de prueba*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN (dirs.), *El nuevo Estatuto jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 1995, p. 230).

⁵ Forma escrita *ad solemnitatem* (*ibidem*).

⁶ No se permite que se haga una remisión genérica a un periodo de prueba previsto en un convenio colectivo. En la STS 12 abril 2023 (rec. 1269/2022), FJ 2.2, «El trabajador tiene derecho a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba. La razón es que, durante el mismo, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador».

aplicación, por la regulación propia, o en su defecto el artículo 14 ET⁷.

A lo largo de este estudio se van a analizar los cambios más significativos en la configuración del derecho a la no discriminación acaecidos en el marco del sistema jurídico español, pero siempre en relación con el periodo de prueba. El objetivo de este trabajo es prever qué consecuencias conlleva el reconocimiento de un ámbito subjetivo de aplicación del derecho a no ser discriminado más amplio respecto del régimen jurídico del periodo de prueba hasta el momento existente.

2. Extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba y vulneración del derecho a la no discriminación

Pese a que hemos indicado que durante la vigencia del periodo de prueba rige la libre voluntad de desistimiento empresarial, esta facultad no es ilimitada. En efecto, el respeto a los derechos fundamentales aparece como eje vertebrador en todo momento durante la relación laboral y, por tanto, también en el periodo de prueba. Esto no es ajeno a la concepción moderna de los derechos fundamentales que implica su virtualidad plena en las relaciones *inter privatos*. A mayor abundamiento, en la relación laboral la dependencia entre el trabajador y el empresario, y el sometimiento del primero al poder del segundo, es especialmente apreciable. En este contexto, el riesgo de que los derechos de la parte trabajadora se vean conculcados es mayor, lo cual justifica y explica que la aplicación de éstos adquiera carácter directo dentro de los márgenes de la relación laboral⁸. Son muchas, y datan de antiguo, las sentencias que han manifestado que la posición jurídica del trabajador no puede servir como pretexto para despojar a éste de sus derechos fundamentales⁹.

En concreto, vamos a centrarnos en estudiar la prohibición de discriminación durante el periodo de prueba, protagonista de un no muy

⁷ La regulación del periodo de prueba a nivel europeo se contiene en la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

⁸ C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, *Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung*, en *Revista de las Cortes Generales*, 2004, n. 61, p. 165.

⁹ STC 88/1995, de 19 de julio, FJ 2º: «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional», y por todas.

frecuente, aunque no por ello desdeñable, número de litigios. Hemos de ser conscientes de que suelen ser escasos los asuntos llevados ante los tribunales en materia de extinción contractual en el periodo de prueba, principalmente por la opacidad que caracteriza a estas decisiones empresariales, junto al hecho de que normalmente se reclaman pequeñas cantidades de dinero. Pero, en todo caso, la prohibición de discriminación durante el periodo de prueba supone un importante límite frente al uso abusivo y arbitrario de la facultad extintiva de la relación laboral en estos casos: «El libre desistimiento como elemento caracterizador del periodo de prueba configura este momento temporal como potencialmente abusivo. El uso patológico de la prueba puede conducir a la renuncia de derechos laborales, a la exigencia de esfuerzos y rendimientos superiores a lo normalmente exigibles, y en el límite, a la concatenación fraudulenta de pruebas»¹⁰.

Cierto es que el empresario no tiene que motivar su decisión extintiva, sin embargo, ésta en ningún caso podrá sostenerse en razones discriminatorias. El artículo 14 ET no se pronuncia al respecto y nada dice sobre la prohibición de declarar la no superación del periodo de prueba si el hacerlo supone una vulneración de algún derecho fundamental del trabajador. Pero, de ningún modo ello supone la inaplicación de este derecho, pues en esencia impone un límite constitucional¹¹.

El derecho a no ser discriminado puede entenderse como una garantía reforzada del principio a la igualdad de trato. La igualdad de trato exige la razonabilidad de la diferencia en el tratamiento de situaciones similares y, en su defecto, su justificación. Por su parte, el derecho a no ser discriminado se fundamenta en la existencia de grupos de personas, individualizados o individualizables, que tradicionalmente se han visto expuestos a la marginación social. Esta circunstancia se traduce en la exigencia de un examen más estricto de la diferencia de trato, ya que el trato diferenciado basado en alguno de los rasgos protegidos será considerado discriminatorio y, por ende, no estará permitido¹².

¹⁰ M.A. BALLESTER PASTOR, *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 15.

¹¹ STC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3º: «Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española», y por todas.

¹² F. REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2019, p. 47 ss.

La forma en la que se manifiesta la discriminación puede ser de dos tipos: directa e indirecta, cuyas definiciones son obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) introducidas en el artículo segundo de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La discriminación directa tendrá lugar cuando una persona sea tratada de manera desfavorable debido a la concurrencia en ella de un rasgo social o personal protegido por el derecho a no ser discriminado. La discriminación indirecta contempla aquellas disposiciones o criterios, aparentemente neutros, de cuya aplicación se derive una consecuencia negativa para uno de estos grupos sociales protegidos. Todo ello sin perjuicio de que, fruto de la praxis jurídica, se hayan identificado otras formas de discriminación, como puede ser la discriminación por error, por asociación, múltiple o interseccional, hoy recogidas en la ley. Así, la decisión de rescindir el contrato de un trabajador por la no superación del periodo de prueba que oculta una razón discriminatoria debería ser calificada, en principio, como una discriminación directa, prohibida y no susceptible de justificación.

La vulneración del derecho a no ser discriminado despliega una tutela específica que se concreta en el reconocimiento de ciertas garantías jurídicas especiales. Esta tutela puede quedar resumida en los dos siguientes puntos básicos. Por un lado, la nulidad del acto calificado como discriminatorio y la opción de reconocer a la víctima una indemnización derivada del daño moral causado. Por otro, la existencia de unas garantías procesales que hacen que todo procedimiento en el que se alegue una vulneración de derechos fundamentales quede sometido a los principios de sumariedad y preferencia, así como la aplicación en estos casos de la inversión de la carga de la prueba.

Ante la dificultad que supondría la demostración de un hecho negativo, la inversión de la carga de la prueba impone al empresario, agente discriminador, la tarea de demostrar que la actuación enjuiciada responde a unas circunstancias reales, contrastables y objetivas, y por lo tanto alejada de todo móvil discriminatorio. La inversión de la carga de la prueba no exonera a la parte demandante de participar en la actividad probatoria. Para que esta garantía se active, primero se habrán de aportar unos indicios de la existencia de discriminación que sean suficientes como para levantar en el juzgador la sospecha de que el derecho a no ser discriminado ha sido lesionado.

A grandes rasgos, los tribunales han venido considerando como indicios razonables a efectos de estudiar una posible discriminación, en primer lugar, la pertenencia de la persona afectada a un grupo social

históricamente discriminado, lo que supone cerciorarse de que se da en ella el rasgo personal o la característica social que se alega, y, en segundo lugar, que su concurrencia haya venido siendo motivo de exclusión social. Sin embargo, la mera alegación de ser víctima de una discriminación, así como la sola pertenencia a uno de estos grupos protegidos, no han sido considerados como indicios suficientes¹³. Los tribunales han atendido a otros hechos a la hora de su valoración como indicios, tales como, por ejemplo, el conocimiento de la circunstancia protegida por el empresario¹⁴, la conexión temporal entre su conocimiento y el momento en que acontece la actuación supuestamente discriminatoria¹⁵, las declaraciones expresas que pueda haber efectuado el agente discriminador al respecto, o la existencia previa de un conflicto entre ambas partes¹⁶. Una vez dados por idóneos los indicios, la parte empresarial debe intentar desactivar su carácter discriminatorio. Si es capaz de aportar unos motivos válidos y suficientes que expliquen su decisión, la no superación del periodo de prueba queda convalidada¹⁷.

En cambio, si fracasa en esta tarea la decisión extintiva será declarada nula, con el consecuente restablecimiento del contrato de trabajo, debiendo abonar los salarios de tramitación debidos, y, si así procediese, una indemnización por daños morales. Conforme a reciente jurisprudencia, para existir derecho a esta última, la parte demandante debe antes haber aportado algún elemento que permita constatar la existencia de un daño moral, aunque no se exige su cuantificación, que quedará en manos del juzgador quien, como regla general, empleará para su baremo los criterios establecidos en la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

¹³ STC 74/1998, de 31 de marzo; STC 183/2007, de 10 de septiembre, y por todas.

¹⁴ No si se conocía con anterioridad al inicio de la relación laboral (STSJ Castilla y León, Valladolid, 5 junio 2006, rec. 962/2006).

¹⁵ Por ejemplo, la no superación del periodo de prueba de una trabajadora tras resultar electa en las elecciones sindicales (STJS Comunidad Valenciana, 27 mayo 2004, rec. 1225/2004).

¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo, 2021, p. 76 ss.

¹⁷ Por ejemplo, en la STJS de Galicia, de 9 de febrero de 2021, n. rec. 4431/2020: «El motivo que determinó el cese del actor fue el haber sido denunciado dos veces por su expareja, como presunto autor de un delito de violencia de género. El actor reconoció que ha sido encausado e incluso que sobre él recae una orden de alejamiento de 45 metros al menos de su expareja».

3. El derecho a la no discriminación: un derecho en expansión

El derecho a no ser discriminado prohíbe el tratamiento desigual que desemboque en un resultado peyorativo hacia determinados grupos sociales susceptibles de ser individualizados porque todos sus miembros comparten un rasgo personal o una circunstancia social. Por esta razón, la prohibición de discriminación «representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española»¹⁸. Aunque todos los individuos tenemos derecho a recibir un trato igualitario, solo están amparados por el derecho a no ser discriminado aquellos sujetos que cumplen con los requisitos de esta definición. En consecuencia, el elemento subjetivo se alza como una pieza clave en la aplicación de este derecho, digno de estudio tanto por el derecho como por otras materias extrajurídicas, con el objetivo último de responder a la pregunta de qué grupos sociales son merecedores de quedar amparados por la protección reforzada que concede este derecho.

Para concretar el ámbito de aplicación del derecho a no ser discriminado, el legislador enumera ciertas circunstancias sociales o personales de diversa índole, pero con una característica en común. Las personas que los poseen constituyan o no una minoría¹⁹, se ven expuestos a prejuicios y estereotipos, es decir, a ideas preconcebidas que determinan el comportamiento que tienen o deben tener. Los prejuicios y estereotipos cuentan con un alto grado de aceptación social, lo que dificulta su identificación y más aún su erradicación. En muchos casos, los atributos que se asocian a estas personas son erróneas y conllevan connotaciones negativas, lo que explica el rechazo social que se comparte hacia estos colectivos²⁰.

Un rápido vistazo a la regulación del derecho a no ser discriminado a lo largo del tiempo y en los diferentes niveles normativos, internacional, comunitario y nacional, basta para advertir que estas causas no han sido siempre las mismas. A lo largo del tiempo, como resultado del aumento de la conciencia social, así como de la capacidad de presión de determinados colectivos, el legislador ha incluido expresamente nuevas causas de

¹⁸ STC 166/1996, de 15 de julio, y por todas.

¹⁹ Como en el caso de las mujeres que suponen la mitad de la población mundial, en M.Á. BARRÈRE UNZUETA, D. MORONDO TARAMUNDI, *Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, n. 45, p. 35.

²⁰ F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 48-53.

discriminación. Existe el llamado *núcleo duro* de rasgos amparados por este derecho²¹, con una larga trayectoria jurídica: el género, el origen étnico, la religión y las opiniones o convicciones ideológicas, al que se han añadido otras paulatinamente. De hecho, éstas primeras son las únicas causas a las que hace mención expresa el artículo 14 CE de 1978²². De manera ligeramente más amplia se pronunciaba, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH)²³ o el Convenio OIT n. 111 de 1958²⁴.

Un primer momento de expansión de las causas protegidas por el derecho antidiscriminatorio se vivió de la mano de la Unión Europea que amplió el marco material comunitario de este derecho con la aprobación de la ya mencionada Directiva 2000/78/CE, que junto a la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 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, conforman el cuerpo del derecho antidiscriminatorio del derecho de la UE.

Es entonces cuando se suman al acervo tradicional de rasgos protegidos la edad, la discapacidad y la orientación sexual, con el consecuente impacto en las regulaciones de los Estados miembros que se vieron obligados a trasponer estas directivas. Se trataba de rasgos que venían sido motivo de discriminación social, pero que se encontraban poco visibilizados y desatendidos por el legislador.

El derecho a no ser discriminado está sometido a una constante revisión y, uno de los retos a los que se enfrenta el derecho antidiscriminatorio moderno es la identificación de grupos sociales o colectivos a los que proteger. La evolución de la conciencia social ha hecho

²¹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98, p. 15.

²² «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²³ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art 14).

²⁴ «A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (art. 1).

que este derecho viva en una constante expansión y que cada reforma a la que se ve sometido ensanche su ámbito subjetivo de aplicación, llegando a generar incluso el riesgo de que su fundamento jurídico quede desvirtuado²⁵. No se trata de enumerar arbitrariamente todas las circunstancias sociales y las características personales que puedan darse en una persona, sino de que efectivamente éstas, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), supongan «una diferencia históricamente muy arraigada que les ha situado por la acción de los poderes públicos como por la práctica social en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona»²⁶.

Ejemplo de todo esto es el devenir de la regulación nacional en materia de no discriminación, motivado por el deseo de propiciar una respuesta jurídica acorde a una sociedad que abraza la diversidad. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, es reflejo de ello. Se trata de una ley integral, general, transversal, y de garantías. Pese a no compilar toda la normativa en materia de derecho a la no discriminación existente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hubiese sido deseable, pero a su vez complejo por la fragmentada regulación existente en la materia²⁷, aspira a convertirse en un contenido mínimo a respetar en todos aquellos ámbitos donde pueda experimentarse una situación discriminatoria. Para ello, desde una óptica modernizadora y con el objeto último de reforzar la tutela ya existente en materia de protección de este derecho, enumera las causas que quedan amparadas por el derecho a no ser discriminado, haciendo de ésta la novedad más importante que su entrada en vigor ha supuesto²⁸.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 15/2022, dado su carácter general, contiene la definición del derecho a no ser discriminado más amplia de las por el momento contenidas en los diferentes instrumentos legislativos en materia de derecho antidiscriminatorio, y pretende abarcar todos los motivos que pueden convertir a un sujeto en una víctima de un trato discriminatorio, obteniéndose como resultado una amplia enumeración de las causas expresamente protegidas. Con todo, esta forma de proceder no ha quedado exenta de críticas, considerada para algunos

²⁵ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 165, pp. 103-105.

²⁶ STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3º, en relación con la discriminación sufrida por una persona homosexual y la posibilidad de incluirá en la cláusula abierta del art. 14 CE.

²⁷ J.L. GOÑI SEIN, *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2022, n. 1, pp. 9-10.

²⁸ *Idem*.

autores como excesivamente prolija²⁹. No obstante, en términos generales, podemos afirmar que gran parte de la doctrina académica ha visto con buenos ojos la aprobación de esta ley y el avance social que representa³⁰.

Sea como fuere, el artículo segundo de la Ley 15/2022 reza de la siguiente manera: «Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Sin perjuicio de lo anterior, el reciente desarrollo de leyes en materia de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico no finaliza aquí. La Ley 15/2022 fue el prelude de lo que sería una ley monotemática, enfocada exclusivamente en la garantía de los derechos de las personas LGTBI (lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales): Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley Trans).

4. Periodo de prueba y nuevas causas de discriminación

La expansión reciente del desarrollo jurídico del derecho a la no discriminación ha impactado en las relaciones laborales. Todas las etapas de la relación laboral se ven impregnadas por la prohibición general y transversal de no ser discriminado, desencadenando una serie de consecuencias que afectan y limitan el poder empresarial, cuyo estudio ha sido objeto de abundante literatura. En las sucesivas páginas se expondrá el impacto que estas modificaciones pueden tener en la configuración del régimen jurídico del periodo de prueba, especialmente en lo relativo a la extinción contractual por la no superación del mismo. Conjugando las prerrogativas empresariales con una mayor protección del derecho a no ser discriminado de los trabajadores puede generar puntos de fricción entre los intereses de ambas partes.

Asimismo, en este estudio se pretende poner de manifiesto otro de los

²⁹ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *op. cit.*

³⁰ I. BALLESTER PASTOR, *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2023, n. 64.

problemas que se derivan de la ampliación de los motivos protegidos por el derecho a la no discriminación: la falta de delimitación de sus conceptos. Los rasgos tradicionalmente protegidos se caracterizaban por ser circunstancias inherentes a la persona y de carácter permanente como era, por ejemplo, el caso del origen étnico o el sexo, este último incluso hoy sujeto a debate. Actualmente, la determinación de estos rasgos no es tan sencilla. En unos casos, las circunstancias se refieren a rasgos cuya constatación requiere una indagación que serpentea los límites del derecho a la intimidad (art. 18 CE), como ocurre en el caso de la religión, las convicciones, la orientación sexual o la identidad de género de una persona. En otros casos estos rasgos son circunstanciales y temporales, desapareciendo su carácter permanente, como es el caso de la enfermedad o la edad. En definitiva, la ampliación del derecho a la no discriminación exige la concreción de estas circunstancias, lo que implica todo un reto jurídico.

En concreto, este trabajo tiene por objeto analizar cómo se verá afectado el régimen extintivo del periodo de prueba en aplicación de la regulación reciente que aborda causas de discriminación a las que, hasta el momento, apenas se habían referido los operadores jurídicos: la enfermedad (Ley 15/2022), y la identidad de género y la orientación sexual (Ley Trans). La ampliación que ha experimentado el derecho a la no discriminación durante el periodo de prueba ha de comenzar a estudiarse por los cambios introducidos en lo relativo al cese de la mujer embarazada (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 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).

4.1. Un primer paso: el RD-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

El artículo 55.5 ET prevé la nulidad objetiva del despido de la mujer embarazada³¹; lo que conlleva a que, una vez acreditada la situación de embarazo, se desplieguen automáticamente los mecanismos jurídicos inherentes a la tutela antidiscriminatoria.

No fue hasta la entrada en vigor RD-ley 6/2019 cuando también se estableció la nulidad objetiva de la extinción contractual de la mujer

³¹ Introducido por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de todas las personas.

embarazada durante el periodo de prueba. Hasta entonces, las garantías antidiscriminatorias, fortalecidas para el caso del despido de la mujer trabajadora y embarazada, no se aplicaban al periodo de prueba, dando lugar a una disparidad de regímenes jurídicos cuando menos destacable y no exenta de crítica³². Si una mujer embarazada no superaba el periodo de prueba podía alegar ser víctima de una discriminación por razón de género, pero siempre y cuando antes hubiese aportado unos indicios discriminatorios suficientes. Las diferencias en el blindaje del despido de la mujer embarazada, dependiendo de si había o no superado el periodo de prueba, se habían justificado basándose en el característico régimen extintivo del periodo de prueba, sin sujeción a formalidades.

La consecuencia práctica quizás más importante que esta falta de regulación conllevaba era la casi total imposibilidad de aplicar las garantías fortalecidas de protección cuando el empresario no tuviese conocimiento de la situación de embarazo de la mujer cuyo contrato resultaba extinguido. En los casos en los que no era posible alegar que el empresario era conocedor del estado de gestación de la trabajadora en cuestión, los tribunales habían optado por descartar la viabilidad de los indicios probatorios aportados³³, olvidando apreciar que esta información estaba reservada a la esfera del derecho a la intimidad de la afectada³⁴. Quedaban así demostradas las debilidades que suponía aplicar la tutela clásica antidiscriminatoria al despido de la mujer embarazada en el periodo de prueba, especialmente por la dificultad probatoria y las mayores cargas procesales que ello implicaba, más aún en comparación con el régimen de nulidad objetiva previsto en el artículo 55 ET³⁵.

Finalmente, el RD-ley 6/2019 modificó el texto del artículo 14 ET para introducir en su apartado primero un nuevo párrafo que declaraba la nulidad de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba a instancia empresarial en el caso de las trabajadoras embarazadas.

³² *Vid. in extenso* votos particulares de las sentencias STS 18 abril 2011 (rec. 2893/2010); STC 173/2013 de 10 de octubre.

³³ «El despido de mujer embarazada se configura como un supuesto de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación [...] y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación» (STS 6 mayo 2009, rec. 2063/2008).

³⁴ X. SOLÀ MONELLS, [La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), en *IUSLabor*, 2020, n. 1, p. 21.

³⁵ D. PÉREZ DEL PRADO, *La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 1.

De tal suerte, se ponía fin a esta controversia y se homogeneizaban ambos regímenes jurídicos en aras de fomentar el desarrollo profesional de las mujeres sin que la maternidad se convirtiera en un obstáculo para ello.

Sin negar que el RD-ley 6/2019 ha supuesto un importante avance para el desarrollo de medidas en materia de igualdad de género en el trabajo, favoreciendo la corresponsabilidad en el cuidado tanto de hombres como mujeres, y evitando que la asunción de tareas reproductivas se haga a costa de sacrificar el trabajo productivo, es cierto que aún se quedan en el tintero mejoras que podrían haberse incluido en este texto³⁶. La protección contra el despido del artículo 55 ET no se limita a la mujer embarazada, sino que abarca a todos aquellos sujetos que hayan solicitado, estén disfrutando o hubiesen disfrutado de los derechos de conciliación que reconoce este mismo apartado (arts. 37, apartados 3.b), 4, 5 y 6, 34.8, 46.3 y 45.1.d) ET). Por tal razón, continúa existiendo un dispar régimen jurídico frente al despido de los trabajadores que hayan hecho uso, estén en ello o vayan a hacerlo de los derechos de conciliación, que varía si se encuentran en periodo de prueba o no, pues superado éste la nulidad será automática.

Ante el silencio que guarda el artículo 14.2 ET con respecto de la cuestión, ya que en él solo se hace referencia a «la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4 ET, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad», es difícil determinar qué ocurrirá con el resto de derechos de conciliación. De la regulación del artículo 55.5 ET, referido a la nulidad del despido, recientemente modificado y ampliado³⁷, se concluye que basta con acreditar que se han solicitado o se desean solicitar los permisos contenidos en los artículos 37, apartados 3.b), 4, 5 y 6, 34.8, 46.3 y 45.1.d) ET. Pero, ¿ha de aplicarse este mecanismo de nulidad automática en el periodo de prueba en relación con el uso y disfrute de los permisos de conciliación mencionados?

Lo cierto es que podríamos responder afirmativamente, ya que durante el periodo de prueba la relación laboral se encuentra plenamente vigente a

³⁶ M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español*, en *Femeris*, 2022, n. 2.

³⁷ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

todos los efectos, se mantienen las prerrogativas empresariales, y también podría aplicarse la protección reforzada para evitar encontrarnos ante conducta discriminatoria. Recordemos que «durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla» (art. 14.2 ET).

Asimismo, el trabajador que se hallase en periodo de prueba y su contrato fuese extinguido por alguna razón vinculada con el disfrute de los derechos de conciliación, también encontraría protección antidiscriminatoria si aportase indicios suficientes acerca del motivo que llevó a que el empresario adoptase tal decisión ha sido el ejercicio de éstos. Los derechos de conciliación están revestidos de una garantía constitucional por cuanto se encuentran vinculados al derecho a no ser discriminado por razón de género³⁸. Teniendo en cuenta que la conciliación sigue recayendo en mayor medida sobre las trabajadoras mujeres, cualquier tratamiento injustificado peyorativo que impida el disfrute de estos derechos tendrá la consideración de discriminatorio por razón de género. Los tribunales abogan por el uso de estos derechos con el fin de que las mujeres puedan compatibilizar su desarrollo profesional con la atención al cuidado familiar, sin tener que sacrificar ninguno de ellos. Pero para conseguir una igualdad de género efectiva, que no sólo se centre en la conciliación laboral y familiar desde el lado femenino, se debe garantizar que estos derechos sean también disfrutados por los hombres, pues obstaculizar el disfrute masculino de los mismos tendrá consecuencias negativas en ellas³⁹. Si existiesen indicios de que una trabajadora, o un trabajador, no ha superado el periodo de prueba por haber solicitado el disfrute o haber disfrutado de un derecho de conciliación, podrían entrar en funcionamiento las garantías antidiscriminatorias.

«Existen muchos otros supuestos en los que existe una disciplina social que castiga consciente o inconscientemente a los varones que no se atienen al comportamiento esperado para los “hombres” o que asumen roles o funciones adscritos a las mujeres. Este fenómeno se plantea de manera paradigmática en la discriminación por razón de género, porque, aunque el sistema de dominación masculina sitúa a los hombres como grupo en una posición de privilegio, también conlleva a veces limitaciones sobre los

³⁸ Por primera vez en STC 3/2007, de 15 de enero; y por todas; y consolidado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³⁹ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional*, en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch, 2021.

individuos que pertenecen a dicho grupo que restringen sus posibilidades vitales y el libre desarrollo de su personalidad»⁴⁰.

Sea cual sea el criterio que se siga, bien sea la defensa de una nulidad automática o de una nulidad por discriminación por razón de género, lo verdaderamente importante, al cabo, será la capacidad que tenga el empresario para construir una argumentación capaz de dar una justificación suficiente y válida a su decisión.

4.2. La ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: especial atención a la situación de incapacidad temporal

4.2.1. La enfermedad, y otras situaciones análogas, como causa de discriminación

A modo de introducción, y sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo, se ha de hacer un breve resumen del recorrido histórico que ha seguido la enfermedad como una causa de discriminación. En esencia, ni el legislador ni los tribunales habían venido admitiendo su inclusión como una de ellas, principalmente porque no aparecía mencionada en ningún texto jurídico. No obstante, el carácter extensivo de las causas de discriminación sí permitió que, excepcionalmente, algunas enfermedades pudiesen quedar incluidas, siempre que fuesen factor de segregación y estigmatización⁴¹.

La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2006 supuso una gran oportunidad para dotar de protección jurídica antidiscriminatoria a las personas enfermas. A través de ella se consolidaba el modelo social de la discapacidad, pues define a esta última como un hecho relacional que no tiene tanto que ver con las limitaciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales que posean estas personas, sino con los obstáculos sociales que impiden su plena participación social. Con ello, la tradicional dicotomía

⁴⁰ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, [*El problema de la discriminación inversa: ¿Es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, n. 5, p. 202.

⁴¹ STS 29 enero 2001 (rec. 2000/2069), FJ 2º: «La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

mantenida por los tribunales entre enfermedad y discapacidad empezó a hacerse más tenue⁴². Si desde el modelo social se entiende la discapacidad como la relación entre la interacción de la deficiencia humana que se padece y las barreras sociales que dificultan la plena participación social, es de coherencia considerar la enfermedad, en ciertos casos, como si de una discapacidad se tratase. Así, el TJUE fue elaborando un perfil de la enfermedad asimilable a discapacidad, lo que permite incluir a aquellas enfermedades que comparten características con la discapacidad y darles un tratamiento jurídico similar. Se considerará discapacidad aquellos diagnósticos de enfermedades, que en el momento en que se produce el acto discriminatorio, se prevén de larga duración o incierta, sin una clara previsión de mejoría en el tiempo⁴³, y que afectan, al menos, a la capacidad laboral de quienes la padecen.

La entrada en vigor de la Ley 15/2022 ha supuesto la inclusión definitiva de la enfermedad como causa de discriminación, pues literalmente se refiere a la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1 Ley 15/2022)⁴⁴. El ámbito de aplicación de las garantías del derecho a no ser discriminado queda configurado más ampliamente. Creemos que no debe cuestionarse su eficacia aludiendo al carácter ordinario y no orgánico de esta ley. Recordemos que el artículo 14 CE sobre la igualdad y la no discriminación queda fuera de la reserva forzada de Ley orgánica⁴⁵, y que la Ley 15/2022 no modifica los elementos nucleares de este derecho si no que, como puede leerse en su exposición de motivos «viene a dar cobertura a las discriminaciones que ya existen y las que están por venir». Así, su definición pretende ser lo más extensa posible, abarcando a todas aquellas circunstancias sociales o personales que pueden hacer que las personas en quienes concurren sean vulnerables a ser discriminadas.

La inclusión de la enfermedad como una de estas causas da respuesta las demandas de quienes venían reclamando la aplicación de las garantías discriminatorias a quienes padecen una patología, sin importar que características cumpla dicha patología⁴⁶. Sin embargo, esta actitud positiva

⁴² STJUE 18 de enero 2018, asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*.

⁴³ Las más importantes: STJUE 4 octubre 2001, asunto C-109/00, *Tele Danmark*; STJUE 1º diciembre 2016, asunto C-395/15, *Daouidi*.

⁴⁴ L. GORDO GONZÁLEZ, [Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo](#), en *Labos*, 2023, n. 4, p. 108.

⁴⁵ STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23º. En este mismo sentido A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 2007, p. 72.

⁴⁶ L. GORDO GONZÁLEZ, *op. cit.*

no es compartida por todos los sectores que estudian el Derecho y hay quienes muestran cierto escepticismo ante esta inclusión⁴⁷, sosteniendo su argumentario en la dificultad de englobar en un único concepto a un colectivo tan diverso y heterogéneo como pueden serlo los enfermos y las distintas patologías que puede padecer, preguntándose a su vez, si presentan todas ellas las características suficientes como para ser consideradas causas de discriminación⁴⁸.

Además, otras críticas pueden basarse en el impacto que tendrá en las relaciones laborales. En efecto, las consecuencias más sonadas son las que afectan a la calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal, considerado antes como procedente o improcedente, y sin embargo ahora pudiendo defenderse la nulidad del mismo en detrimento de su improcedencia. Para algunos tribunales, la duración o grado de afectación de la limitación que provoque la enfermedad ya no es relevante, por cuanto el legislador ha hecho una inclusión expresa y sin adjetivaciones de la misma como rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado. Así, la conexión temporal entre la declaración de incapacidad temporal del trabajador y su despido han sido, en algunos casos, indicios determinantes para su posterior calificación como nulo por vulneración del derecho a no ser discriminado por enfermedad⁴⁹. Sin embargo, en otros casos, que constituyen un ejemplo de la falta de criterio homogéneo, la incapacidad temporal no ha sido considerada por sí misma como un indicio suficiente de discriminación que legitime la aplicación de los mecanismos de garantía de este derecho⁵⁰. Sea como fuere, sin olvidar que el debate sobre qué papel tiene la incapacidad temporal a efectos de su consideración como un indicio discriminatorio es una cuestión pendiente de resolver, lo cierto es que la nueva configuración del derecho a no ser discriminado obliga a modificar los parámetros desde los que se estudiaba la resolución contractual de un trabajador con el contrato suspendido por esta causa. En consecuencia, si el régimen extintivo del periodo de prueba ya está franqueado por el respeto a los derechos fundamentales, la inclusión de la enfermedad como rasgo protegido va a afectar a la libertad de decisión del

⁴⁷ M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 165, pp. 174-178.

⁴⁸ Sí se aprecia en el caso de las personas infectadas por el VIH (virus de la inmunodeficiencia humana), STEDH 3 octubre 2013, n. 552/10, *I.B v. Grecia*. Para el TEDH «people living with HIV were a vulnerable group with a history of prejudice and stigmatisation» (las personas que viven con VIH son un grupo vulnerable, que históricamente han sufrido prejuicios y estigmatización).

⁴⁹ Por ejemplo, STSJ Madrid 30 junio 2023 (rec. 275/2023); STSJ Castilla-La Mancha 17 julio 2023 (rec. 1066/2023).

⁵⁰ STSJ Castilla y León, Valladolid, 17 julio 2023 (rec. 1066/2023).

empresario durante el mismo.

4.2.2. El periodo de prueba y la declaración de incapacidad temporal

El artículo 14.3 ET establece que las situaciones de incapacidad temporal «que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes». El pacto entre las partes es un elemento crucial para que se produzca tal interrupción, de modo que, en su defecto, el periodo de prueba seguirá su curso. La interpretación que han venido haciendo los tribunales de los efectos de esta interrupción se ha ceñido a la literalidad de texto del ET. El precepto declara que lo que se interrumpe es únicamente el cómputo, y no otra cosa, de manera que, aunque se paralice el cálculo de periodo de prueba, las facultades empresariales se mantienen intactas⁵¹. Es relativamente frecuente que hayan sido llevadas ante los tribunales resoluciones contractuales en el periodo de prueba mientras el trabajador estaba en situación de incapacidad temporal, y no es de extrañar que, vigente la Ley 15/2022, el número de pleitos aumente. Es más, es probable que la prohibición de discriminación por enfermedad obligue a reelaborar los argumentos que venían empleando los jueces y tribunales para permitir la declaración de no superación de la prueba de un trabajador en situación de incapacidad temporal.

La regla general que impone el ET es la interrupción del periodo de prueba. Pero, al igual que ocurre en el establecimiento del periodo de prueba, el ET prima al acuerdo mutuo de las partes, pues serán ellas quienes determinen si la situación de incapacidad temporal, u otras, como el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción, el acogimiento, el riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia, o la violencia de género, interrumpen o no su cómputo.

4.2.3. Conclusiones parciales

A nuestro juicio, consideramos necesario hacer, en primer lugar, una modificación de la regulación de los requisitos formales necesarios para que tenga lugar la interrupción del periodo de prueba. Aunque no sea una

⁵¹ STS 12 diciembre 2008 (rec. 257/2009), FJ 2º, y por todas, por ejemplo, STSJ Madrid 5 abril 2010 (rec. 120/2012); STJS Andalucía, Granada, 12 julio 2012 (rec. 1148/2012).

cuestión vinculada estrechamente con la prohibición de discriminación, la forma en que se establece la interrupción del periodo de prueba dista de ser un verdadero acuerdo entre las partes y termina por someter al trabajador a la voluntad del empresario. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la fijación del periodo de prueba, que deberá constar de forma escrita siempre antes del inicio de la prestación laboral, la interrupción del periodo prueba no tiene por qué formalizarse por escrito y podrá decidirse en cualquier momento a lo largo del mismo⁵². Incluso hay tribunales que entienden posible la remisión al convenio colectivo de aplicación para declarar con carácter general la interrupción del periodo de prueba cuando el trabajador inicia una incapacidad temporal⁵³. Consideramos favorable que el legislador otorgue primacía a la voluntad de las partes, ya que de la interrupción del periodo de prueba ambas partes pueden encontrar ventajas e inconvenientes⁵⁴. Sin embargo, creemos indispensable que a la hora de fijar un acuerdo las posiciones trabajador-empresario deben quedar equilibradas. Ello puede lograrse equiparando el momento y la forma de su establecimiento al pacto general sobre el periodo de prueba, de modo que desde el primer momento la parte trabajadora tenga la certeza de si su computo quedará o no interrumpido en los casos previstos por la ley incluido la incapacidad temporal.

En segundo lugar, y no por ello menos importante, debemos estudiar las consecuencias que tiene la Ley 15/2022 en el régimen extintivo del periodo de prueba. Por el momento, podemos concluir que la situación de incapacidad temporal es presupuesto de la existencia de una enfermedad y, como regla general, si el empresario no puede justificar la resolución, el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal será discriminatorio por razón de enfermedad. Estas garantías que están siendo aplicadas en caso de despidos trascurrido el periodo de prueba, no deberían quedar sin efecto durante dicho periodo de prueba y su aplicación debería quedar garantizada si quiere dotarse de coherencia y unidad al sistema jurídico de las relaciones laborales. Insistimos, además, en que el periodo de prueba de ninguna manera será pretexto para menoscabar los derechos del trabajador.

En este sentido, parece una consecuencia lógica que empiecen a

⁵² STS 5 noviembre 1986 (rec. 6274/1986).

⁵³ STSJ Islas Canarias 16 abril 2004 (rec. 48/2004): «por disposición del convenio colectivo aplicable, lo que hace innecesario por reiterativo, dada la eficacia erga omnes, directa y específica del convenio, el establecer expresamente en el contrato que la IT (incapacidad temporal), interrumpe el cómputo del período de prueba».

⁵⁴ M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *El régimen jurídico del periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Bomarzo, 2017, pp. 260-261.

encontrarse resoluciones que entienden que la decisión de no superación del periodo de prueba cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal es un indicio de discriminación *per se*, lo que requiere que el empresario aporte una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria, es decir, que explique por qué considera que el trabajador en cuestión no ha superado el periodo de prueba⁵⁵.

En tercer lugar, si en un procedimiento jurídico se está enjuiciando la posible discriminación en el desistimiento empresarial en periodo de prueba de un trabajador encontrándose éste en situación de incapacidad temporal, difícilmente podrá el empresario aludir a razones objetivas si el periodo de prueba quedó interrumpido y no ha tenido tiempo suficiente para conocer el grado de aptitud del trabajador. Entrar a valorar las razones que aporta el empresario para desactivar el carácter discriminatorio de su decisión comenzará por garantizar que éstas puedan ser efectivamente aportadas. Por eso, consideramos que la respuesta jurídica para hacer frente a las posibles discriminaciones en el periodo de prueba por razón de enfermedad comienza por hacer efectiva la finalidad del periodo de prueba, como se explicará más adelante.

Como consecuencia de lo expresado en el párrafo precedente, se evitaría la repetición de situaciones duramente criticadas por la doctrina, en las que se acusa al empresario de hacer un uso que puede ser abusivo de su facultad de desistimiento contractual en el periodo de prueba, y que a su vez priman la libertad de empresa frente a los derechos fundamentales⁵⁶. En concreto nos referimos a un supuesto en el que un trabajador tan solo realiza la prestación laboral durante unas horas y, sufre un accidente laboral por incumplimiento de medidas preventivas por parte de la empresa. Tras quedar en situación de incapacidad temporal, su contrato queda resuelto, aún sin contar el empresario con instrumentos que justifiquen la

⁵⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, 13 marzo 2024 (rec. 371/2024), FJ 5º: «De modo que la trabajadora fue despedida a los pocos días de iniciar la baja (esta lo fue el 24 de mayo de 2023 y el despido el 6 de junio de 2023) sin que resulte acreditado ningún hecho que pudiera motivar el despido disciplinario (no superar el periodo de prueba), no habiéndose intentado en el recurso por parte de la empresa dicha acreditación (al no haberlo establecido así la sentencia de instancia), por lo que no cabe sino concluir que el despido no fue sino una represalia o consecuencia de la situación de incapacidad temporal de la trabajadora, en cualquier caso lo anterior es un indicio relevante de discriminación por dicha circunstancia que correspondía a la empresa haberlo enervado conforme a las reglas de la carga de la prueba establecidas en los artículos 96.1 de la y 181.2 de la LRJS y al no haberlo hecho debe sufrir las consecuencias perjudiciales de su inactividad».

⁵⁶ M. NAVAS-PAREJO ALONSO, *Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 2, pp. 296-297.

inadecuación del trabajador a su puesto de trabajo, simplemente por una razón lógica de tiempo material⁵⁷. Desde nuestro punto de vista, existen diversos argumentos para construir una respuesta en sentido contrario a la que en ese momento hace el tribunal y declarar nula la decisión empresarial. Pero, con el marco normativo actual, en particular con la Ley 15/2022, consideramos conveniente no dar una respuesta particular y enfocada a cada caso concreto, sino ser capaces de garantizar el cumplimiento de esta ley sea cual sea el estado en que nos encontremos de la relación laboral. Inexcusablemente, esto implica asumir la obligación de dar cumplimiento tanto por el trabajador como por el empresario al objeto del periodo de prueba (art. 14.3 ET).

Excepcionalmente, en los casos en los que la incapacidad temporal sea de larga duración, o así se prevea, pueden quedar ambas partes excusadas de la obligación de dicho cumplimiento. En estos casos sí podría entenderse que existe una imposibilidad material que legitime la resolución contractual.

4.3. La ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: la difícil concreción de sus términos

4.3.1. Identidad de género o sexual, y expresión de género

Las causas de discriminación nuevas, dado que recientemente han sido reconocidas por la ley, cuentan con un breve desarrollo práctico y necesitan ser delimitadas y concretadas jurídicamente, lo cual se convierte en todo un reto para los operadores jurídicos. Este problema se torna aún más complejo si nos detenemos en las nociones de sexo y género, que venían siendo empleados como sinónimos intercambiables en el seno de los tribunales, así como por el legislador, generando aún más dificultades a la hora de individualizar cada uno de los términos⁵⁸.

La actitud tradicionalmente adoptada por nuestros tribunales contrasta con la sugerida por ciertos autores, en su mayoría mujeres, que en el ámbito de las ciencias sociales sí se habían preocupado desde tiempo atrás por diferenciar ambos conceptos. Para ello, en la década de 1970 se instituye el sistema sexo-género⁵⁹, que puede definirse de la siguiente manera: «Se

⁵⁷ STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2012).

⁵⁸ S. HIDALGO GARCÍA, *Transsexualidad: sexo, género e identidad jurídica. LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*, Aranzadi, 2023, p. 164.

⁵⁹ G. RUBIN, *El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*, en *Nueva Antropología*, 1986, n. 30.

entiende por género o sexo-género la construcción social de la diferencia sexual entre varones y mujeres. El concepto de género no cuestiona de ninguna fórmula las diferencias biológicas entre los dos sexos. Lo que sí niega es la traducción causal de las diferencias anatómicas en naturalezas sociales o caracteres distintos. Lo femenino y lo masculino son categorías sociales y la perspectiva del género invita a investigar cómo se construyen y cómo operan organizacionalmente estas definiciones»⁶⁰.

Basándose en tales definiciones, el TC en la STC 59/2008, de 14 de mayo, explica que si existe un trato discriminatorio hacia las mujeres no lo es por razón de su sexo, sino por el género; es decir, por la desigualdad asociada al primero. Sin embargo, la polémica sobre el significado que debe darse al sexo y al género, y por ende a la forma en que jurídicamente deben entenderse, lejos de haber concluido, está a la orden del día, acentuada por la presión ejercida por el colectivo LGTBI que reclama un mayor reconocimiento jurídico de sus derechos.

Reflejo de ello es la aprobación de la llamada Ley Trans, pues como puede leerse en su Exposición de motivos, tiene como finalidad: «desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad». Con todo, la confusión entre el término género y sexo aún no ha desaparecido y se mantiene vigente pues la regulación de estas nuevas realidades confiere significados diferentes a los que se venían dando desde el ámbito de las ciencias sociales y que habían adoptado nuestros tribunales, obligándoles ahora a definir y redefinir estos conceptos. Ya se ha alertado de que una de las consecuencias de la Ley Trans podría ser el negacionismo del sexo biológico⁶¹, pues si el sexo se venía considerando como un hecho biológico empíricamente apreciable, se apuesta ahora por sustituirlo por una noción vinculada a la subjetividad y la construcción de la identidad personal de cada individuo⁶², quedando relegado a un segundo plano su valor como un hecho natural contrastable: «Lo cierto es que al modificarse la mención del sexo, sobre bases que van más allá de lo biológico, aparentemente se está abriendo el

⁶⁰ A. DE MIGUEL ÁLVAREZ, *El conflicto de géneros en la tradición sociológica*, en *Sociológica*, 1996, n. 1, p. 137.

⁶¹ T. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre las mujeres*, en E. BANDRÉS-GOLÁRAZ (coord.), *Feminismo en la línea del tiempo, desde la (in)visibilidades al concepto de felicidad*, Dykinson, 2023, p. 563.

⁶² V. GONZÁLEZ HINCAPIÉ, *En torno a la distinción sexo-género en Judith Butler: impasses de una ruptura*, en *Eikasía*, 2023, n. 114.

registro no a la identificación de las personas por el sexo, sino por el género, es decir, parece que se está, permítaseme la expresión, abriendo el melón de las identidades de género a efectos registrales, cuando en realidad, si tal cuestión se valoraba, no me canso de insistir, a efectos de identificación de las personas, era simplemente como uno de los posibles requisitos, o sencillamente causas, para la modificación de la mención registral del sexo de éstas»⁶³.

Los problemas jurídicos que acarrea el afloramiento de términos que carecen de una definición unánimemente aceptada es innegable⁶⁴. Sorprende cómo adolece de coherencia entre sí la normativa antidiscriminatoria que aquí estamos comentando, pese a que tan solo trascurrieron siete meses entre la aprobación de un texto y otro. Mientras la Ley 15/2022 emplea el término de *identidad de género*, al igual que hizo la STC 67/2022, la Ley Trans se sirve del de *identidad sexual*, que define como la «vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer» (art. 3.1. Ley Trans).

Con el objeto de evitar en el futuro un probable debate, excesivamente teórico y complejo, en el seno de los tribunales sobre la concreción del significado de los términos como género, sexo, identidad sexual, identidad de género, etc. y que, a la postre, pudiese tener como resultado indeseado la no aplicación de la tutela antidiscriminatoria, se ha optado por añadir un término más: expresión de género. La Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, ya hacía uso del mismo. En concreto, lo hace en sus considerandos únicamente al mencionar la violencia que puede sufrir una persona por razón de su sexo, identidad o expresión de género, pero sin entrar a definir ningún concepto. Sí lo hace la Ley Trans, para la que la expresión de género es la «manifestación que cada persona hace de su identidad sexual», enfatizando el elemento externo de esta circunstancia⁶⁵, es decir, la

⁶³ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.* p. 228.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Y. CANO GALÁN, *Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación sexual e identidad sexual en el derecho de la Unión Europea*, en M.E. CASAS BAAMONDE, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, R. GIL ALBURQUERQUE ET AL. (dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, 2023, p. 465. En este mismo sentido la STC 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.c), enumera diversas formas de externalizar la discrepancia entre el sexo y el género: «Modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación

manifestación entendida en el sentido de dar a conocer algo a otros. Pero no se centra tanto en el elemento interno, referido a la autoconcepción de cada persona que no tiene por qué ser expuesta, propio de la definición que esta misma ley hace de la identidad sexual.

Ante la diversidad de términos, creemos acertado el empleo de los que son omnicomprendivos, como es el caso de *persona trans*, ya que engloban todas aquellas realidades individuales en las que existe una discrepancia entre el sexo y el género de una persona⁶⁶. En última instancia, las personas trans son discriminadas por su género en la medida en que las imposiciones sociales y los prejuicios establecidos a su sexo limitan el desarrollo de su personalidad sin estereotipo alguno. Asimismo, la identidad de género o sexual ha adquirido categoría propia e independiente del género, lo cual es a todas luces beneficioso para su identificación y erradicación. De otra manera, si ambas categorías se hubieran incluido en la categoría género, las medidas antidiscriminatorias orientadas para la igualdad efectiva entre la mujer y hombre se hubiesen debilitado. En conclusión, no cabe duda de que esta categoría se refiere a las personas trans en sentido amplio, es decir, todas aquellas que no actúan conforme al comportamiento que se espera de ellos según el sistema sexo-género: los hombres de manera masculina, y las mujeres femeninas, y así lo manifiestan, quedando amparados bajo la categoría de discriminación por expresión de género.

4.3.2. Orientación sexual

En otro orden de cosas, la orientación sexual es otra categoría protegida por el derecho a no ser discriminado que goza de un elevado grado de aceptación social⁶⁷. Además, cuenta con una mayor tradición en el

registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona».

⁶⁶ Así lo hace la STC 67/2022, de 2 de junio, FJ 3.c): «Dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la identidad de género, se acude en esta resolución, a la expresión trans como denominación omnicomprendiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto entre esta y el sexo de la persona. [...] Acudir al término trans asume cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia variedad de situaciones (transsexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como otro)».

⁶⁷ Descartamos el término orientación de género pues de acuerdo con la nueva redacción del Código Civil tras ser reformado (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el

ordenamiento jurídico antidiscriminatorio que la identidad de género, cuyo reconocimiento expreso como causa de discriminación es mucho más tardío⁶⁸.

La UE fue pionera en esta labor, que se ha considerado como «uno de los grandes logros social, jurídico y cultural de los últimos tiempos en el desarrollo de los derechos antidiscriminatorios»⁶⁹. Cabe señalar que el derecho a la no discriminación se refería únicamente a la orientación sexual y no a otros conceptos relacionados con la diversidad sexual, como pudiesen ser la identidad sexual o de género, o la expresión de género. La sexualidad, entendida como las relaciones socioafectivas que se establecen entre las personas, en la sociedad occidental moderna ha estado históricamente jerarquizada, generando un sistema de opresión que segrega, criminaliza y somete a prejuicios a los homosexuales, así como a quienes ejerzan cualquier tipo de prácticas sexuales que no se ajusten a la heterosexualidad⁷⁰.

En la Directiva 2000/78, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (año 2000), el legislador comunitario se refería a la orientación sexual, concepto que paulatinamente se fue incorporando a las legislaciones de los Estados miembros, como por ejemplo el artículo 4 o 17 ET, la Ley 15/2022 y, finalmente, la Ley Trans que aquí estamos comentando. No obstante, la propia entidad de esta categoría y su recorrido histórico hubiesen sido suficientes para incluirla dentro del artículo 14 CE gracias a

Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), legaliza las uniones matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, no género, de modo que el enfoque que jurídicamente adoptamos es desde las diferencias sexuales de las personas y las relaciones afectivas que establezcan entre ellas. No obstante, esta definición también puede adoptar diferentes perspectivas que limiten su alcance práctico. La amalgama de definiciones existentes en torno a los conceptos LGTBI no pasan por desapercibido en lo que concierne a la definición de orientación sexual, pues, por ejemplo, los principios de Yogyakarta enfatizan la atracción entre personas según su género. En cualquier caso, y dado que los principios de Yogyakarta carecen de valor jurídico, creemos adecuado emplear únicamente la definición contenida en la Ley Trans, que a su vez bebe del tratamiento que se ha dado a la orientación desde su reconocimiento como causa de discriminación en el derecho de la UE.

⁶⁸ Por esta razón no creemos conveniente que jurídicamente se haga uso de las siglas LGTBI, o LGTBIQ+, ya que se refiere conjuntamente a situaciones muy heterogéneas entre sí, por un lado, la orientación sexual y por otro la identidad de género o sexual, a la que jurídicamente se ha venido dando un trato diferenciado.

⁶⁹ A. RIVAS VAÑÓ, *Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, p. 65.

⁷⁰ G. RUBIN, *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en C.S. CAROLES (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Revolución, 1989.

la cláusula de apertura⁷¹. Por primera vez, la orientación aparece definida en esta última, en su artículo tercero, con las siguientes palabras: «Atracción física, sexual o afectiva hacia una persona. La orientación sexual puede ser heterosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas de distinto sexo; homosexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva únicamente hacia personas del mismo sexo; o bisexual, cuando se siente atracción física, sexual o afectiva hacia personas de diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad. Las personas homosexuales pueden ser gais, si son hombres, o lesbianas, si son mujeres».

A su vez, las personas que quedan protegidas por tener una determinada orientación sexual forman un colectivo amplio y heterogéneo⁷², por lo que consideramos que lo verdaderamente útil a efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria es esbozar su definición en sentido negativo. Esto es, aglutinar bajo la causa de orientación sexual todas aquellas sexualidades que se oponen a la heterosexualidad imperante⁷³.

4.3.3. Conclusiones parciales

Una vez teorizado sobre la categorización de estos rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio, identificaremos qué problemas se dan en la posible aplicación de la tutela correspondiente durante el periodo de prueba. A las dificultades terminológicas que se derivan de la definición de los conceptos de identidad sexual, expresión de género y orientación sexual, se suma la discrecionalidad que se reconoce al empresario para rescindir el contrato de trabajo sin causa alguna mientras se mantenga vigente este periodo.

En consecuencia, el sujeto discriminado tiene que, además de justificar que la decisión extintiva reposa sobre una intención discriminatoria, demostrar que pertenece a una de las categorías protegidas; tarea que puede resultar muy compleja, pues ya hemos visto que no se cuenta con una definición clara y generalmente aceptada que delimite su contenido. Ante la dificultad que esto entraña, los tribunales deben ser capaces de aplicar una doctrina lo más generalista posible, pues creemos que si algo tienen en común las personas trans, y las que tienen una orientación sexual distinta a

⁷¹ STC 93/2014, de 12 de junio; STC 176/2008, de 22 de diciembre; STC 67/2022, de 2 de junio.

⁷² A. RIVAS VAÑÓ, *op. cit.*, pp. 63-65.

⁷³ I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *La diversidad sexual como causa prohibida de discriminación laboral*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, n. 3, p. 91.

la heterosexualidad, es que son susceptibles de sufrir algún tipo de discriminación⁷⁴. Como hemos indicado, estas categorías muchas veces se reservan al fuero interno y subjetivo de una persona, razón por la que hemos propuesto el uso del término expresión de género, capaz de aglutinar en él la noción de identidad de género e identidad de sexo, así como a todas las personas trans. Además, difícilmente podrá apreciarse en sede judicial una discriminación si no hay un elemento externo que aporte indicios de que el agente discriminador, el empresario, conoce que en esta persona concurre alguna circunstancia protegida.

Para que una persona sea discriminada huelga recordar que no basta con pertenecer a una categoría protegida, ni que el agente discriminador sea conocedor de ello⁷⁵, sino que debe haber otros indicios que lleven al juzgador a pensar que ha sido su pertenencia a un grupo protegido el móvil de la decisión cuyo posible discriminatorio está siendo enjuiciada.

En materia de orientación sexual encontramos un mayor número de ejemplos en los que se ha apreciado discriminación, siempre que la orientación sexual sea conocida, exista algún conflicto entre las partes y haya algún tipo de conexión temporal entre la pertenencia a este colectivo y el acto discriminatorio enjuiciado, normalmente despido⁷⁶.

Por su parte, entre el escasísimo número de sentencias que abordan la discriminación de las personas trans en el trabajo destaca la ya citada STC 67/2022, que sirve como ejemplo paradigmático de esta materia, y que, para mayor abundamiento, califica un supuesto de no superación del periodo de prueba susceptible de discriminatoria. Adelantamos que el TC rechaza el amparo pretendido, pues la empresa es capaz de aportar razones sólidas que explican que el trabajador en cuestión no hubiese superado el periodo de prueba. En este caso, y a nuestro juicio, el tribunal, con una intención eminentemente práctica, considera a la apariencia en el modo de vestir de la persona como indicio para aplicar la garantía probatoria⁷⁷.

⁷⁴ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, p. 163.

⁷⁵ STSJ Madrid 29 junio de 2007 (rec. 2252/2007), FJ 7º: «En ese sentido, como quiera que en hechos declarado probados el único dato que se refiere a la orientación sexual de la recurrente es que su homosexualidad fue comunicada por otra trabajadora al supervisor de su centro de trabajo, sin que conste referencia alguna a que tal circunstancia determinase ninguna reacción por parte de la empresa, ni diese a lugar a alguna medida laboral que pudiese vincularse al conocimiento de tal circunstancia, no parece posible apreciar la existencia de indicios de discriminación». En un sentido similar STSJ Cataluña 22 junio 2006 (rec. 1657/2006).

⁷⁶ STSJ Madrid 21 julio 2010 (rec. 1945/2010) o en sentido contrario STJS Andalucía, Málaga, 9 octubre 2014 (rec. 1221/2014).

⁷⁷ O. REQUENA MONTES, *Discriminación por razón de identidad de género y expresión de género: doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 11.

5. Extinción causal: la obligación de realizar las experiencias objeto de la prueba

En la redacción del artículo 14 ET, en el párrafo tercero de su apartado primero en concreto, puede leerse que «el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba». El objeto de la prueba puede entenderse como un experimento en el que el trabajador ha de demostrar un cierto grado de validez, el suficiente como para el empleador considere que se ha de estabilizar su relación laboral⁷⁸.

Sin embargo, en la actualidad, los jueces y tribunales que han ido interpretando el régimen jurídico del periodo de prueba para dar respuesta a las vicisitudes propias de la práctica laboral han relegado el cumplimiento de esta obligación a un plano secundario, en ocasiones incluso inexistente para ellos y omiten hacer alusión al mismo en el texto de sus resoluciones⁷⁹. En contraposición, se ha otorgado mayor peso a la facultad de resolución del contrato en el periodo de prueba a instancias del empresario, que se ha interpretado como un verdadero desistimiento libre y sin causa. Son reiteradas las resoluciones en las que se afirma que «El período de prueba una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental»⁸⁰.

No obstante lo anterior, para parte de la doctrina académica, la voluntad empresarial de rescindir el contrato empresarial en el periodo de prueba reviste ciertas similitudes con la institución jurídica de despido, en sentido amplio que abarca a cualquier decisión de extinguir la relación laboral a instancias del empresario⁸¹. Por ende, como así sucede en nuestro ordenamiento jurídico con todo tipo de despidos, se requiere de una causa

⁷⁸ M. ALONSO OLEA, M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2006, p. 320.

⁷⁹ M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁰ STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005), FJ 2º; STS 12 julio 2012 (rec. 2789/2011), y por todas.

⁸¹ A. BAYLOS GRAU, J. PÉREZ REY, *op. cit.*

justa y legítima que valide la decisión extintiva. Teniendo en cuenta que la finalidad del periodo de prueba es «facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado»⁸², puede haber una amplia variedad de situaciones que justifiquen la no idoneidad del trabajador y la no superación del periodo de prueba. Sin embargo, para que dichas causas no vulneren un derecho fundamental como es el derecho a no ser discriminado, y para dar cumplimiento a la finalidad del mismo, esta causa tiene que tener relación con la forma en que el trabajador en cuestión realiza la prestación laboral⁸³. En otras palabras, para esta parte de la doctrina, la prerrogativa que se concede al empresario de no comunicar en el momento de su decisión extintiva la causa que explica la no superación del periodo de prueba, no implica que no exista tal causa. Cuestión pacífica es que, como excepción particular del periodo de prueba y fruto de la agilidad que demanda su ejercicio, decaigan las exigencias formales que sí son necesarias para el resto de despidos.

Sin embargo, conviene señalar que esta doctrina no es unánime y, de otro lado, existen opiniones que abogan por entender que durante el periodo de prueba el empresario goza de una plena libertad de desistimiento, limitada, eso sí, por el respeto a los derechos constitucionales⁸⁴.

Adoptando la primera perspectiva, es decir, entendiendo la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba como una decisión causalizada, se consigue dotar de contenido y dar una verdadera a efectividad a la obligación del artículo 14.1 ET sobre la realización de las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Si para que un empresario tome una decisión respecto de la superación o no del periodo de prueba ha de haberse efectivamente puesto a prueba al trabajador *ex* artículo 14.1 ET, implícitamente parece reconocerse que dicha decisión tiene que tener relación con el objeto del experimento que no es otro que analizar la forma en que el trabajador realiza la prestación laboral.

No obstante, otra cosa más compleja sería el cómo dotar de efectividad

⁸² STS 2 abril 2007 (rec. 5013/2005).

⁸³ G. BARREIRO GONZÁLEZ, *El periodo de prueba*, en Vv.AA., *El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IV. Artículos 14 a 18*, Edersa, 1982, citado en M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 46; M. NAVAS-PAREJO ALONSO, *op. cit.*; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo: notas para un balance*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 27-30.

⁸⁴ A.L. DEL VAL TENA, *La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2, pp. 74-78, y M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *op. cit.*, p. 305.

a este apartado 14.1 ET, ya que el ET nada dice respecto a su cumplimiento ni sobre las consecuencias de su incumplimiento. Quizás esta sea la principal razón que explique la inobservancia generalizada hacia esta previsión legal⁸⁵.

Por el momento, el cumplimiento de esta obligación queda fundamentalmente limitado a aquellos casos en los que la viabilidad de la rescisión contractual esté sometida a examen judicial. Tras la demanda de un trabajador, para que el desistimiento empresarial sea válido, éste debe explicar la causa de su decisión, es decir, que hay indicadores reales, objetivos y suficientes que indiquen que el trabajador sometido a prueba no ha alcanzado el estándar requerido. Por lo tanto, esto parece conducirnos a pensar que el desistimiento empresarial en periodo de prueba ha de tener una causa, aunque la expresión de la misma no se venga exigiendo como regla general, y solo sea discutida mediando un procedimiento judicial. Como resultado de lo que acaba de exponerse, cabe preguntarse si no sería entonces la extinción contractual en periodo de prueba en todo caso una extinción causalizada, similar al despido, aunque con unos requisitos formales particulares, en lugar de un libre desistimiento⁸⁶.

Queremos dotar de relevancia a la causa de la resolución contractual en el periodo de prueba como un elemento constitutivo más de la decisión empresarial, aunque su externalización no sea necesaria. La causa otorga a un trabajador en riesgo de ser víctima de una discriminación la certeza de que su extinción no tiene un móvil discriminatorio. Dicha causa, en principio, podrá alegarse si previamente se ha dado cumplimiento al objeto del periodo de prueba.

El interés que muestra el legislador en ampliar el derecho a no ser discriminado, y en identificar colectivos vulnerables señala un alto grado de compromiso y conciencia social, que puede traer beneficios para los grupos sociales en riesgo de exclusión social y marginación. Ahora bien, a nuestro parecer, la configuración de un régimen jurídico que garantice la inclusión de todas las personas en el mercado de trabajo, incluidas aquellas que por sus circunstancias tienen más posibilidades de ser discriminadas, no debería limitarse a reconocerlas como grupo protegido. El primer paso es su identificación como tal, pero también es necesario que el régimen jurídico de la relación laboral favorezca la no perpetuación de actitudes discriminatorias y se superen así las opacidades en este régimen que han favorecido, desgraciadamente, a que algunos grupos de trabajadores aún posean unas limitadas oportunidades de desarrollo profesional.

⁸⁵ M. ALONSO OLEA, M. E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*

⁸⁶ O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *op. cit.*

6. Conclusiones finales

Las conclusiones finales de este trabajo se orientan en dos direcciones. Por un lado, en la valoración que hacemos de la expansión de la regulación del derecho a no ser discriminado; por otro, en el impacto que ello genera en el régimen jurídico del periodo de prueba, especialmente en lo que concierne a su régimen extintivo.

En un intento del legislador por alcanzar la igualdad efectiva y general, los colectivos protegidos por este derecho han sido ampliados. Como muestra de ello, se ha aprobado una ley general, transversal y de garantías que desarrolla los elementos nucleares del derecho a la no discriminación, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Además, para el refuerzo del cumplimiento de los derechos de las personas LGTBI, se ha aprobado la 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Aunque en términos generales la entrada en vigor de estos textos supone un claro avance en materia de derechos sociales, también ha supuesto un aumento del grado de inseguridad jurídica. Ello se debe a que algunos de los rasgos a los que se refieren no están concretados por el legislador, recayendo sobre la práctica judicial que, como resultado de la actividad procesal, será quien vaya delimitando algunos conceptos como la diferencia entre identidad de género e identidad sexual, o qué se debe considerar como enfermedad a efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria.

Con todo, las relaciones laborales se ven afectadas por estos cambios, y, por consiguiente, también el periodo de prueba. En principio, mientras el mismo se mantenga vigente, siempre que su constitución se ajuste a las formalidades previstas, el empresario no tendrá que aludir a la causa que le lleva a rescindir del contrato de trabajo del trabajador en prueba. Sin embargo, a nuestro modo de ver, dicha causa existe y en todo caso debe ser real, objetiva y legítima. En efecto, su existencia queda demostrada cuando en sede judicial se exige que la misma sea efectivamente alegada para convalidar la decisión empresarial cuando se le acusa de vulnerar derechos fundamentales. La opacidad que caracteriza a la decisión de terminar el contrato de trabajo que está en periodo de prueba favorece que se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales, y, por esta razón proponemos dar mayor relevancia a su expresión también en el periodo de prueba, al igual que ocurre con el resto de despidos. De esta manera, la obligación contenida en el artículo 14 ET, que exige la realización de las

experiencias que constituyan el objeto de prueba, se cumpliría. Asimismo, se garantizaría que las decisiones empresariales no respondiesen a móviles discriminatorios. Ahora quienes se ven afectados por una situación discriminatoria en la resolución del contrato en periodo de prueba deben aportar unos indicios suficientes, indicios que a veces son complicados de constituir, sobre todo ante la falta de criterios unánimes en relación con la definición de las causas nuevas de discriminación de reciente reconocimiento jurídico.

7. Bibliografía

- ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M.E. (2006), *Derecho del Trabajo*, Civitas
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*El problema de la discriminación inversa: ¿Es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?*](#), en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 5, pp. 187-209
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. (2022), [*La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución*](#), en *Temas Laborales*, n. 165, pp. 87-120
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ T. (2023), *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre las mujeres*, en E. BANDRÉS-GOLÁRAZ (coord.), [*Feminismo en la línea del tiempo, desde la \(in\)visibilidades al concepto de felicidad*](#), Dykinson
- ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2022), [*La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación*](#), en *Temas Laborales*, n. 165, pp. 151-182
- ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2017), *El régimen jurídico del periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Bomarzo
- BALLESTER PASTOR I. (2023), *La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 64
- BALLESTER PASTOR M.A. (1995), *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch
- BARREIRO GONZÁLEZ G. (1982), *El periodo de prueba*, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores. Tomo IV. Artículos 14 a 18*, Edersa
- BARRÈRE UNZUETA M.Á., MORONDO TARAMUNDI D. (2011), [*Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*](#), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 45, pp. 15-42
- BAYLOS GRAU A., PÉREZ REY J. (2009), *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta
- CANO GALÁN Y. (2023), *Igualdad y no discriminación por razón de género, orientación*

- sexual e identidad sexual en el derecho de la Unión Europea*, en M.E. CASAS BAAMONDE, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, R. GIL ALBURQUERQUE, A. GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A.V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE C. (2004), *Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 61, pp. 155-220
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. (2009), *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, n. 98, pp. 11-57
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O. (2014), *El periodo de prueba en el contrato de trabajo: notas para un balance*, Tirant lo Blanch
- GÓMEZ FERNÁNDEZ I. (2018), *La diversidad sexual como causa prohibida de discriminación laboral*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, pp. 89-120
- GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V., *En torno a la distinción sexo-género en Judith Butler: impasses de una ruptura*, en *Eikasía*, 2023, n. 114, pp. 213-228
- GOÑI SEIN J.L. (2022), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad*, en *Revista Justicia & Trabajo*, n. 1, pp. 5-27
- GORDO GONZÁLEZ L. (2023), *Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo*, en *Labos*, n. 4, pp. 103-121
- HIDALGO GARCÍA S. (2023), *Transsexualidad: sexo, género e identidad jurídica. LGTBIQ+ y la «Ley trans» de 2023*, Aranzadi
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J. (2022), *La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español*, en *Femeris*, n. 2, pp. 64-85
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2021), *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (Su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Bomarzo
- MARTÍN VALVERDE A. (1995), *El artículo 14. Periodo de prueba*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN (dirs.), *El nuevo Estatuto jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares
- DE MIGUEL ÁLVAREZ A. (1996), *El conflicto de géneros en la tradición sociológica*, en *Sociológica*, n. 1, pp. 125-147
- NAVAS-PAREJO ALONSO M. (2013), *Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas*, en *Aranzadi Social*, n. 2, pp. 281-303
- PÉREZ LUÑO A.E. (2007), *Los derechos fundamentales*, Tecnos

- PÉREZ DEL PRADO D. (2014), *La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La STC 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección*, en *Revista de Información Laboral*, n. 1, pp. 171-195
- REQUENA MONTES O. (2022), *Discriminación por razón de identidad de género y expresión de género: doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Noticias CIELO*, n. 11
- REY MARTÍNEZ F. (2019), *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi
- RIVAS VAÑÓ A. (2022), *Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España*, en MORALES ORTEGA J.L. (dir.), *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2021), *La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional*, en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch
- RUBIN G. (1989), *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en C.S. CAROLES (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Revolución
- RUBIN G. (1986), *El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*, en *Nueva Antropología*, n. 30, pp. 95-145
- SOLÀ MONELLIS X. (2020), *La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo*, en *IUSLabor*, n. 1, pp. 13-38
- DEL VAL TENA A.L. (2021), *La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 2, pp. 56-98

La velada discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español: un reto no superado*

Cristina RAMÍREZ BANDERA**

RESUMEN: Los estereotipos y prejuicios asociados a la edad generan en muchas ocasiones un trato discriminatorio hacia las personas mayores de 55 años que resulta incluso más nocivo en caso de darse en el ámbito laboral. Aunque actualmente contamos con un marco normativo internacional, europeo y español que censura la discriminación por razón de edad, lo cierto es que esta práctica sigue dándose en el mercado laboral español tanto en el acceso como en el mantenimiento del empleo. En el presente trabajo se analizan estas conductas y actitudes, las cuales se dan, en ocasiones, de forma encubierta, y en otras, con la completa anuencia del legislador y de la doctrina jurisprudencial – establecimiento de edades máximas de acceso a una profesión, jubilación forzosa, edad como criterio de selección en despidos colectivos, ...– sobre la base de justificaciones que no suelen tomar en consideración la totalidad de perjuicios causados a la persona de mayor edad, generando una suerte de institucionalización del edadismo en nuestro país.

Palabras clave: Edadismo, discriminación, personas de mayor edad, despido colectivo, jubilación forzosa.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El tratamiento jurídico de la discriminación por razón de edad en el contexto del mercado de trabajo. 2.1. Ámbito internacional. 2.2. Ámbito europeo. 2.3. Ámbito nacional. 3. La discriminación por razón de edad en el acceso al empleo en España. 3.1. Situación actual y causas del problema. 3.2. ¿Constituye el establecimiento de una edad máxima de acceso a una profesión una discriminación por razón de edad? 4. La discriminación por razón de edad en el mantenimiento del empleo en España. 4.1. La edad como criterio de selección en los despidos colectivos. 4.2. La jubilación forzosa como institucionalización del edadismo. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 *La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como en la Red Temática de I+D+i del Plan Propio de la Universidad de Málaga *Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores*.

** Investigadora predoctoral contratada FPU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).



Casual Ageism in the Spanish Labour Market: a Challenge Yet to Be Overcome

ABSTRACT: Stereotypes and prejudices associated with age often generate discriminatory treatment towards people over 55 years of age which is even more harmful if it takes place in the workplace. Although we currently have an international, European and Spanish regulatory framework that prohibits ageism, the truth is that this practice continues to occur in the Spanish labour market both in access to and maintenance of employment. In the present paper, these behaviours and attitudes are analysed, which occur, sometimes, covertly, and in others, with the complete consent of the legislator and the jurisprudential doctrine –establishment of maximum ages to access a profession, compulsory retirement, age as a selection criterion in collective dismissals...– on the basis of justifications that do not usually take into consideration all the harm caused to the older person, generating a kind of institutionalization of ageism in our country.

Key Words: Ageism, discrimination, older age people, collective dismissal, compulsory retirement.

1. Introducción

La OMS define el edadismo (*ageism* en inglés) como aquella conducta discriminatoria que surge cuando la edad es usada para categorizar y dividir a las personas en formas que les causan daño, desventajas o injusticias, erosionando la solidaridad entre generaciones¹.

Sin duda, la edad constituye un factor natural y propio del devenir biológico del ser humano: toda persona ha sido joven alguna vez y toda persona está llamada a envejecer de forma inexorable.

La edad es, por tanto, una característica intrínseca a la persona, siendo además uno de los primeros aspectos que notamos al comunicarnos con otros –junto con su sexo y su raza²–, de ahí que resulte también uno de los principales factores determinantes de actitudes discriminatorias y de la exclusión socio-laboral de un gran número de personas.

Por supuesto, el edadismo puede darse en múltiples ámbitos de la vida de una persona, pero quizás sus repercusiones son especialmente nocivas en el mercado de trabajo, por comprometer en muchas ocasiones la subsistencia o el medio de vida de la persona discriminada.

Así, cuando una persona joven no es contratada para un puesto de trabajo de responsabilidad por razón de su edad, independientemente de su formación o experiencia, o cuando a una persona de 60 o más años se la presume incapaz para desarrollar un puesto de trabajo y se impide que pueda continuar trabajando, se incurre en una conducta discriminatoria por razón de la edad y posiblemente atentatoria de una miríada de derechos consagrados jurídicamente tanto a nivel nacional como internacional.

Pudiera pensarse que este tipo de conductas resultan fácilmente identificables y reciben siempre un claro rechazo moral y jurídico, pero lo cierto es que, en ocasiones, esta tarea no resulta tan sencilla. En primer lugar, debido a que el edadismo no siempre se manifiesta de forma consciente, sino que puede derivar de estereotipos y prejuicios arraigados en una sociedad y asumidos inconscientemente por una persona, dificultando su identificación³. En segundo lugar, porque incluso aunque se logre determinar que una conducta es edadista, múltiples intereses de diversa índole –económicos, de política de empleo, ...– llevan a menudo a justificar este proceder de forma ciertamente cuestionable, dando lugar a una auténtica institucionalización de la discriminación por edad plasmada en el ordenamiento jurídico español y en las decisiones de nuestros órganos

¹ WHO, *Global Report on Ageism*, 2021, p. 2.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, pp. 8-9.

jurisdiccionales.

En consecuencia, en este trabajo se expondrá el marco jurídico nacional e internacional por el que se veda la discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español, para, a continuación, llevar a cabo un análisis de aquellas conductas e institutos jurídicos que, pese a dicho marco normativo, restringen en España la inclusión socio-laboral de las personas por razón de su edad tanto en su acceso al mercado de trabajo como en su permanencia en el mismo. Se pretende, por tanto, exponer la incidencia tanto explícita como implícita que tiene el edadismo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral y en nuestro mercado de trabajo.

No obstante, aunque el edadismo puede dirigirse por igual contra las personas jóvenes y contra las personas mayores⁴, el presente estudio se centrará en la incidencia de este tipo de discriminación exclusivamente en el último colectivo mencionado, debido, de una parte, a los interrogantes jurídicos especialmente interesantes que ofrece en este contexto, y de otra, al gran incremento cuantitativo que la población de mayor edad está llamada a experimentar en nuestro país como consecuencia del acusado aumento de la esperanza de vida en España, el cual, junto con una reducida natalidad, se encuentra redefiniendo la tradicional estructura de nuestra pirámide poblacional.

2. El tratamiento jurídico de la discriminación por razón de edad en el contexto del mercado de trabajo

2.1. Ámbito internacional

En primer lugar, debe advertirse que la tríada de textos normativos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU –esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966 (PDESC)– no contiene la edad como parámetro discriminatorio expresamente mencionado⁵. En concreto, los derechos

⁴ De hecho, la tasa de desempleo de los jóvenes de menos de 25 años ascendió, en el primer trimestre de 2024, al 27,70%, frente al 11,14% del conjunto de la población española de 25 o más años en el mismo periodo, según datos de la última Encuesta de Población Activa (EPA). Vid. INE, [Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma](#), primer trimestre de 2024.

⁵ 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. 102.

contenidos en estos textos son reconocidos a toda persona, sin distinción alguna de «raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (art. 2 DUDH, art. 2.1 PDCP y art. 2.2 PDESC).

Sin embargo, el edadismo queda claramente proscrito, aunque de forma indirecta, al reconocerse los derechos mencionados en estas declaraciones –derecho al trabajo (art. 23 DUDH y art. 6 PDESC), derecho a la seguridad social (art. 22 DUDH y art. 9 PDESC) o derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25 DUDH y art. 11 PDESC) – sin distinción de «cualquier otra condición».

Con todo, resulta llamativa la ausencia de mención expresa a la discriminación por edad en estos instrumentos normativos⁶, lo que podría llevar a pensar que la misma pasó desapercibida por la ONU en la elaboración de los mismos. Esta preocupación ha llevado, de hecho, a la constitución, en el año 2011 y en el marco de la Asamblea General de este organismo, del Open-Ended Working Group on Ageing (OEWGA), el cual tiene como propósito identificar las posibles lagunas o mejoras que pudieran realizarse en el marco normativo internacional de los derechos humanos en relación con las personas mayores⁷.

Por su parte, tampoco resulta posible encontrar una mención expresa a la edad como factor de discriminación en el Convenio OIT n. 111 de 1958⁸, que tan solo considera como discriminatoria cualquier «distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social» (art. 1.1.a), si bien permite a los Estados miembros determinar otros parámetros a tener en cuenta a estos efectos, al establecer también como discriminatoria «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados» (art.1.1.b).

Consciente de no haber introducido la edad en la lista de factores de discriminación del mencionado Convenio, la OIT adoptó en el año 1980 la

⁶ Tampoco se incluye mención alguna, por ejemplo, a la orientación o a la identidad sexual.

⁷ En la [14ª sesión del OEWGA](#), a celebrar en la sede de la ONU en Nueva York los días 20-22 y 24 de mayo de 2024, los Estados e instituciones que integran este grupo de trabajo propondrán un borrador cero de iniciativas que debieran llevarse a cabo en el marco internacional para cubrir estas lagunas.

⁸ Este convenio fue ratificado por España en 1968, diez años después de su adopción por la Conferencia General de la OIT.

Recomendación sobre los trabajadores de edad, clarificando en su punto tercero que «En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación».

En suma, ni la ONU ni la OIT han reflejado expresamente la interdicción de la discriminación por edad en su producción normativa, aunque sí han desarrollado un posterior interés por esta problemática que podría traducirse en una integración de estas lagunas en un futuro.

2.2. **Ámbito europeo**

En línea con lo señalado en relación al marco internacional, en el ámbito del Consejo de Europa tampoco encontramos una mención expresa a la edad como motivo de discriminación. Así, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni la Carta Social Europea –revisada (CSEr)– hacen mención alguna a esta característica como factor discriminatorio, aunque incorporan cláusulas abiertas –«cualquier otra situación», «cualquier otra circunstancia», etc.– por las que debemos entender el edadismo como proscrito.

En concreto, el artículo 14 CEDH prohíbe la discriminación «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», sin mención alguna a la edad. Por su parte, el artículo E (Parte V) CSEr reconoce los derechos de la Carta «sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra circunstancia», obviando también una mención expresa a la edad, aunque reconociendo innovadoramente respecto a los textos mencionados con anterioridad el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social en su artículo 23⁹, instando a los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar que las personas que integran este colectivo sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible.

No encontramos, por tanto, mención al edadismo hasta que nos

⁹ Este derecho ha sido incorporado con la revisión de la Carta Social Europea en 1996, no previéndose en su versión original de 1961.

adentramos en el ámbito de la Unión Europea. De forma innovadora, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000 prohíbe de forma expresa la discriminación por edad, y su artículo 25 reconoce, de forma análoga al artículo 23 CEDH ya mencionado, «el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural»¹⁰.

La línea marcada por el Derecho originario de la Unión es seguida por su Derecho derivado, en el que cabe destacar la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por la que la edad se consagra de forma clara y expresa como un elemento que no debe constituir fundamento de discriminación alguna. Ahora bien, esta norma introduce en su artículo 6.1 un importante matiz a esta prohibición general del edadismo que ha dado lugar a las más controvertidas previsiones normativas y decisiones judiciales: se establece que el trato diferenciado por razón de la edad no constituirá discriminación si se encuentra justificado «objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Se introducen, entonces, como límite al derecho a la igualdad de los trabajadores de mayor –o de menor– edad, un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados de elevada subjetividad, lo que ha resultado en una transposición de estas reglas no del todo satisfactoria en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, así como en una interpretación, en ocasiones, poco garantista y teleológica por parte de los órganos jurisdiccionales de la normativa diseñada para combatir la discriminación por razón de edad¹¹.

2.3. Ámbito nacional

La prohibición de la discriminación por razón de edad encuentra su

¹⁰ Tal y como afirma, M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Igualdad de trato integral para el empleo: coordinadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Laborum, 2024, p. 79, «Está cobrando cada vez más relieve la doctrina del TJUE, que parte de que el derecho a la no discriminación por edad ha alcanzado un rango muy importante en la CEDF, de modo que, la fuerte conexión entre edad y pobreza exige revisar las políticas públicas y abordar los principales problemas en el campo de la Seguridad Social y de la Asistencia Social».

¹¹ J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *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, vol. 27, pp. 50-51.

primer y principal fundamento normativo en el ordenamiento jurídico español en el artículo 14 de la Constitución Española (CE), aunque, nuevamente, este precepto no recoge alusión alguna a la edad como parámetro discriminatorio, sino que la misma debe entenderse subsumida en la mención a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»¹². El mencionado precepto, que consagra la igualdad formal ante la ley, es complementado por el artículo 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva, consagrándose, por tanto, un derecho a la igualdad material en la aplicación del ordenamiento jurídico que resulta coherente, de otro lado, con la proclamación de la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE).

Sin embargo, el derecho a la igualdad no resulta absoluto, sino que puede excepcionarse bajo determinadas circunstancias especiales conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en lo que respecta a las medidas de acción positiva, entendidas como «medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación» (STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º) entre un colectivo mayoritario dominante y un colectivo socialmente desfavorecido. Encuentra por tanto un encuadre constitucional la denominada discriminación inversa, generando un «derecho desigual igualatorio» que ampara tratamientos desiguales ante situaciones sustancialmente idénticas debido a la finalidad constitucionalmente legítima perseguida, no quedando esta conducta proscrita por el artículo 14 CE, que tan solo prohíbe discriminaciones arbitrarias (STC 40/2011, de 31 de marzo, FJ 7º).

Así, una diferencia de trato se encontrará justificada como medida de acción positiva si pretende corregir desigualdades estructurales o históricas sufridas por una minoría social frente a la mayoría, siempre y cuando la medida cumpla con los cuatro requisitos del juicio de ponderación (también llamado juicio de proporcionalidad¹³) que tan frecuentemente realiza nuestro Tribunal Constitucional, esto es, el fin constitucionalmente

¹² Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: «Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto» (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3º).

¹³ L. CHANO REGAÑA, *Ponderación (Tribunal Constitucional español)*, en *Eunomía*, 2022, n. 23, pp. 244-246.

legítimo, la adecuación o idoneidad –capacidad de la medida para alcanzar el objetivo perseguido–, la necesidad –no existencia de una medida menos disruptiva que permita alcanzar el mencionado fin– y la proporcionalidad – los beneficios derivados de la medida deben ser superiores a los perjuicios ocasionados con ella¹⁴–.

Aunque esta construcción argumental fue alumbrada por nuestro Tribunal Constitucional fundamentalmente para justificar diferencias de trato entre hombres y mujeres, lo cierto es que puede el lector encontrar similitudes entre la mencionada doctrina constitucional española y la previsión del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE antes indicada, pues, en definitiva, decir que una diferencia de trato por razón de edad puede quedar justificada atendiendo a su finalidad legítima, su adecuación y su necesidad, no es más que justificar un trato diferenciado como medida de acción positiva para favorecer a una minoría (*v.gr.* permitir la expulsión del mercado de trabajo de trabajadores maduros para facilitar el acceso al empleo del colectivo de personas jóvenes), tomando como referencia tres de los cuatro elementos característicos del juicio de ponderación al que se ha aludido. Sin embargo, la aplicación de este razonamiento implica entrar en un peligroso juego de conceptos jurídicos que deben aplicarse de forma exquisitamente precisa, bajo el riesgo de terminar intercambiando una discriminación por otra.

Una vez enunciado el derecho constitucional a la igualdad como principal obstáculo a la discriminación por razón de edad, resulta conveniente señalar, al menos, tres derechos constitucionales más que pueden justificar la interdicción del edadismo, aunque ya desde la óptica concreta del mercado de trabajo.

El primero de estos es el derecho al trabajo, consagrado en su vertiente individual en el 35.1 CE y en su vertiente colectiva en el artículo 40.1 CE. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este derecho no se agota en la libertad de trabajar, sino que comprende, en su aspecto individual, el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo – si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación–, así como la continuidad o estabilidad en el empleo –es decir, el derecho a no ser

¹⁴ Aunque el Tribunal Constitucional no enuncia de forma expresa estos requisitos en su doctrina relativa a las medidas de acción positiva, parece seguir en su estructura argumentativa la lógica de este juicio de ponderación (por todas, *vid.* STC 13/2009, de 13 de febrero, FJ 11º). Esclarecedora resulta también su STC 63/2011, de 16 de mayo, por la que se afirma que «En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (FJ 3º).

despedidos si no existe una justa causa— (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8º). En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues considera el Alto Tribunal, con toda lógica, que en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población conllevaría la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma (*id.*). En consecuencia, la limitación del acceso al empleo sufrida por una persona por razón de su edad o la expulsión de la misma del mercado de trabajo por idéntico motivo podrían suponer un comportamiento atentatorio del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido a esta.

El segundo derecho que cabe destacar es el relativo a la percepción de prestaciones suficientes y adecuadas del sistema de Seguridad Social por parte de las personas de la tercera edad, el cual se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 41 y 50 CE. Pudiera parecer que estas previsiones constitucionales no guardan relación alguna con el edadismo, pero debe pensarse que la expulsión del mercado de trabajo de las personas trabajadoras maduras empece la cotización de este colectivo, especialmente teniendo en cuenta el elevado desempleo existente entre este grupo poblacional, lo que cuenta con una indudable repercusión en la cuantía de las pensiones de jubilación a las que estas personas tendrán derecho.

Asimismo, el último derecho o principio constitucional que cabría esgrimir frente al edadismo en el mercado de trabajo es el relativo al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 CE. No cabe duda de que limitar la vida laboral de una persona tomando como motivo exclusivo su edad puede tener un importante impacto en la vida socio-económica de la misma, determinando su libre desarrollo y conculcando por tanto este principio constitucional.

En suma, conforme a nuestro marco constitucional, cualquier trato diferencial por razón de edad que desee dispensarse deberá superar un juicio de ponderación en el que se examine de forma pausada la finalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, debiendo tenerse en cuenta en relación a este último requisito de proporcionalidad que los beneficios obtenidos a través de dicho trato diferencial deben confrontarse con la posibilidad de poner en entredicho hasta cuatro derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho de las personas de la tercera edad a prestaciones de la Seguridad Social suficientes y adecuadas, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, si nos adentramos en el estudio de las normas españolas de rango legal que establecen un veto al edadismo, resultan destacables tres

cuerpos normativos. El primero de ellos es el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuyo artículo 4.2.c) establece el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente en el acceso al empleo, o una vez empleados, por razones de edad¹⁵, imponiendo su artículo 17.1 la nulidad de todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de edad. Del mismo modo, es obligada la referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual también prohíbe de forma expresa aquellas conductas discriminatorias que tengan como fundamento la edad de una persona (art. 2.1), aunque exceptuando aquellas que atiendan a un fin legítimo y sean “razonables y objetivas” (art. 2.2), lo que supone una cuasicristalización de la doctrina del Tribunal Constitucional antes referida en una norma de rango legal.

Por último, las anteriores previsiones son complementadas mediante el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), por el que se consideran como infracciones muy graves:

- las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas por razón de edad (art. 8.12 LISOS);
- las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad (art. 10 bis.2.d) LISOS);
- solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación, colocación o selección, o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad (art. 16.1.c) LISOS).

Puede concluirse, por tanto, que en España existe un garantista marco normativo que condena el edadismo y que configura una obligación de neutralidad de trato por razón de edad, siendo la misma el punto de anclaje

¹⁵ Concretamente, el artículo 4.2.c) establece el derecho a no ser discriminado por razón de edad «dentro de los límites marcados por esta ley», lo que parece guardar conexión con el establecimiento de una edad mínima de acceso al trabajo –16 años (art. 6.1 ET)– y con la imposición de la extinción automática del contrato de trabajo por jubilación de la persona trabajadora (art. 49.1.f) ET).

sobre el que debe pivotar cualquier reflexión jurídica que se realice con ocasión de institutos normativos o conductas que instauren diferencias de trato con motivo de este rasgo biológico.

3. La discriminación por razón de edad en el acceso al empleo en España

3.1. Situación actual y causas del problema

Es conocimiento común que las personas trabajadoras de mayor edad encuentran más dificultades a la hora de insertarse o reinsertarse en el mercado de trabajo. Prueba de ello la encontramos en la elevada tasa de desempleo existente en España entre la población de 55 o más años en el primer trimestre de 2024: mientras que la misma se mantiene en torno a un 10,26% de media para la población entre 35 y 54 años, esta asciende al 10,73% para el colectivo de personas de entre 55 y 59 años, y al máximo de 12,13% para las personas entre 60 y 64 años de edad¹⁶.

El estudio de estas tasas desagregado por sexos muestra además que las mismas son mayores entre las mujeres. Así, las tasas de desempleo entre la población masculina de 35 a 54 años son, en promedio, del 8,31%, mientras que entre las mujeres estas alcanzan, por término medio, un 12,41%. Estas tasas aumentan entre la población de 55 a 59 años hasta el 9,13% masculino y el 12,61% femenino, mientras que entre el colectivo de personas de entre 60 y 64 años alcanzan un 10,98% masculino y un 13,42% femenino. De estos datos se deriva que el incremento del desempleo con motivo de la edad afecta en términos similares tanto a mujeres como a hombres, si bien, al contar las primeras con un desempleo estructuralmente más elevado, estas resultan globalmente más perjudicadas por este fenómeno, pues el mismo viene a aumentar todavía más una tasa de paro ya de por sí superior a la masculina.

En consecuencia, aunque el presente trabajo verse exclusivamente acerca de la discriminación por razón de edad, no deben subestimarse los efectos que la interseccionalidad –esto es, la confluencia de múltiples parámetros de discriminación en una misma persona– pueden tener para un individuo, de suerte que será más difícil acceder al mercado de trabajo si se añade al elemento edad la característica sexo (*v.gr.* ser mujer y mayor de 55 años), religión (*v.gr.* ser musulmán y mayor de 55 años), identidad sexual (*v.gr.* ser una persona transexual y mayor de 55 años), clase social (*v.gr.* ser

¹⁶ Según datos de la última EPA (*vid.* INE, *op. cit.*).

misma cuestión.

Tabla 2 – ¿A qué cree que se debe que los/las mayores de 50 años tengan más dificultades que otros colectivos para encontrar trabajo? (respuesta múltiple)

% Total entrevistados	1.200
CONDICIONES LABORALES	66,3%
No se conforman con trabajos precarios	40,4%
Son más reivindicativos, no "tragan" con cualquier condición de trabajo	38,6%
Tienen mucha experiencia y pedirán salarios mayores	33%
APTITUD	55%
Es más difícil que se adapten a un nuevo empleo	28,8%
Están superados por la tecnología, les cuesta adaptarse a las nuevas tecnologías	26,9%
Están peor formados	18,4%
APORTE A LA EMPRESA	34,6%
No transmiten imagen de "modernidad", de "empresa dinámica"	25,7%
Rinden menos que los jóvenes	6,7%
Pueden aportar menos que otros trabajadores/as más jóvenes	5,3%
ACTITUD HACIA EL TRABAJO	9,6%
Están poco motivados	7,7%
Faltan más al trabajo	1,3%
No fomentan un buen ambiente	0,9%

Fuente: C. GABRIEL, D. HERRANZ, [Estudio sobre la percepción de la discriminación por edad en el empleo](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2019, p. 93, Tabla 16

Como puede observarse, el principal motivo que impide el acceso a las personas mayores de 50 años a un empleo –según el citado estudio– reside en las mejores condiciones de trabajo que este colectivo suele reclamar frente a la población más joven, bien sea por su mayor experiencia profesional o por su mayor inconformismo y actitud reivindicativa, por lo que parece que motivaciones de ahorro económico por parte de las empresas se encuentran detrás de estas dificultades de acceso al empleo.

Por otro lado, creencias negativas sobre la aptitud de este colectivo también parecen explicar sus mayores tasas de desempleo, pues su capacidad de adaptación a un nuevo puesto de trabajo o de aprendizaje de nuevas tecnologías es considerada inferior a la de la población más joven, lo que explica también las reticencias empresariales a su contratación¹⁷. Del mismo modo, también se considera que las personas de esta edad se encuentran menos formadas y que no transmiten una imagen de modernidad a la empresa, lo que contrasta con el hecho de que la mayor parte de los encuestados cree que estas personas pueden aportar a la empresa y rinden igual o más que los jóvenes.

De lo anterior parece desprenderse que la discriminación por razón de edad sufrida por las personas mayores en el acceso al empleo se debe, por un lado, a motivos económicos y de ahorro de costes laborales por parte de las empresas, y por otro, a un conjunto de estereotipos y prejuicios (obsolescencia tecnológica, rigidez ante cambios y falta de formación) que limita la contratación de estas personas¹⁸: en términos estrictamente racionales, es considerado más favorable contratar por un reducido salario a una persona joven que, además, aporte una mayor adaptabilidad y el gran conocimiento tecnológico propio de las nuevas generaciones, que a un trabajador más mayor que resulte caro, obsoleto y poco adaptable.

Este cálculo de utilidades, aunque resulte completamente racional, no justifica sin embargo el trato discriminatorio dispensado a estas personas desde el punto de vista jurídico, pues la búsqueda de un ahorro económico —aderezada, por otro lado, de creencias estereotípicas y prejuicios en torno a los trabajadores mayores que pueden no tener un fundamento real en relación a un individuo concreto¹⁹—, no constituye un fin legítimo que permita superar el juicio de ponderación exigido en el marco constitucional y comunitario.

Con todo, aunque contemos con un ordenamiento jurídico garantista que veda este tipo de conductas, debe reconocerse que su efectividad real para prevenir las mismas resulta muy reducida. Así, resulta claro que, si en

¹⁷ Vid. F. VILA TIerno, *La expulsión de los mayores del mercado de trabajo como consecuencia de la brecha digital*, en M.Á. GÓMEZ SALADO, B.M. LÓPEZ INSUA, M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, E. GONZÁLEZ COBALEDA (dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la “sociedad del riesgo”*, Laborum, 2021.

¹⁸ En idéntico sentido, B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2018, n. 1, p. 105.

¹⁹ Es cierto que resulta probable que una persona mayor cuente con un menor conocimiento tecnológico que una persona joven, pero esto no quiere decir que todas las personas mayores sean legas en tecnología o que no puedan suplir esta falta de conocimiento mediante su capacidad de aprendizaje.

un anuncio de empleo se solicita que se abstengan de concurrir aquellas personas de mayor edad, o se requiere abiertamente la edad del solicitante en un proceso de selección, estos extremos resultan acreditables en un posible procedimiento sancionador incoado a partir de una denuncia de la persona perjudicada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por una infracción muy grave del artículo 16.1.c) LISOS. Sin embargo, tal y como se afirmaba al comienzo del presente trabajo, la edad constituye un rasgo biológico fácilmente identificable por terceros, por lo que, en caso de que una persona sea discriminada por razón de edad sin que existan estos indicios reveladores de discriminación, resultaría ciertamente difícil probar los elementos objetivos y subjetivos del tipo de la sanción (arts. 27 y 28 Ley 40/2015²⁰) o el trato arbitrario exigido para anular la decisión empresarial (art. 17 ET).

En consecuencia, parece que la principal solución para reducir el edadismo en el acceso al empleo se encuentra en el fomento de políticas activas de empleo que, por un lado, otorguen incentivos a la contratación del colectivo de personas de 55 o más años, y por otro, posibilite la formación continuada de las mismas²¹ –especialmente en lo que a nuevas tecnologías se refiere–.

3.2. ¿Constituye el establecimiento de una edad máxima de acceso a una profesión una discriminación por razón de edad?

A la luz del marco normativo ya expuesto, debe partirse de la regla general de que no resulta posible limitar el acceso al empleo de una persona con base en su edad, salvo que exista una justificación constitucionalmente legítima que permita dicha diferencia de trato, la cual debe a su vez ser adecuada, necesaria y proporcionada.

En el ámbito del sector público, cabe preguntarse entonces si el artículo 56.1.c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en el que se establece como requisito para poder participar en los procesos selectivos para el acceso a un empleo público no exceder de la edad máxima de jubilación forzosa –que asciende a los 65 años en el caso del personal funcionario (art. 67.3 en relación al artículo 7 EBEP) –, pudiera contener una discriminación por razón de edad, máxime cuando se

²⁰ Ley 40/2015, de 1º de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²¹ En este sentido, *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2023, n. 7, p. 13.

específica en el mismo precepto que, mediante disposición de rango legal, se podrá establecer una edad incluso inferior para el acceso al empleo público.

La respuesta a esta cuestión se encuentra inexorablemente vinculada a la realización del mismo juicio jurídico en relación a la jubilación forzosa: si se considera la misma ajustada a derecho, también lo será esta limitación, y viceversa. En este punto, debe adelantarse que no considero legítimo el establecimiento de una edad límite para el desempeño de un trabajo, motivo por el que, en coherencia lógica, tampoco atribuimos este carácter a la imposición de una edad límite de acceso al empleo, aunque las razones que llevan a esta afirmación –vinculadas a la no superación del juicio de ponderación al que se ha aludido– serán desarrolladas más adelante.

No obstante, no resulta difícil pensar en ciertas profesiones que, por la resistencia física requerida en su desempeño, quizás no podrían ser desempeñadas de forma segura por personas de mayor edad (*v.gr.* policía, bombero, ejército, etc.). En estos supuestos, y siempre de forma excepcional, sí podría afirmarse que el establecimiento de una edad máxima de acceso a estos empleos adquiere una especial justificación, al perseguir un fin legítimo –el desempeño de las funciones encomendadas en condiciones de seguridad tanto para la persona trabajadora como para terceros–, aunque siempre que se cumplan dos requisitos: que esta limitación resulte racionalmente vinculada a una profesión que lo requiera –pues de lo contrario decaería la finalidad legítima perseguida– y que la edad límite impuesta, como medida adecuada y necesaria para perseguir dicha finalidad, resulte proporcionada.

Los conceptos jurídicos indeterminados que entran en juego en el análisis de esta cuestión han dado lugar a una variada doctrina judicial, que ha tratado de establecer la fina línea a partir de la cual un límite de edad para el acceso al empleo pasa, de ser justificado, a ser discriminatorio.

Discriminación por razón de edad al no encontrarse la medida justificada en cuanto a la profesión para la que es impuesta

El primer requisito que debe satisfacer una diferencia de trato por razón de edad para no resultar discriminatoria es su finalidad legítima. Atendiendo a nuestro marco constitucional, considero que tan solo resultaría legítima aquella limitación máxima de edad para el acceso al empleo que venga justificada por razones de seguridad relacionadas con la concreta profesión para la que se imponga, pues esta es la única finalidad que, a la postre, permitiría superar el requisito de proporcionalidad, esto es, de la que podrían obtenerse mayores beneficios que perjuicios se derivan

de la afectación del derecho a la igualdad y al trabajo de la persona mayor objeto del trato diferenciado.

Esta línea argumental parece dependerse de nuestra jurisprudencia constitucional. Así, la STC 37/2004, de 11 de marzo, consideró discriminatoria la imposición de una edad máxima para el acceso a la función pública local, establecida en aquella edad en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa, puesto que «puede ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contenga exigencias específicas de edad derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir. Pero tal posibilidad no opera cuando, como es aquí el caso, la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales» (FJ 6º).

Del mismo modo, la STC 41/2015, de 2 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del establecimiento, por parte de la normativa de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares²², de un límite máximo de 65 años para concurrir al concurso público para el otorgamiento de autorizaciones de creación e instalación de nuevas oficinas de farmacia, al afirmar que «La prohibición contemplada por el precepto cuestionado ni está justificada por la dificultad objetiva para prestar el servicio o para adaptarse a las necesidades de la población, ni por ser una medida de acción positiva dirigida a favorecer a los integrantes de un colectivo desfavorecido, ni por servir a las exigencias de la planificación y organización del servicio, ni, finalmente, por la necesidad de evitar eventuales tensiones especulativas» (STC 41/2015, FJ 4º).

Sin embargo, aunque esta parezca ser la línea seguida actualmente por nuestro Tribunal Constitucional, debe indicarse que en el pasado han sido cuestionablemente admitidas como legítimas ciertas finalidades de las que resultaría complicado predicar su legitimidad constitucional y que difícilmente podrían amparar la proporcionalidad de la medida²³.

²² Como ya hicieron la SSTC 63/2011, de 16 de mayo (en relación a Castilla-La Mancha); 79/2011, de 6 de junio (en Galicia); 117/2011, de 4 de julio (en Aragón); 161/2011, de 19 de octubre (en Extremadura) y 78/2012, de 16 de abril (en País Vasco) respecto a idéntico requisito impuesto por la normativa de estas Comunidades Autónomas.

²³ En concreto, la STC 75/1983, de 3 de agosto, consideró no discriminatoria la exigencia de un límite máximo de edad de 60 años para ejercer como interventor en el Ayuntamiento de Barcelona, tomando como finalidad legítima la necesidad de una mínima permanencia en el puesto de trabajo para que la persona trabajadora pueda conocer las peculiaridades del organismo público y desempeñar el trabajo de forma eficiente; y la STS –social– de 27 de diciembre de 1999 (rec. 1959/1999) estimó justificada la imposición de un límite máximo de edad de 25 años por parte de la aerolínea IBERIA S.A. para cubrir necesidades temporales de contratación de tripulantes de cabina de pasajeros, aceptando como finalidad legítima el deseo empresarial de rejuvenecer la plantilla.

Discriminación por razón de edad al no resultar la medida proporcionada

Incluso aunque la limitación máxima de la edad de acceso a un empleo pueda vincularse a una finalidad legítima en atención a la concreta profesión para la que se impone (*v.gr.* cuerpos de policía), esta diferencia de trato resultará discriminatoria en tanto no sea, además, proporcionada (*v.gr.* establecimiento de una edad máxima tan reducida que pueda ser considerada arbitraria).

En este sentido, las SSTS –contencioso– de 31 de enero y de 28 de junio de 2006 (rec. 2202/2000 y 846/2000) confirmaron la anulación de un límite máximo de 40 años para el acceso al Cuerpo de Mossos d’Esquadra con la categoría de Inspector, por no encontrarse el mismo lo suficientemente justificado. Del mismo modo, la STS –contencioso– de 21 de marzo de 2011 (rec. 184/2008) también estimó injustificado el establecimiento de un límite de edad de 30 años para el ingreso en la escala ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía con la categoría de inspector.

Por tanto, parece que las edades de 30 o 40 años resultan excesivamente reducidas como para servir de límite máximo para el acceso a esta profesión. Sin embargo, de forma quizás contradictoria con su anterior jurisprudencia, la reciente STS 335/2023, de 15 de marzo (rec. 1702/2022) no ha considerado discriminatoria la imposición de una edad máxima de 38 años para el ingreso en la categoría de agente de la escala básica de la Policía autonómica de País Vasco –Ertzaintza–.

Como puede observarse, aunque se coincida en que resulta legítimo establecer un límite máximo de edad para el acceso a este tipo de profesiones, la vaguedad de los conceptos jurídicos que integran el juicio de ponderación lo convierten en una construcción argumentativa generadora de una gran inseguridad jurídica.

4. La discriminación por razón de edad en el mantenimiento del empleo en España

La edad, a diferencia de muchos otros factores biológicos, no resulta innata, sino que constituye una característica dinámica que es adquirida con el tiempo. De ahí que el colectivo de personas mayores, como grupo objeto de una especial protección socio-laboral, se encuentre siempre en continuo cambio: a medida que las personas jóvenes envejecen, se irán incorporando a este colectivo. Por tanto, es posible que una persona no haya sufrido discriminación por razón de edad en el acceso a su empleo por

haber sido empleado a una edad joven, pero ello no obsta a que dicho individuo sea objeto de edadismo en su entorno laboral a medida que adquiera una cierta edad.

Así, con carácter general, el legislador español considera que una persona de cierta edad no resulta apta —o, por lo menos, no tan apta como una persona joven—, para el desempeño de un puesto de trabajo, bien sea por la pérdida de facultades físico-cognitivas (asociando estereotípicamente vejez e incapacidad) o por la imposición paternalista de una obligación de descanso durante la tercera edad, al margen de la voluntad de la persona. Prueba de ello la encontramos en la consideración de la jubilación de la persona trabajadora como una circunstancia que, de forma automática, extingue el contrato de trabajo (art. 49.1.f) ET), lo que se encuentra íntimamente vinculado con la tradicional incompatibilidad entre pensión y trabajo —la cual contrasta con otros países de nuestro entorno²⁴, habiendo sido flexibilizada tan solo en cierta medida en los últimos años—.

Esta visión no solo puede resultar discriminatoria para las personas de mayor edad, sino que, además, se muestra ineficiente en el actual contexto de envejecimiento poblacional en el que vivimos, y es altamente contradictoria con el fomento de la jubilación activa que las recientes reformas legislativas han desplegado para dotar de una mayor sostenibilidad a nuestro sistema público de pensiones. Si la prolongación de la vida laboral de la persona constituye un objetivo de política pública, la expulsión de los “trabajadores maduros” del mercado de trabajo debiera ser censurada por nuestros órganos jurisdiccionales y desprovista de todo apoyo normativo.

Sin embargo, son numerosos los ejemplos que pueden enunciarse en los que esta máxima no se cumple²⁵, tal y como se expondrá a continuación.

4.1. La edad como criterio de selección en los despidos colectivos

De forma ciertamente sorprendente, la utilización de la edad como criterio de selección de las personas que serán objeto de un despido colectivo *ex* artículo 51 ET ha sido validada por nuestro Tribunal

²⁴ Desde el 1º de enero de 2023, en Alemania los ingresos del trabajo son completamente compatibles con la pensión de jubilación: DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, *Die richtige Altersrente für Sie*, 2024, n. 19, p. 6. Del mismo modo, Francia cuenta con una regulación de la compatibilidad entre pensión y trabajo más ventajosa que la española: R. ESTEBAN LEGARRETA, I. DESBARATS, *Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?*, en *Documentación Laboral*, 2017, n. 112, pp. 182-184.

²⁵ Muy crítica se muestra al respecto también B.M. LÓPEZ INSUA, *op. cit.*, pp. 78-79.

Constitucional, dada la mayor protección social que es brindada a los mayores de 55 años. En concreto, la STC 66/2015, de 13 de abril, estima que «la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral» (FJ 6º) –en concreto, alude la referida sentencia a la obligación impuesta a aquellas empresas que no se encuentren en situación de concurso de suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con las personas trabajadoras de 55 o más años que sean objeto de un despido colectivo (art. 51.9 ET) –.

No obstante, resulta necesario ser críticos con esta argumentación, ya que la misma difícilmente ampara la expulsión del mercado de trabajo de las personas de mayor edad, y ello por dos motivos²⁶. El primero reside en la interpretación teleológica de la norma, pues resulta claro que, si en nuestro ordenamiento jurídico-laboral se han introducido medidas de protección de las personas mayores de 55 años, ello ha sido para paliar los perjuicios que se derivan de su más frecuente expulsión del mercado laboral, y no para, precisamente, justificar dicha expulsión (esto resulta un sinsentido).

El segundo descansa en el juicio de ponderación que, en su mayor medida, omite el tribunal en la precitada resolución, pues se limita a afirmar que la medida resulta “adecuada y proporcionada”, sin detenerse a realizar un análisis pormenorizado y conceptualmente dividido en los cuatro elementos integrantes del referido juicio de ponderación: finalidad legítima, adecuación, necesidad y proporcionalidad. En este sentido, cabría preguntarse, si se afirma que dicho criterio de selección resulta adecuado y necesario, en relación a qué fin constitucionalmente legítimo se predicen estas cualidades. Parece desprenderse de la precitada resolución que se toma como fin el evitar a las personas más jóvenes los perjuicios derivados del paso a la situación de desempleo, pero aun considerando el mismo como legítimo, difícilmente cabría afirmar que la medida resulta proporcionada: ¿acaso los perjuicios sufridos por una persona mayor de 55 años en

²⁶ Igual de criticables resultan tanto la STS de 12 de septiembre de 1989 como la reciente STS 62/2023, de 24 de enero (rec. 2785/2021), por las que se considera justificado el abono de una menor indemnización en el contexto de un despido colectivo a los mayores de 57 años y a las personas de 60 o más años, respectivamente, al considerar que «a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión» (FJ 4º STS 62/2023).

situación de desempleo son menores a los soportados por una persona más joven?

Es cierto que las personas mayores de esta edad pueden acogerse al referido convenio especial, pero ello tan solo permite mantener la carrera de cotización de la persona, que se verá privada de su salario, y, por tanto, de su medio de vida. A mayor abundamiento, el pago de las cotizaciones vinculadas a dicho convenio especial dejará de ser de cargo del empresario en el momento en el que la persona trabajadora cumpla la edad de 63 años –61 años en caso de despido por causas económicas– (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003²⁷), debiendo ésta a partir de entonces afrontar dicho pago en solitario –salvo que encuentre otro empleo–.

Además, las posibilidades de reinserción laboral de este colectivo resultan muy inferiores (como demuestra su mayor tasa de paro), frente a las mayores probabilidades de encontrar un empleo que tendría una persona más joven. Finalmente, a la lista de perjuicios ocasionados por la aceptación de la edad como un criterio de selección válido, debe añadirse –desde el plano jurídico– la afectación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), al trabajo (art. 35 CE) y a construir una carrera de cotización por parte de las personas afectadas que les permita disfrutar de una pensión adecuada y suficiente durante la tercera edad (arts. 41 y 50 CE). Por tanto, no resulta en absoluto claro que los perjuicios derivados de tomar la mayor edad como criterio de selección en caso de despido colectivo resulten inferiores a los beneficios logrados con esta medida, sino que más bien podría argumentarse lo contrario.

Cabe mencionar, por otro lado, el “efecto llamada” que presenta la validación de este criterio seleccionador, pues permite que todas las empresas que así lo deseen puedan rejuvenecer sus plantillas a fin de ahorrarse los mayores costes laborales asociados a los trabajadores seniors y derivados de su mayor antigüedad y experiencia. Nos referimos con esto a las conocidas prejubilaciones²⁸, entendidas como aquella práctica

²⁷ Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

²⁸ Estas no deben ser confundidas con la jubilación anticipada, la cual constituye una modalidad de acceso a la pensión contributiva de jubilación prevista en nuestro Derecho de la Seguridad Social por la que, de cumplirse ciertos requisitos establecidos legalmente, puede causarse dicha prestación aun no habiendo cumplido el beneficiario la edad ordinaria de jubilación, aunque sufriendo una penalización por ello (arts. 207 a 208 LGSS). Debe tenerse en cuenta, en consecuencia, que la “jubilación anticipada” prevista en los arts. 206 y 206 bis LGSS realmente no es tal, pues estos no constituyen supuestos de anticipación de la edad ordinaria, sino el establecimiento de una nueva edad ordinaria más reducida en atención a las circunstancias de la persona, sin sufrir menoscabo alguno en la cuantía de la pensión por ello. En idéntico sentido *vid.* N. MALDONADO MOLINA, [Las](#)

empresarial por medio de la cual, tomando como base motivos de ahorro económico, se procede al despido –normalmente– colectivo de trabajadores de mayor edad de la plantilla a cambio de garantizarles tanto el mantenimiento de su cotización a la Seguridad Social como un porcentaje de su salario (*v.gr.* el 60 o el 70%).

Dichas prejubilaciones, lejos de ser vistas como una práctica discriminatoria por razón de edad, constituyen un recurso común en algunas grandes empresas que, además, hasta hace poco era empleado a costa de las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social: en primer lugar, porque los efectos del convenio especial suscrito tan solo comienzan cuando se extingue el derecho al cobro de la prestación por desempleo (DA 13^a.1 LGSS²⁹), periodo que puede abarcar hasta dos años durante los cuales será el Servicio Estatal Público de Empleo (SEPE) quien asuma el importe de la cotización patronal; y en segundo lugar, porque de las cotizaciones a abonar por la empresa una vez iniciados los efectos del convenio especial pueden deducirse las que pudiera realizar el SEPE en caso de tener derecho la persona despedida a percibir el subsidio por desempleo (DA 13^a.2 LGSS).

No obstante, para mitigar el gasto público asociado a esta práctica empresarial, se introdujo desde el año 2012 la obligación por parte de las grandes empresas que cuenten con beneficios económicos y realicen despidos colectivos que afecten a personas de 50 o más años de realizar una aportación al Tesoro Público para contribuir al sostenimiento del mismo (art. 51.11 ET)³⁰. Empero, la introducción de esta previsión normativa supone, en definitiva, una aceptación institucional de esta práctica, pues acepta con resignación su existencia, limitándose tan solo a reducir sus efectos negativos para el erario público.

Puede afirmarse, en consecuencia, que en España se ha impuesto una suerte de institucionalización del edadismo que no ha sido frenada ni por el legislador ni por nuestros órganos jurisdiccionales³¹, impidiendo por tanto

jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 467, pp. 174-175.

²⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³⁰ Esta obligación se encuentra desarrollada en la disposición adicional 16^a de la Ley 27/2011, de 1^o de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

³¹ En este sentido, afirman A. DÍAZ-TENDERO, F. FLORES GIMÉNEZ, *El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Fundación HelpAge International España, 2023, p. 25, que «El Tribunal Constitucional no parece haber aplicado un canon muy estricto de constitucionalidad en la exigencia de justificación de las diferenciaciones

los beneficios que podrían derivarse de la retención del talento senior en nuestro mercado laboral, de un lado, para la formación de las personas más jóvenes por parte de aquellos trabajadores con mayor experiencia, y de otro, para la deteriorada sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones ante el acusado incremento de la esperanza de vida y la próxima jubilación de las cohortes del *baby boom*.

4.2. La jubilación forzosa como institucionalización del edadismo

La evolución normativa de la jubilación forzosa en España constituye una historia de constantes idas y venidas debido al carácter altamente controvertido de esta figura jurídica, motivado, posiblemente, porque su reconocimiento colisiona frontalmente con un principio nuclear de la jubilación: su voluntariedad³².

En efecto, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores introdujo un límite máximo de edad a la capacidad de trabajar, que sería fijado por el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo –no pudiendo exceder de los 69 años, salvo que no se reuniese la carencia necesaria para el acceso a la jubilación–, permitiendo asimismo pactar libremente edades máximas mediante la negociación colectiva (DA 5ª). Sin embargo, la interpretación de esta previsión normativa como una presunción *iuris et de iure* de incapacidad para trabajar, que determinaba de forma directa e incondicionada la extinción del contrato de trabajo³³, fue declarada inconstitucional por la STC 22/1981, de 2 de julio, al considerarse discriminatoria por razón de edad, lo cual no obsta, según la referida resolución, a que la jubilación forzosa pueda ser empleada como política de empleo, siempre que se garantice que, con dicha limitación, se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro –por lo que en ningún caso podría esta suponer la amortización de puestos de trabajo–.

Así, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se

basadas en la edad mayor, por lo que al hablar de esta puede decirse que, al menos por ahora, es una categoría sospechosa de discriminación, pero si la comparamos con la raza, el sexo o la religión, es claramente débil».

³² En idéntico sentido, J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *op. cit.*, p. 66; J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, n. 18, p. 23; A. MUROS POLO, *op. cit.*, p. 92.

³³ S. PERÁN QUESADA, [El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa](#), en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2022, vol. 27, p. 97.

aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores incorporó la precitada previsión normativa en su disposición adicional décima, aunque determinando su necesaria aplicación como instrumento de política de empleo conforme a la mencionada interpretación del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo (posteriormente convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio), derogó dicha disposición adicional, pasando la jubilación forzosa a encontrarse en una situación alegal o de no regulación, silencio que fue interpretado por el Tribunal Supremo, no obstante, como una prohibición para los convenios colectivos de incorporar este tipo de cláusulas –si bien ello no afectaría a las que se encontrasen ya vigentes en la fecha de la derogación de la referida disposición adicional– (STS, 4º, de 9 de marzo de 2004, rec. 2319/2003).

Nuevamente, la Ley 14/2005, de 1º de julio, introdujo la disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores, aunque permitiendo la jubilación forzosa exclusivamente si se pacta por convenio colectivo, y vinculándola tanto a objetivos coherentes de política de empleo – expresados en el convenio–, como al cumplimiento de la carencia exigida para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva por parte de la persona trabajadora, incorporándose mediante la Ley 27/2011, de 1º de agosto, el requisito de que la carrera de cotización de la persona afectada le posibilite cobrar al menos el 80% de la base reguladora de la pensión.

Con todo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, modificó la disposición adicional décima, imponiendo expresamente la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos en los que se prevea la jubilación forzosa con motivo del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación – prohibición que se mantuvo en el actual ET de 2015–. No fue hasta el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, cuando se introdujo nuevamente la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas, aunque exigiendo que la persona trabajadora afectada pudiese cobrar el 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva, requisito que se mantuvo con la última reforma que ha sido realizada de la precitada disposición adicional por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, por la que se introducen tres importantes novedades:

- se adopta la jubilación forzosa como un instrumento de prolongación de la vida laboral, al requerir que la persona afectada por la misma haya cumplido al menos los 68 años (esto es, un año más de la edad ordinaria, establecida en 67 años para el año 2027 si no se cuenta con 38 años y 6 meses cotizados);
- la medida debe vincularse, como objetivo de política de empleo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo

- completo de, al menos, una nueva persona trabajadora;
- se establece un régimen especial para el caso de que la jubilación forzosa sea empleada con perspectiva de género, a fin de incentivar la presencia de mujeres en aquellos sectores de actividad en los que la tasa de ocupación femenina sea inferior al 20% sobre el total de personas trabajadoras, en cuyo caso podrá reducirse la edad máxima establecida de los 68 años a la edad ordinaria de jubilación. En este supuesto, la persona a la que se contrate en cumplimiento del requisito antes mencionado deberá ser una mujer (si bien, no requiere el precepto que la persona afectada por la jubilación forzosa sea necesariamente un hombre, lo cual resulta criticable).

Puede afirmarse, en consecuencia, que el régimen de la jubilación forzosa actual en España ha sufrido numerosos vaivenes que demuestran la falta de consenso en torno a la figura. En la actualidad, parece haberse impuesto su admisión por parte de la jurisprudencia constitucional y comunitaria³⁴ sobre la base de su utilización como medida de política de empleo: se toma la potenciación del relevo generacional como fin legítimo justificativo de esta figura jurídica. Sin embargo, aunque pueda reconocerse tal fin como legítimo, cabría preguntarse si esta medida supera realmente el juicio de ponderación, esto es, si es adecuada, necesaria y, sobre todo, proporcionada –en el mismo sentido antes expuesto en relación al empleo de la edad como criterio de selección en el marco de despidos colectivos–.

Es cierto que, tal y como se encuentra actualmente regulada, la jubilación forzosa en España se encuentra vinculada necesariamente a la prolongación durante al menos un año de la vida laboral de la persona y a la contratación de un nuevo trabajador de forma indefinida y a tiempo completo. Sin embargo, esta medida genera importantes perjuicios que no quedan mitigados por el hecho de que la persona afectada pueda cobrar el 100% de la pensión de jubilación contributiva que le corresponda. En concreto, no debe olvidarse que obligar a una persona a jubilarse supone vulnerar su derecho a la igualdad (art. 14 CE), su derecho al trabajo (art. 35 CE), su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), priva a la persona de disfrutar libremente de los beneficios actualmente asociados a la demora de la jubilación (art. 210.2 LGSS), no resulta coherente con los incentivos a la prolongación de la vida laboral que han sido implementados por el legislador a fin de reforzar la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones, y contribuye a la perpetuación de estereotipos y prejuicios relacionados con la edad, al permitir la expulsión del mercado de trabajo de

³⁴ Tal y como se declara en las SSTJUE 16 octubre 2007, asunto C-411/05, *Palacios de la Villa*, y 12 octubre 2010, asunto C-45/09, *Rosenblatt*.

las personas de 68 o más años sin tener en consideración las condiciones psicofísicas del concreto individuo afectado y abocando a estas personas a la inactividad de forma repentina (lo que puede llegar a tener una repercusión en la salud mental de la persona, ante el sentimiento de no ser útil para la sociedad).

Con más motivo cabría criticar, además, la regulación de la jubilación forzosa en el sector público (art. 67.3 en relación al artículo 7 EBEP), al ser la edad máxima establecida inferior a la prevista en el ET –descendiendo hasta los 65 años para los funcionarios, salvo colectivos especiales–, no exigirse que la persona afectada pueda acceder al 100% de la pensión de jubilación y no prevenirse la amortización del puesto de trabajo.

No resulta en absoluto claro, entonces, que la figura de la jubilación forzosa –más allá de su establecimiento para ciertas profesiones por razones de seguridad, lo cual podría quedar justificado en sentido análogo a lo expuesto en relación a la imposición de una edad máxima de acceso a ciertos empleos– no constituya una institucionalización del edadismo en el ordenamiento jurídico español, al privar a la persona de la personalísima capacidad de decidir sobre su retiro.

Cabría preguntarse entonces si, en el afán legislativo y judicial por fomentar la incorporación de la población joven al mercado laboral empleando la jubilación forzosa como medida de acción positiva, no se está, de hecho, intercambiando una discriminación por otra.

5. Conclusión

La edad constituye un rasgo biológico inherente a la persona que se encuentra en continuo cambio: todos hemos sido jóvenes en algún momento, y todos estamos llamados a envejecer a medida que transcurre el tiempo. No obstante, los estereotipos y prejuicios asociados a la edad generan en muchas ocasiones un trato discriminatorio hacia las personas mayores que resulta incluso más nocivo en caso de darse en el ámbito laboral.

Aunque actualmente contamos con un marco normativo internacional, europeo y español que censura la discriminación por razón de edad, lo cierto es que esta práctica sigue dándose en el mercado laboral español tanto en el acceso como en el mantenimiento del empleo. Estas conductas y actitudes se dan, en ocasiones, de forma encubierta, y en otras, con la completa anuencia del legislador y de la doctrina jurisprudencial – establecimiento de edades máximas de acceso a una profesión, jubilación forzosa, edad como criterio de selección en despidos colectivos, etc.– sobre

la base de justificaciones que no suelen tomar en consideración la totalidad de perjuicios causados a la persona de mayor edad, lo cual genera una suerte de institucionalización del edadismo en nuestro país.

La incorporación y permanencia de las personas trabajadoras de 55 o más años en el mercado de trabajo habría de ser defendida sin limitación alguna más allá de la que pudiera derivarse de su propio retiro voluntario (con la única excepción de aquellas profesiones que requieran de una adecuada condición física para su desempeño en condiciones de seguridad propia y de terceros). Ello se afirma, no solo sobre la base de motivos jurídicos —que, sin duda, no faltan—, sino también en atención a argumentos económicos, en pro de la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones y de la retención del talento senior como mano de obra experimentada y capaz de formar a las generaciones más jóvenes; morales e, incluso, de salud pública, pues el abrupto abandono del mercado laboral puede ocasionar una gran distorsión en la vida de las personas de mayor edad —que cada vez constituirán una proporción mayor de nuestra población ante el envejecimiento demográfico—, causando un deterioro de sus funciones cognitivas³⁵, un sentimiento de inutilidad y un mayor aislamiento social³⁶.

En suma, en una sociedad cada vez más avanzada en términos de igualdad de género, resultaría necesario también incorporar una mayor consciencia en relación a otro tipo de discriminaciones que no debieran pasar desapercibidas, sino que habrían de combatirse por medio de la atenta observación, identificación y comprensión de las dificultades de estos otros colectivos: el edadismo es una de ellas.

6. Bibliografía

CHANO REGAÑA L. (2022), *Ponderación (Tribunal Constitucional español)*, en *Eunomía*,

³⁵ La jubilación puede deteriorar significativamente la memoria verbal de la persona, tal y como se acredita en B. XUE, D. CADAR, M. FLEISCHMANN, S. STANSFELD ET AL., *Effect of retirement on cognitive function: the Whitehall II cohort study*, en *European Journal of Epidemiology*, 2018, vol. 33, n. 10, pp. 989-1001. En este sentido, véase también C. DUFOUIL, E. PEREIRA, G. CHÈNE, M.M. GLYMOUR ET AL., *Older age at retirement is associated with decreased risk of dementia*, *ibidem*, 2014, vol. 29, n. 5, pp. 353-361, en el que los autores sostienen que, por cada año de demora de la jubilación, se reduce el riesgo de sufrir demencia (lo que confirma el principio de neuroplasticidad “*use it or lose it*” —úsalo o piérdelo—, por el que se defiende que los circuitos neuronales que no son activamente empleados tienden a deteriorarse con el tiempo).

³⁶ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, MEDICINE, *Social Isolation and Loneliness in Older Adults: Opportunities for the Health Care System*, National Academies Press, 2020.

- n. 23, pp. 241-253
- DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG (2024), [Die richtige Altersrente für Sie](#), n. 19
- DÍAZ-TENDERO A., FLORES GIMÉNEZ F. (2023), [El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional](#), Fundación HelpAge International España
- DUFOUIL C., PEREIRA E., CHÈNE G., GLYMOUR M.M. ET AL. (2014), [Older age at retirement is associated with decreased risk of dementia](#), en *European Journal of Epidemiology*, vol. 29, n. 5, pp. 353-361
- ESTEBAN LEGARRETA R., DESBARATS I. (2017), [Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?](#), en *Documentación Laboral*, n. 112, pp. 163-187
- EUROPEAN COMMISSION (2023), [Discrimination in the European Union](#), en [europa.eu/eurobarometer](#), 1º diciembre, 2972/SP535
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M. (2024), *Igualdad de trato integral para el empleo: coordenadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Laborum
- GABRIEL C., HERRANZ D. (2019), [Estudio sobre la percepción de la discriminación por edad en el empleo](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades
- INE (2024), [Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma](#)
- LÓPEZ INSUA B.M. (2018), [La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones](#), en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 1, pp. 74-109
- MALDONADO MOLINA N. (2022), [Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 467, pp. 149-188
- MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (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*, vol. 27, pp. 45-71
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2023), [La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 7, pp. 11-33
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2019), [Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 18, pp. 13-25
- 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

- NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, MEDICINE (2020), [*Social Isolation and Loneliness in Older Adults: Opportunities for the Health Care System*](#), National Academies Press
- PERÁN QUESADA S. (2022), [*El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa*](#), en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, pp. 95-110
- VILA TIerno F. (2021), *La expulsión de los mayores del mercado de trabajo como consecuencia de la brecha digital*, en M.Á. GÓMEZ SALADO, B.M. LÓPEZ INSUA, M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, E. GONZÁLEZ COBALEDA (dirs.), [*Las pensiones ante los retos que plantea la “sociedad del riesgo”*](#), Laborum
- WHO (2021), [*Global Report on Ageism*](#)
- XUE B., CADAR D., FLEISCHMANN M., STANSFELD S., CARR E., KIVIMÄKI M., MCMUNN A., HEAD J. (2018), [*Effect of retirement on cognitive function: the Whitehall II cohort study*](#), en *European Journal of Epidemiology*, vol. 33, n. 10, pp. 989-1001

La doble brecha en el mercado de trabajo: la discriminación laboral de la mujer con discapacidad*

Aída CABELLO ROLDÁN**

RESUMEN: La discriminación y la desigualdad por razón de género en el ámbito laboral son problemáticas arraigadas tradicionalmente que afectan sobre todo a las mujeres y, de manera más severa, a aquellas que tienen reconocida una discapacidad. En ese sentido, el mercado de trabajo presenta asimetrías que perjudican a determinados colectivos que, por sus características inherentes, son considerados más vulnerables, por lo que una menor participación en el mismo, mayores dificultades de permanencia o ascenso y condiciones precarias asociadas a los puestos que ocupan (como la parcialidad, temporalidad o escasa retribución) provocan discriminaciones que no solo tienen repercusiones presentes, sino también futuras, por ejemplo, en relación con el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Por ende, es evidente la existencia de una brecha de género y una situación de discriminación múltiple en la participación en el mercado de trabajo, por lo que debemos buscar medidas para mejorar la situación laboral de estos colectivos.

Palabras clave: Discriminación, mujeres, mercado de trabajo, personas con discapacidad, desigualdad, género.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La discriminación y la desigualdad por razón de género: especial mención al ámbito laboral. 2.1. El concepto y los tipos de discriminación. 2.2. La discriminación de la mujer con discapacidad en el empleo. 3. El acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad: una comparación entre géneros. 3.1. La preocupante tasa de actividad de la mujer con discapacidad. 3.2. El bajo nivel formativo de las personas con discapacidad: las incongruencias de género. 3.3. La realidad de la obligación legal de la

* Este artículo ha sido desarrollado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 *La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; Proyecto de Investigación perteneciente al II Plan Propio de Investigación de la Universidad de Málaga (España) *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031). Asimismo, se encuentra enmarcado en una estancia de investigación en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España), durante el periodo noviembre 2023-febrero 2024.

** Becaria de investigación en el marco del II Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).



contratación de personas con discapacidad como medida de acción positiva. 4. Reflexiones finales: ¿cómo mejorar la situación laboral de la mujer con discapacidad? 5. Bibliografía.

The Double Gap in the Labour Market: Employment Discrimination Against Women with Disabilities

ABSTRACT: Discrimination and inequality based on gender in the labour sphere are problems ingrained traditionally in our society that especially affect women and, in a more severely way, those who have a recognized disability. In this sense, the labour market presents some asymmetries that harm certain groups of people that, due to their inherent characteristics, are considered more vulnerable, resulting in lower participation in it, greater difficulties in permanence or promotion and precarious conditions associated with the job they occupy (such as partiality, temporality or low remuneration) cause discriminations that not only have present repercussions, but also future ones, for example, in relation to the benefits of the Social Security system. Therefore, the existence of a gender gap and a situation of multiple discrimination in participation in the Spanish labour market is evident, so we must seek measures to improve the employment situation of these groups.

Key Words: Discrimination, women, labour market, people with disabilities, inequality, gender.

1. Introducción

El mercado laboral presenta, indudablemente, asimetrías que se manifiestan en situaciones de discriminación que afectan a colectivos muy diversos que se consideran más vulnerables, lo cual incrementa sus dificultades en las oportunidades laborales, acceso, permanencia y promoción.

Estas discriminaciones no solo perpetúan la desigualdad económica, sino que también limitan el potencial de innovación y diversidad en las empresas, por lo que no solamente tiene una afectación individual sino general en la sociedad, creando desequilibrios sociales en todos los ámbitos.

En concreto, la discriminación en el mercado de trabajo de las mujeres con discapacidad es un fenómeno multifacético que refleja y amplifica las desigualdades que se encuentran presentes aún en la actualidad tanto en el ámbito del género como en el de la discapacidad. En ese sentido, el presente artículo pretende realizar un análisis de las complejidades y los desafíos específicos a los que se enfrentan este colectivo en el ámbito laboral, con especial énfasis en la discriminación múltiple que sufren en la cotidianidad por su doble disposición de mujer y de persona con discapacidad.

En general, las mujeres ya enfrentan desventajas significativas en el mercado laboral en comparación con los hombres, debido a la presencia de roles y estereotipos de género tradicionales muy marcados que asocian el ámbito del hogar y los cuidados a las mujeres, lo que a menudo suele resultar en condiciones laborales degradantes, con dobles jornadas de trabajo (en sus profesiones y en el hogar), contratos a tiempo parcial y temporales, brechas de salario y de prestaciones, etc. Por lo tanto, cuando estas desigualdades se combinan con otras circunstancias, como puede ser una discapacidad, las posibilidades de sufrir una situación de discriminación, o de que esta sea más pronunciada, aumentan considerablemente.

En ese sentido, se pretende examinar la situación a la que se enfrenta este colectivo en concreto, partiendo de un análisis de los preocupantes datos estadísticos sobre la tasa de inactividad de las mujeres con discapacidad y sus posibilidades de acceso al mercado laboral, lo que revela datos como que, a pesar de que las mujeres con discapacidad tienen niveles formativos superiores a los de los hombres con discapacidad, son precisamente estos los que tienen mayores tasas de empleo y de actividad, lo que claramente implica una deshonra del esfuerzo histórico de estas mujeres en la lucha contra su invisibilidad.

Es evidente que existe una escasez de garantías eficientes por parte de los poderes públicos para evitar la discriminación múltiple de este colectivo, que se debe, principalmente, a una serie de factores estructurales que siguen

perpetuando estas desigualdades. Sobre todo, se hace visible la falta de perspectiva de género y de inclusión social por parte de la población en general, y de los profesionales en particular en el ámbito educativo, donde la sensibilización y concienciación son aspectos primordiales. Asimismo, también se evidencia una insuficiencia de incentivos laborales específicos, ya que las mujeres con discapacidad no se benefician plenamente de ellos (como, por ejemplo, de las obligaciones legales de contratación de personas con discapacidad), lo que limita aún más su acceso a empleos de calidad y contribuye a una mayor vulnerabilidad económica tanto a corto como a largo plazo, incrementando las diferencias con respecto a otros colectivos.

Esta situación se agrava aún más cuando se analizan las prestaciones de la Seguridad Social, donde las mujeres con discapacidad suelen percibir unas cantidades más bajas y, en la mayoría de ocasiones, insuficientes, lo que las convierte en las principales beneficiarias de las prestaciones económicas no contributivas, que son aquellas que se reconocen a aquellas personas que carecen de recursos suficientes para subsistir.

En definitiva, este grupo social se caracteriza por

tener niveles de educación más bajos que otras mujeres y mayores índices de analfabetismo; menor actividad laboral con puestos de menor responsabilidad y peor remunerados; mayor aislamiento social; menor autoestima y más dependencia económica, socioafectiva y emocional respecto a la familia o a las personas encargadas de apoyarlas¹.

Por ende, este estudio pretende centrarse en un grupo social que ha sido históricamente desatendido por sus circunstancias personales adherentes, lo que lo convierte en un colectivo que presenta una mayor vulnerabilidad social y económica en relación con los demás, incluso con los hombres con discapacidad, que aun presentando niveles formativos inferiores, siguen siendo una preferencia para el mercado de trabajo frente a las mujeres.

2. La discriminación y la desigualdad por razón de género: especial mención al ámbito laboral

A lo largo de la historia, se ha observado la presencia de desequilibrios en las interacciones entre hombres y mujeres en los distintos ámbitos de la vida cotidiana, siendo este uno de los factores contribuyentes a la

¹ M.P. GOMIZ PASCUAL, *Vulnerabilidad y exclusión social en las mujeres con discapacidad*, en *Documentación Social*, 2017, n. 184, p. 155.

subordinación generalizada de las mujeres, vinculada con la idea de que lo masculino es lo predominante, por lo que actúa como sustento familiar gracias al trabajo, mientras que a la mujer se le relaciona tradicionalmente con labores del hogar y del cuidado. Esta perspectiva se fundamenta en «la naturalización de la construcción social arbitraria de lo biológico, relativa a la división entre los sexos, de acuerdo con la visión androcéntrica»².

Este pensamiento se extrapola directamente al ámbito del empleo, en el que se produce una clara discriminación ocupacional, así como una segregación vertical (conocida coloquialmente como “techo de cristal”), lo que produce una discriminación laboral por género³. No obstante, la distinción biológica de la mujer y el hombre podría suponer una mayor perspectiva de género en relación con la reformulación de las medidas en materia de prevención de riesgos laborales para ayudar a una mejor valoración de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales⁴, por lo que es importante saber reconocer para qué se utiliza la distinción biológica hombre-mujer y cuándo debería realmente utilizarse como un aspecto útil.

En ese sentido, ha existido y aún permanece una relativa división de las ocupaciones que se consideran que deben ser realizadas por hombres y por mujeres, principalmente basada en los roles y estereotipos de género. Por ejemplo, el hombre en el sector de la construcción (fuerza) o en puestos de mayor responsabilidad (liderazgo y dominancia), mientras que los sectores feminizados están relacionados, principalmente, con los cuidados y el hogar (limpieza, cuidado de mayores, personas dependientes, etc., trabajo social, entre diversos otros de este estilo).

Son numerosas las medidas que se están implementando para tratar que el hombre tenga un papel mayor en el ámbito del hogar y del cuidado de hijos/as, de forma que se facilite la conciliación de la vida personal y laboral también para ellos, fomentando una mayor corresponsabilidad. En ese sentido, el legislador comunitario ha decidido ampliar de uno a dos meses el período mínimo de permiso parental que no puede ser transferido entre los progenitores, ya que reconoce que gran parte de los padres suelen ceder su permiso a las madres. Además, se mantiene la norma establecida

² M.L. SANDOVAL ROBAYO, *Pierre Bourdieu y la teoría sobre la dominación masculina*, en *Revista Colombiana de Sociología*, 2002, n. 1, p. 55.

³ Es preciso aclarar que, para la elaboración de este artículo, se va a tratar exclusivamente la visión binaria del género, ello fundamentado en el razonamiento de que se pretende analizar la perspectiva tradicional y simplista de la separación entre hombre y mujer, con sus consecuentes influencias en el mercado de trabajo.

⁴ M. RICOU CASAL, *OIT. Visibilizar la diferencia biológica hombre-mujer: clave para una real y efectiva salud laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2024, n. 8, p. 208.

en la Directiva 2010/18/UE⁵ (aunque esta se encuentra ya derogada) que otorga a cada progenitor un mínimo de cuatro meses de permiso parental, aunque solo se garantiza la remuneración durante el período que no puede ser transferido⁶, por lo que también se están adoptando medidas para evitar la doble jornada de las mujeres.

Cabe mencionar la dialéctica entre el sexo y el género, que está resultando ser un tema prolífico y controvertido en diversos estudios y artículos no sólo de carácter científico, sino también filosófico y artístico, entre otros. En ese sentido, la opinión generalizada socialmente es que el hecho de ser mujer u hombre depende esencialmente del sentimiento de pertenencia a una categoría u a otra⁷ (relacionada con el concepto de “género”, como una construcción sociocultural según roles, estereotipos, prejuicios, etc.), en lugar de continuar haciendo hincapié en la asignación realizada en base a los atributos sexuales externos (el “sexo” como la condición asignada según la anatomía biológica y fisiológica con la que los seres humanos nacen, y ya por ello, se les identifica como hombres o mujeres).

En definitiva, esta diferenciación genera una serie de atributos complejos que diferencian las actividades, limitaciones y posibilidades de los hombres y las mujeres en todas las esferas vitales, pero con una incidencia notable en el mundo del trabajo, donde la mujer no ha tenido cabida hasta hace unas décadas. Por ende, consideramos que el género pasa a ser el criterio básico para la determinación de la organización social, lo que fomenta la existencia de una “jerarquización de poderes” en la que existe un agente dominante (el hombre) y uno subordinado (la mujer), siendo estos últimos de menor valor y calidad, lo que representa el androcentrismo⁸ sobre el que nuestro sistema se sigue construyendo.

Como consecuencia de ello, surgen las diferencias entre los ámbitos público y privado, asimilando tradicionalmente el rol masculino a la esfera pública en la que se toman las decisiones relativas a la sociedad, política y economía, mientras que la privada, limitada a las labores domésticas y del

⁵ Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

⁶ P. NIETO ROJAS, *La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, p. 87.

⁷ T. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Sexo y género: una mirada interdisciplinaria desde la psicología y la clínica*, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2020, n. 138, p. 88.

⁸ A. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana*, en *Papers*, 2013, n. 3, p. 493.

cuidado, se asignan al rol femenino (productivo vs. reproductivo)⁹.

Esta división del trabajo, que cabe reconocer que se ha visto reducida en las últimas décadas por la masiva incorporación y participación de la mujer en el mercado laboral, históricamente ha limitado el acceso y la permanencia de este colectivo en comparación con los hombres, además de haber sufrido una invisibilización en gran parte de los períodos históricos.

Por tanto, ello provoca situaciones de desigualdad y, consecuentemente, discriminaciones en el empleo que no solo han de ser resueltas, sino sobre todo evitadas por parte de los poderes públicos a todos los niveles (tanto comunitario como estatal, autonómico y local), por lo que la normativa que se produzca respecto de este asunto es absolutamente primordial para la promoción de la equidad de género en todos los ámbitos y, concretamente, en el mercado laboral.

2.1. El concepto y los tipos de discriminación

La discriminación en el empleo por razón de género es un asunto que requiere de una intervención normativa consensuada por la intensidad del problema que suscitan, por lo que existen diversas definiciones legales (nacionales e internacionales), así como a nivel jurisprudencial que parecen poner el acento no solo en el resultado discriminatorio producido, sino también en la igualdad de oportunidades¹⁰.

En ese sentido, el principio de igualdad es absolutamente inclusivo, puesto que integra a todos los colectivos, siendo reconocido internacionalmente por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en cuyo artículo 1 establece la igualdad en la dignidad y derechos de todos los seres humanos y, el artículo 7 regula intensa y expresamente que

todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Asimismo, en el ámbito internacional y comunitario existen diversas otras disposiciones que incorporan en sus preceptos alusiones a este

⁹ C.A. MEZA MARTÍNEZ, *Discriminación laboral por género: una mirada desde el efecto techo de cristal*, en *Equidad y Desarrollo*, 2018, n. 32, p. 15.

¹⁰ C. SÁEZ LARA, *Las discriminaciones indirectas en el trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1995, n. 6, p. 68.

principio, como pueden ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 3, 4, 20, 23, 24 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2 y 10), la convención del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como los Convenios n. 111 y 190 de la Organización Internacional del Trabajo, entre otras.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico español también ha establecido un marco legal que regula los principios de igualdad y no discriminación. A tal respecto, la base se encuentra en la Constitución Española de 1978 en sus artículos 1.1, 9 y, sobre todo, 14, que contempla que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Es importante resaltar la existencia de normativa general y transversal en esta materia, que va actualizándose conforme se considera que existen colectivos que necesitan una mayor protección o, simplemente, una garantía de que esta se produzca, como puede ser la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), y la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que contemplan las definiciones de los diferentes tipos de discriminación.

En relación con este asunto, el artículo 6 de la LOI regula por primera vez en el marco jurídico español (aunque ya se venía regulando en normativa comunitaria) la diferenciación entre dos tipos de discriminación (directa e indirecta), en base a lo contemplado en la derogada Directiva 2002/73/CE. Por ende,

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo¹² la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en alteración a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente

¹¹ Art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 noviembre 1950) y art. 1 del Protocolo n. 12 al citado Convenio (Roma, 4 noviembre 2000), así como el art. 5 del Protocolo n. 7 (Estrasburgo, 22 noviembre 1984) sobre la igualdad de derechos y de obligaciones entre cónyuges.

¹² Aunque, como regla general, los términos “sexo” y “género” suelen ser utilizados como sinónimos, no obstante, presentan diferencias notorias y, como bien se ha expresado con anterioridad, es preferible utilizar la denominación “género” por el razonamiento de que se refiere a las características y comportamientos sociales asignados tradicionalmente a cada sexo y que han conducido a la discriminación y la desigualdad de determinados colectivos.

neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Antiguamente, se producían situaciones de discriminación directa a la mujer por la propia normativa vigente, por ejemplo, excluyéndola de llevar a cabo determinados trabajos en la industria justificándolo por su peligrosidad¹³ (al ser considerada la mujer como un sujeto débil objeto de protección, como los niños/as) o finalizando su vida laboral una vez se casaban.

Por otro lado, en relación con el colectivo de las personas con discapacidad, la situación se agrava aún más y, en general

aquellas personas que no han vivido de cerca ninguna experiencia con la discapacidad suelen percibirla como una tragedia, una pérdida o una deficiencia. Por ello, al partir de estas apreciaciones, acostumbramos a generar sentimientos de miedo, lástima o admiración según interpretemos, desde nuestra propia construcción especulativa, las interacciones que, en particular, la persona con discapacidad que tengamos de referencia realice con el entorno que nos rodea¹⁴.

Estos sentimientos generados socialmente inciden de forma directa en la empleabilidad de este colectivo, al no considerar a las personas que lo conforman capaces o aptas para llevar a cabo funciones laborales (o al menos, aquellas relacionadas con un trabajo digno) o bien considerar que no son lo suficientemente productivas para el mercado de trabajo, lo que se refleja claramente en los datos relativos a la empleabilidad, que serán analizados con posterioridad.

Asimismo, cuando pensamos en una persona con discapacidad, la sociedad alejada de la realidad tiende en pensar a una persona con discapacidad desde el nacimiento, cuando la realidad es que la discapacidad es una categoría que va fluyendo a lo largo de la vida. Es decir, una persona puede pasar a tener una discapacidad o minusvalía en diferentes momentos de su vida (ya sea con anterioridad o posterioridad de su ingreso en el mercado de trabajo), por diversos motivos y de diferentes modos¹⁵. Y,

¹³ G. GARCÍA GONZÁLEZ, *Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección*, en *IUSLabor*, 2014, n. 2, p. 9.

¹⁴ T. VILA TIerno, M.Á. GÓMEZ SALADO, R. CASTRO MEDINA, *Fomento del autoempleo y el emprendimiento de las personas con discapacidad: Su concreción en Andalucía*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2023, n. extra. 5, p. 137.

¹⁵ M. TOMEI, *Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo*, en *Revista*

precisamente por ello, las discapacidades precisan medidas de adaptación tan diferentes como las formas en las que se manifiesta (físicas, psíquicas, y en diversos momentos).

De hecho, consideramos que cuando se produce una discriminación múltiple, las situaciones de desigualdad y las dificultades se incrementan de manera significativa, ya que la segunda causa de discriminación (de forma indistinta, una u otra), genera muchas más barreras que la primera. Este aumento no es proporcional, sino que se agrava considerablemente, exacerbando las condiciones de exclusión y marginación laboral, social, económico, etc. Así, una persona que enfrenta discriminación por su género y, además, por su discapacidad, no experimenta simplemente una suma de obstáculos, sino una multiplicación de ellos, creando un entorno aún más restrictivo y desafiante para su participación y desarrollo en la sociedad y, todavía más si cabe, en el mercado laboral, donde cada vez existe una mayor competitividad y espíritu de simple búsqueda de productividad y beneficios económicos.

No obstante, debido a las novedades legislativas introducidas para tratar de equiparar los derechos de las mujeres a los de los hombres, comenzaron a surgir formas de discriminación indirecta más sutiles, que cada vez son más difíciles de detectar e identificar, así como otros tipos de discriminaciones, que están contempladas en la citada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Esta norma introduce dos nuevos criterios de discriminación que, entre los que nos compete, señalamos el primero, la discriminación por error, cuando está fundada en una incorrecta apreciación sobre las características de la/s persona/s objeto de ello; y, el segundo, la discriminación múltiple¹⁶, cuando una persona es discriminada de forma simultánea o consecutiva por dos o más de las causas contempladas en la ley (por ejemplo, sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, así como el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, etc.), generando formas específicas de discriminación.

Asimismo, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, hace hincapié

Internacional del Trabajo, 2003, n. 4, p. 449.

¹⁶ Que difiere del concepto de “discriminación interseccional”, a pesar de que la literatura general académica sobre este asunto tiende a utilizarlo como sinónimo de múltiple, lo que genera una desorganización conceptual, tal y como lo denomina T. MAKKONEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002, p. 2.

en la importancia de los instrumentos de planificación de la política de empleo, de tal forma que garanticen un sistema de gestión que facilite la erradicación de sesgos y estereotipos de cualquier tipo y origen pero, con una especial incidencia en los de género, edad y discapacidad¹⁷, por lo que el legislador es conocedor de la existencia de una mayor vulnerabilidad del colectivo que estamos analizando, por lo que busca la promoción de medidas para facilitar su inclusión en este ámbito.

Por lo tanto, la evolución normativa en materia de discriminación ha ido incorporando diferentes tipos de protección a medida que se identificaban nuevas formas de exclusión social y desigualdad. Estas disposiciones buscan abarcar un espectro más amplio de situaciones, protegiendo a la mayoría de los grupos que, históricamente, han sido más vulnerables, como mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad¹⁸, miembros de la comunidad LGTBIQ+, personas mayores, entre diversos otros.

Ahora, el problema ya no radica tanto en la escasez de normativa que les ampare, sino en la efectividad y cumplimiento de sus disposiciones, por lo que debería plantearse un sistema de fomento de implementación y revisión de las medidas que se incorporen en empresas y administraciones públicas para valorar los ámbitos en los que deba reforzarse la protección.

En concreto, en relación con el colectivo que nos ocupa de las mujeres con discapacidad y, en base a la tipología anteriormente expuesta, podemos determinar que sufren una discriminación múltiple e interseccional debido a la intersección de género y discapacidad, lo cual amplifica las barreras que ya existen para cada uno de estos grupos por separado. Esta discriminación se manifiesta en diversos ámbitos de sus vidas (por no decir en todos ellos), incluyendo el acceso al empleo, educación, salud, participación social, etc.

¹⁷ E. ROJO TORRECILLA, *Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6, p. 36.

¹⁸ A raíz de la entrada en vigor de la Ley 3/2023, se ha visto modificado el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de tal modo que se ampara legalmente el concepto “personas con discapacidad” en lugar del antiguo término “discapacitados”, unificando el uso del primero por parte de los poderes y Administraciones públicas. Este cambio, que trata de dotar de humanidad a este colectivo, es un ejemplo de un avance en la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad.

2.2. La discriminación de la mujer con discapacidad en el empleo

La discriminación de la mujer con discapacidad en el ámbito laboral es una problemática compleja y persistente que ha sido invisibilizada durante años. A pesar de los avances en derechos humanos y la creciente conciencia sobre la igualdad de género y la inclusión de las personas con discapacidad, este grupo específico enfrenta barreras únicas y exacerbadas en el empleo que, si ya es evidente en el empleo por cuenta ajena, las mujeres con discapacidad presentan infinitas dificultades como trabajadoras por cuenta propia (que ya es un lento camino para las trabajadoras sin discapacidad)¹⁹.

Históricamente, las mujeres con discapacidad han sido marginadas así como sus necesidades y contribuciones tanto por las políticas laborales como en la práctica diaria de los lugares de trabajo. Como bien ha sido justificado, esta invisibilidad ha producido desigualdades significativas, en base a una serie de estereotipos negativos impuestos, lo que limita sus oportunidades de empleo, afecta su calidad de vida y perpetúa ciclos de exclusión social, por lo que es crucial analizar cuál es la situación real de este colectivo para la creación de un entorno de trabajo verdaderamente inclusivo y equitativo.

Estas barreras no son creadas, mayoritariamente, por su condición física o psicológica, sino que han sido entendidas como un problema que ha creado la propia sociedad y es por ello por lo que, en 2006, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#).

Esto se justifica, aún más, por el preocupante hecho de que más de 1.300 millones de personas en todo el mundo (esto es, 1 de cada 6 personas o el 16% de la población mundial) sufren una discapacidad importante, según los datos más recientes de la OMS²⁰. Por ende, si entendemos que padecer una determinada discapacidad resulta ser un factor limitante para el empleo, estaríamos desaprovechando una parte importante de población activa con talento.

En el caso específico de España, según la información de la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia dirigida a hogares²¹ de 2020 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística

¹⁹ Para más información sobre este asunto, consultar E. GONZÁLEZ COBALEDA, *El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2023, n. 37.

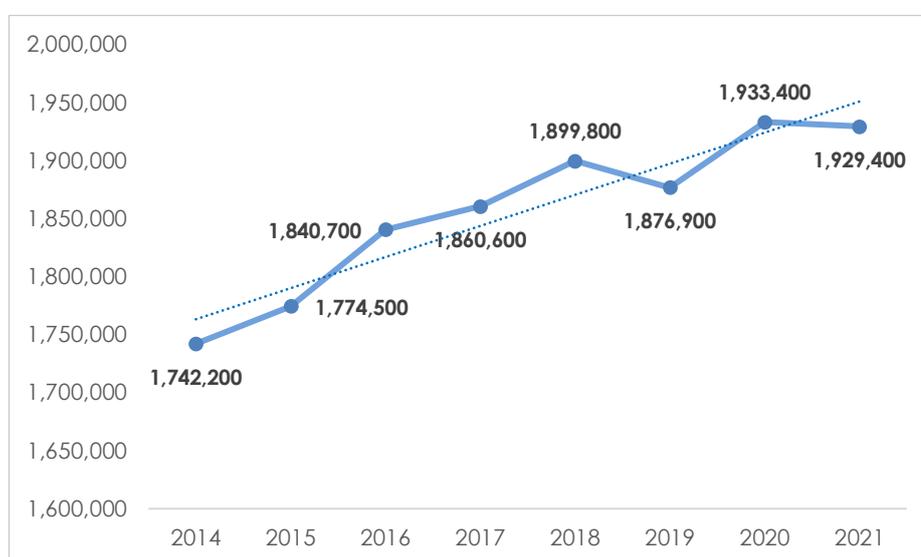
²⁰ OMS, *Discapacidad*, en www.who.int, 7 marzo 2023.

²¹ Cabe aclarar que no se ha utilizado para el presente estudio la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia más reciente, de 2023, puesto que está dirigida exclusivamente a las personas con discapacidad en centros, por lo que los datos

(INE), 4,38 millones de personas declaran sufrir algún tipo de discapacidad y, en concreto, 1.929.400 se encuentran en edad laboral (un 6,31%), según el Informe 2023 del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)²².

En concreto, haciendo un análisis de la evolución del número de personas con discapacidad en edad laboral en España por años, se puede observar un incremento sostenido, pese a las ligeras bajadas en los bienios 2018/17 y 2020/21, que no se corresponde con la tendencia actual de la población sin discapacidad. En ese sentido, en el Gráfico 1 se observa que el número de personas con discapacidad crece en un 10,75%.

Gráfico 1 – Evolución anual de la población de personas con discapacidad en edad de trabajo (2014-2021)



Fuente: elaboración propia basada en Observatorio de las Ocupaciones del SEPE (a partir de los datos INE, [El Empleo de las Personas con Discapacidad \(EPD\). Año 2021](#), 2022).

Por otro lado, si analizamos la incidencia por género, según el INE el 58,6% son mujeres, por lo que la tasa de discapacidad por cada mil habitantes es significativamente más alta en mujeres (112,1) que en hombres (81,2). Si atendemos a los datos del Informe del SEPE, con respecto al total de la población en edad de trabajar, el porcentaje de hombres es de un 7,19% y el de mujeres un 5,45%. Es decir, aunque la tasa general de

distorsionan el análisis que se pretende llevar a cabo de manera más general.

²² OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, [Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad. Estatal. Datos 2022](#), SEPE, 2023, p. 12.

discapacidad es mayor en mujeres, una menor proporción de estas se encuentran en edad de trabajo en comparación con los hombres con discapacidad.

Es posible que la mayor incidencia de discapacidad en mujeres ocurra en edades fuera de la población activa, como en edades más avanzadas, donde las mujeres suelen vivir más tiempo por su mayor esperanza de vida²³ y, por lo tanto, tienen más probabilidades de adquirir una discapacidad, que está comúnmente relacionado con el concepto de dependencia. Por otro lado, en la población en edad laboral, existe una mayor proporción de hombres con discapacidad, lo que puede deberse a diferencias en la naturaleza de las discapacidades sufridas, las condiciones de trabajo, la exposición a riesgos laborales (por lo que es necesario incorporar una perspectiva de género en la adopción de medidas de prevención de riesgos laborales (PRL))²⁴, o incluso a diferencias en la propia participación en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres con discapacidad.

En ese sentido, el empleo del colectivo de las mujeres con discapacidad en España presenta varias características principales, como son la baja tasa de empleo, los empleos precarios de baja calidad, con contratos temporales, a tiempo parcial o en sectores con salarios generalmente inferiores, la falta de accesibilidad física y tecnológica en los lugares de trabajo, la escasez de formación específica relacionada con el empleo para este colectivo, etc.

3. El acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad: una comparación entre géneros

Son muy diversas las cuestiones que afectan el acceso de las mujeres con discapacidad al mercado de trabajo. En primer lugar, al igual que en el caso de las personas con discapacidad en general, la escasa cualificación es un factor crucial que influye en el tipo de empleos que suelen obtener, que son normalmente aquellos con una retribución menor, lo que conllevará a su vez, inevitablemente, que en el caso de que accedan al mercado laboral, los salarios serán acorde a su nivel de estudios, por lo que la gran mayoría

²³ Según INE, *Mujeres y hombres en España*, 2024, § 4.1, *Esperanza de vida*, que contempla los datos relativos a la esperanza de vida (con datos actualizados en febrero de 2024), las mujeres presentan una esperanza de vida de 85,7 años y los hombres de 80,4 años en el año 2022, lo que muestra una diferencia entre géneros de 5,3 años. No obstante, tal y como ha surgido a lo largo de las últimas décadas, la proyección muestra que las diferencias van a continuar reduciéndose a lo largo de los años.

²⁴ 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. 347.

se enfrenta a salarios no dignos.

A tal respecto, las mujeres con discapacidad sufren una doble brecha salarial (una, por razón de género y otra, por razón de la discapacidad), que las convierte en uno de los colectivos con salarios más bajos (muy alejados de la media) en el ámbito del trabajo, junto con las mujeres migrantes.

Para facilitar su inclusión laboral, la normativa ha establecido obligaciones para que determinadas empresas y administraciones públicas contraten un porcentaje de personas con discapacidad como medidas de acción positiva, además de ofrecer contratos indefinidos y a tiempo completo.

No obstante, a pesar de que esta situación se produce en ambos géneros, es cierto que la tasa de actividad y empleo de las mujeres con discapacidad sigue siendo inferior a la de los hombres en circunstancias similares. Esto se debe, en primer lugar, a que la citada obligación legal de contratación no incorpora una perspectiva de género, tan esencial en todos los ámbitos. Con independencia de esto, incluso cuando los incentivos a la contratación son mayores al contratar a una mujer, estas medidas no logran alcanzar el fin u objetivo deseado.

3.1. La preocupante tasa de actividad de la mujer con discapacidad

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan las personas con discapacidad es la baja tasa de actividad, esto es, «el cociente entre el total de activos y la población de 16 y más años. Se calcula por ambos sexos y para cada uno de ellos por separado»²⁵.

Es decir, esta tasa es un indicador económico que mide la proporción de la población en edad de trabajar que participa activamente en el mercado de trabajo, ya sea trabajando (persona empleada) o en búsqueda de empleo (persona desempleada). Es, por tanto, fundamental para entender el nivel de participación de la fuerza laboral en la economía y, puede ser desglosada por diferentes variables para identificar y abordar colectivos en exclusión o áreas de desigualdad en el mercado laboral.

A tal respecto, la baja tasa de actividad de las personas con discapacidad es un problema significativo porque resulta en la exclusión de un segmento considerable de la población del mercado de trabajo, lo que no solo limita sus oportunidades de desarrollo personal y autonomía, que ya son limitadas socialmente en el resto de ámbitos sociales, sino que también implica una

²⁵ Esta es la definición de “tasa de actividad” que es utilizada por el INE a la hora de elaborar sus operaciones estadísticas.

pérdida de talento y de productividad para la economía en general. Esta injustificada exclusión (sin valorar realmente si la persona es apta o no para un determinado puesto, sino asumiendo directamente que no lo es por su mera condición) perpetúa la discriminación y la marginalización, lo que incrementa la dependencia de estas personas en los sistemas de asistencia social (que, a su vez, perjudica a las mujeres) y afectando negativamente su bienestar emocional y social.

Además, refleja la clara insuficiencia de políticas inclusivas y adaptaciones necesarias, subrayando la necesidad de un cambio estructural y cultural en la sociedad y en los entornos de trabajo.

Todo ello se ilustra de forma evidente en los datos estadísticos, que reflejan en primer lugar las diferencias existentes entre la tasa de actividad de las personas con y sin discapacidad y, posteriormente, las diferencias respecto a la tasa de actividad de las personas con discapacidad diferenciando entre géneros, a pesar de existen políticas de discriminación positiva o, también denominadas acciones afirmativas, que tratan de promover a las personas con discapacidad frente al resto de la ciudadanía.

En ese sentido, en base a los datos estadísticos del pasado año 2022 por ser la última encuesta realizada por el INE sobre [El Empleo de las Personas con Discapacidad \(EPD\). Año 2022](#) y, a los meros efectos de realizar una comparación del mismo año, se ha centrado este análisis en la anteriormente citada, así como en la [Encuesta de Población Activa \(EPA\). Tercer trimestre de 2022](#).

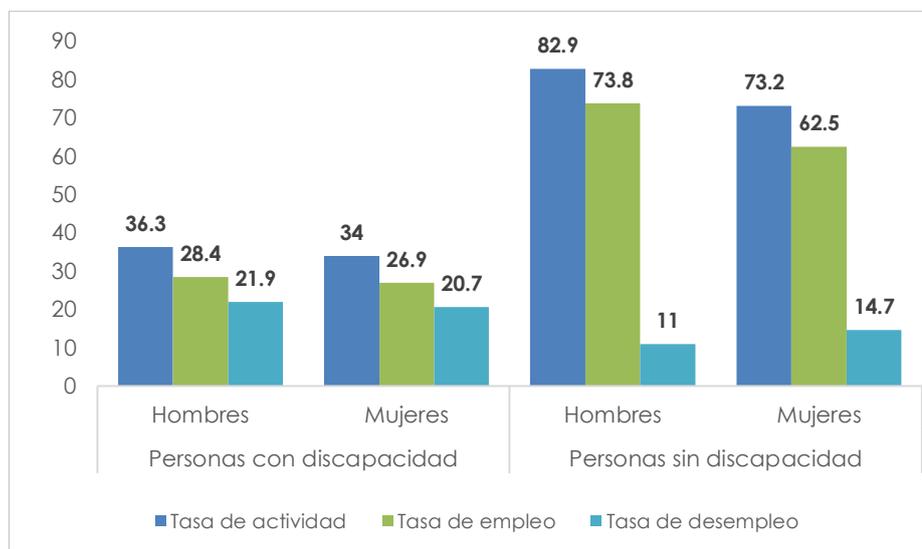
Concretamente, según la [EPD](#), lo más destacable de este colectivo es su escasa participación en el mercado laboral, que se mide precisamente a través de esta tasa. Los datos muestran como en 2022, a pesar de que su tasa de actividad se vio aumentada en 0,7 puntos, se situaba en el 35,5%, siendo esta 42,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad, que se sitúa alrededor del 78%.

Es decir, al reconocimiento de la situación de discapacidad, por lo referido a las políticas públicas vigentes en tal sentido, se vinculan ciertos beneficios en el ámbito laboral que parecen no ser totalmente fructuosos por el simple hecho de que existe un gran número de personas que ni siquiera tratan de acceder al mercado de trabajo, quizás por la edad, limitaciones o barreras sociales, nivel de gravedad, etc.

Si son significativos estos datos, la diferencia aumenta considerablemente si se analizan los datos estadísticos desagregados por género, donde la tasa de actividad de las mujeres es de un 34%, en comparación con la de los hombres que asciende a un 36,3%, por lo que es evidente que el número de mujeres activas es inferior al de hombres activos con discapacidad.

Esto se refleja asimismo en la tasa de empleo, que en 2022 era de un 68,1% para personas sin ninguna discapacidad, y de un devastador 27,8% para personas con discapacidad (de la cual un 28,4% corresponde a los hombres y un 26,9% a las mujeres). No obstante, con respecto a la tasa de desempleo es menor en mujeres con discapacidad (20,7%) que en hombres (21,9), siendo ambas superiores a la tasa general para personas sin discapacidad, que es de un 12,8%. Esto refleja simplemente la elevada tasa de inactividad de las mujeres puesto que, como representan un número menor de activas, el número de desempleadas es lógico que sea igualmente inferior. Estos datos por división entre géneros pueden observarse en el Gráfico 2.

Gráfico 2 – Tasas de actividad, empleo y desempleo de las personas con y sin discapacidad, según géneros en España (2022)



Fuente: elaboración propia basada en INE, [El Empleo de las Personas con Discapacidad \(EPD\). Año 2022](#), 2023

En base a ello, el gráfico pone de relieve la exclusión laboral de las personas con discapacidad, especialmente (aunque se evidencian desigualdades de género de igual forma en los datos relativos a las personas sin discapacidad), y la necesidad urgente de seguir adoptando medidas inclusivas para mejorar su participación en el mercado de trabajo.

Haciendo una reflexión acerca de las causas que pudieran generar esta discriminación por razón de género en las personas con discapacidad, nos planteamos los mismos factores sociales, económicos y culturales que para

las personas sin discapacidad. No obstante, también se plantea una escasez formativa más pronunciada de este colectivo femenino en comparación con los hombres, sigue existiendo la perpetuación de los roles de protección de la mujer que se encuentra en estas circunstancias (lo que genera mayores cuidados por parte, a su vez, de mujeres), así como que la proporción de mujeres con discapacidad mayores de 55 años es superior²⁶.

Se observa que la realidad de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo está realmente limitada, ya no solo por el escaso número de ellas que logran acceder al mismo, sino porque habrá que analizar los puestos que ocupan, que generalmente son de muy baja cualificación o elementales, por lo que el techo de cristal es aún mayor. Además, a pesar de que existen diferencias evidentes entre los tipos de discapacidad, las creencias erróneas que limitan a este colectivo no solo afectan a las que, por sus circunstancias, tengan un grado de discapacidad mayor, sino que socialmente se considera que este colectivo en general está o debe estar limitado en determinados ámbitos, como es precisamente el laboral.

Esta tasa de actividad muestra un problema multifacético que requiere un enfoque integral para su abordaje. Es importante tener una perspectiva de género y social para promover la igualdad de género, implementar políticas inclusivas y proporcionar los apoyos necesarios para eliminar las barreras que enfrentan estas mujeres, sobre todo para tratar de mejorar la situación de las personas que componen este colectivo de las generaciones futuras. Solamente a través de un compromiso colectivo y real de la sociedad y los poderes públicos se podrá mejorar la participación laboral y la calidad de las personas con discapacidad en general y, en especial, de las mujeres que la padecen.

3.2. El bajo nivel formativo de las personas con discapacidad: las incongruencias de género

Todavía en la actualidad, el sistema educativo sigue sin estar adecuadamente formulado para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, lo que puede resultar en un escaso nivel formativo de estas en comparación con el resto de la población. No obstante, es cierto que

²⁶ E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Empleo y discapacidad. Un análisis en perspectiva de género*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 120, p. 31.

Las personas con discapacidad mejoran de manera progresiva sus niveles de formación [...], donde las mujeres muestran unos resultados que superan notablemente al de los hombres²⁷.

Por ende, como por regla general las personas con discapacidad tienen un nivel formativo considerablemente más bajo que el de las personas sin discapacidad, este hecho provoca una reducción de su empleabilidad.

Si hacemos un análisis de los datos de la encuesta de [EPD](#) del INE de 2022, el Cuadro 1 muestra que, por ejemplo, los niveles de analfabetismo o de estudios primarios en las personas con discapacidad duplican los datos de las personas sin discapacidad y que, además, ha habido un aumento de un punto en 2022 respecto del año anterior, un dato realmente preocupante. Asimismo, se muestra que la mayoría de la población con discapacidad se concentra en el nivel de estudios de secundaria y programas de formación e inserción laboral, cuando en la población general se dividen entre este y los niveles superiores incluyendo doctorado (nivel que se ha visto reducido también respecto de las personas con discapacidad en 0,8 puntos).

Cuadro 1 – Población de 16 a 64 años según discapacidad y nivel de estudios (%) en España (2021-2022)

Nivel de estudios	PERSONAS SIN DISCAPACIDAD		PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
	2021	2022	2021	2022
Analfabetos y primaria	4,3	4,2	7,3	8,3
Secundaria y programas de formación e inserción	49,2	49,1	61,3	61,2
Superiores incluyendo doctorado	46,5	46,7	31,4	30,6

Fuente: elaboración propia basada en INE, [El Empleo de las Personas con Discapacidad \(EPD\). Año 2022](#), 2023

Estos datos son reveladores, puesto que suponen un grave obstáculo en su proceso de integración en el mercado de trabajo, evidenciándose según los indicadores de empleo que, conforme incrementa su nivel formativo, se disminuye su distancia con la población sin discapacidad, mostrando unas tasas de actividad, empleo y desempleo similares a las de estas.

²⁷ FUNDACIÓN ONCE, ODISMET, [10º Aniversario. Informe General. Principales Resultados](#), Informe, 2024, n. 9, p. 88.

Si procedemos a desagregar los datos en función del género, las mujeres con discapacidad se posicionan claramente por encima que los datos de los hombres, por lo que se evidencia que muestran una predisposición hacia la formación, contribuyendo a elevar la media del grupo de las personas con discapacidad. En ese sentido, mientras que ellas han incrementado su nivel de formación superior en 7,8 puntos, los hombres lo han hecho solo en 1,3 (esto es, en 2013, las mujeres con discapacidad con formación superior era de 98.100, mientras que en 2022 ha pasado a ser de 193.900)²⁸.

La situación empeora cuando la tasa de abandono escolar entre las personas con discapacidad prácticamente duplica la de la población sin discapacidad (un 43,2% frente al 25,2%), lo que demuestra que existe una clara disparidad en la permanencia en la educación para este colectivo, que puede deberse a la falta de apoyo especializado y adecuado, a la falta de recursos materiales y adaptaciones necesarias para garantizar un entorno educativo inclusivo, etc., además de las problemáticas que pueden afrontar con respecto a la falta de integración social con otros colectivos.

Consideramos especialmente significativo resaltar la figura de la mujer con discapacidad víctima de violencia de género que, en lo que respecta a su nivel de estudios, el 56% de ellas finalizan la educación obligatoria y un 4,7 no tienen estudios, por lo que es evidente que revelan un perfil que mayoritariamente tienen baja cualificación, según los datos de 2023 del informe de la Fundación ONCE²⁹.

En definitiva, el colectivo de las personas con discapacidad se encuentra condicionado por diferentes variables a su acceso y superación en el sistema educativo. Entre los condicionantes parece que encontramos el tipo de discapacidad, acreditando mayores niveles de estudios aquellas con una discapacidad física o sensorial; el grado de discapacidad o afección; la zona de residencia (en las áreas urbanas o zonas rurales), etc., por lo que habrá que tenerlos presentes para conocer dónde se encuentran las debilidades y así poder actuar sobre ellas.

La realidad de la situación de esta colectivo en el ámbito educativo no es igualitaria, puesto que no se consigue que todas las personas con algún tipo de discapacidad puedan acceder a un sistema educativo de calidad en el que puedan desarrollar sus habilidades y capacidades; ni tampoco permanecer en el mismo cuando se alcanzan determinados niveles medios o superiores, ya que muchos no disponen de las adaptaciones que requieren

²⁸ *Idem.*

²⁹ C. SILVÁN SOTILLO, L.E. QUÍFEZ EMBÍZ (coords.), *Ojo al dato. Visibilidad de una realidad oculta a través del dato: mujer, discapacidad y violencia*, Informe de Resultados Fundación ONCE, 2023, p. 17.

por parte del sistema, ni tampoco con profesionales cualificados y, aún más importante, sensibilizados con la diversidad para que estos puedan prosperar y mejorar en el ámbito formativo a pesar de las dificultades que pudieran tener, por lo que la formación en igualdad y derechos humanos desde un enfoque interseccional debería ser primordial para subsanar el déficit formativo que se aprecia en este ámbito³⁰.

Para ello, es esencial que los poderes públicos verdaderamente garanticen con eficacia lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Española, en el que se dispone que estos están obligados a impulsar políticas públicas que garanticen una plena autonomía personal, así como la inclusión social de las personas con discapacidad, siendo el educativo la base primordial para que puedan ser incluidas en el mercado de trabajo. En ese sentido, se pretende hacer énfasis en la verdadera eficacia, puesto que a pesar de las diferentes estrategias puestas en marcha por el Gobierno de España (por ejemplo, la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad³¹, donde se plantean una extensa serie de objetivos y retos estratégicos) para paliar esta situación, los datos no son realmente esperanzadores y muestran una clara desigualdad y discriminación a este colectivo, siendo múltiple en el caso de las mujeres.

En ese sentido, si se llega a concebir la educación como un factor clave para garantizar el pleno desarrollo, potenciación y empoderamiento de la mujer con discapacidad, necesitamos impulsar un sistema educativo inclusivo libre de prejuicios, roles y estereotipos culturales a los que, aún hoy, se siguen enfrentando las niñas y mujeres en todos los ámbitos. De hecho, aquellas que presentan una discapacidad de un grado más severo, incluso llegan a ser excluidas de los propios roles de género por no ser una representación del imaginario colectivo social de “mujer”, aspecto que resulta ser falaz, ya que muchas de ellas son sostenedoras del hogar, con independencia de su situación de discapacidad.

3.3. La realidad de la obligación legal de la contratación de personas con discapacidad como medida de acción positiva

Las medidas de acción positiva, en general, como instrumento material

³⁰ I. CABALLERO PÉREZ, *Feminismo y discapacidad: El derecho humano a la educación inclusiva desde una perspectiva de género*, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 2018, n. 7, p. 12.

³¹ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad*, 2022.

de las políticas de igualdad de oportunidades, surgieron como

medidas que pretenden aumentar la presencia de las mujeres en el mercado laboral primando la contratación, promoción o mantenimiento del empleo femenino. Se trataría, pues, de tratamientos preferenciales a favor de las trabajadoras entendiendo por tales las reservas de puesto de trabajo³².

Por lo tanto, inicialmente, estas medidas se caracterizaban por su finalidad de “eliminar” los principales obstáculos que impedían el desarrollo de la igualdad efectiva para la mujer, por lo que tienen un carácter temporal, ya que cuando se considere que se han eliminado dichas barreras, este tipo de medidas pierden su razón de ser.

Sin embargo, con el aumento progresivo de la mujer en el ámbito laboral, fue notorio que este no era el único colectivo que requería de estas medidas para corregir las desigualdades en el empleo, sino que las personas con discapacidad eran otro grupo poblacional que se veía perjudicado por los desequilibrios del mercado de trabajo y, especialmente, las mujeres con discapacidad, que sufrían una discriminación múltiple.

Con respecto a este colectivo, todo comienza con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuyo artículo 42 establece la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad obligatoria para las empresas con 50 o más personas trabajadoras. En ese sentido, tras la publicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la cuota de reserva de personas trabajadoras con discapacidad se establece en un 2%, aunque si bien es cierto que de forma excepcional³³, las empresas públicas y privadas obligadas a ello podrán quedar exentas, total o parcialmente, mediante acuerdos recogidos en la negociación colectiva (en base a lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, u opción voluntaria de la persona empresaria.

No obstante, se producen por parte del legislador español unas garantías superiores en el Real Decreto 2271/2004, por el que se regula el

³² E. SIERRA HERNÁIZ, *La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva*, en *Foro*, 2018, n. 29, p. 56.

³³ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 195, p. 72.

acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, que prevé una reserva de un cupo no inferior al 5% de las vacantes para personas con discapacidad, además de adaptaciones de tiempo y medios de realización de las diversas pruebas de tal forma que se garanticen unas condiciones de igualdad en el acceso al empleo público.

Y, según la Orden HFP/688/2017, de 20 de julio, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, las convocatorias de las pruebas selectivas a la oferta de empleo público deben incluir la reserva de un cupo del 7% de las plazas para ser cubiertas por este colectivo, del que un 2% estarán reservadas para personas con discapacidad de tipo intelectual.

Por lo tanto, parece que esta medida de acción positiva relativa a la reserva de cuotas a personas con discapacidad ha sido objeto de regulación tanto por a nivel comunitario (como marco general básico) como a nivel estatal (ajustándose a la realidad y necesidades de cada país), siendo en el caso de España ampliada para dar cobertura a un colectivo amplio y discriminado.

A mayor abundamiento, la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, citada anteriormente, amplía aún más el concepto de medidas de acción positiva en su artículo 6.7, entendiéndose que se consideran como tales

las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan.

Por lo tanto, en base a estos preceptos, el legislador ha demostrado que es consciente y conocedor de que existen determinados grupos de personas (no solamente las mujeres) que tienen mayores posibilidades de sufrir un trato desigual, por lo que ha configurado un derecho fundamental que cuenta con unas garantías de carácter especial³⁴, como son estas medidas. De hecho, jurisprudencialmente se ha asentado y valorado positivamente el concepto, por lo que no es posible que estas medidas sean discriminatorias para colectivos que no son discriminados en el empleo, entendiéndose que «la interdicción de la discriminación implica también la adopción de

³⁴ B. SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, *El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022*, en *Femeris*, 2023, n. 2, p. 53.

medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva y de trato»³⁵.

Aunque si bien es cierto que, para que estas medidas puedan conservar su legitimidad, es necesario que se cumplan dos condiciones principales, que se refieren a que «sean eficaces en acabar con la marginación a la que se remite y que tengan “vocación de transitoriedad”, pues si se perpetúan se corre el riesgo de crear guetos que estancuen en la desigualdad al colectivo al que se aplica»³⁶.

Es decir, son evidentes los múltiples beneficios de esta imposición legal a empresas y administraciones públicas no solo para el colectivo en concreto sino para la sociedad en general, entendiendo que, sin estas medidas, es muy probable que la tasa de actividad y empleo de las mismas fuese inexistente, prácticamente, como lo era con anterioridad a la aplicación de este tipo de medidas que pretenden garantizar la igualdad, que consideramos que aún se encuentra lejos de ser una realidad.

Si bien es cierto que, como ya se ha expuesto, una de las características esenciales de este tipo de políticas es la temporalidad, la realidad es que el periodo de tiempo para el que se plantean es especialmente difuso, puesto que antes de su retirada, debemos cerciorarnos de que no se prevea la posibilidad de que vuelvan a producirse las situaciones de discriminación que se pretenden contrarrestar con las mismas.

Por ende, hay que tener en cuenta la importancia no solo de proteger a estos sujetos cuando se enfrenten a este tipo de situaciones, sino trabajar en la prevención de que lleguen a producirse, por lo que estas medidas pueden abarcar estos dos ámbitos, siendo fundamentales para contrarrestar las barreras sistémicas y las actitudes discriminatorias que históricamente han excluido a estos grupos de personas de la fuerza laboral.

Sin embargo, la implementación y el cumplimiento de estas leyes a menudo enfrentan desafíos significativos, ya que algunas empresas optan por el pago de sanciones económicas en lugar del cumplimiento con las cuotas de contratación, lo que evidencia una falta de compromiso y sensibilización con la verdadera inclusión social (que acarrea inclusión económica, entre otras). Este enfoque no solamente perpetúa la exclusión, sino que también subestima el potencial y las habilidades de las personas con discapacidad.

Por otro lado, también existe regulación normativa en el mercado protegido mediante los Centros Especiales de Empleo, principalmente, cuya plantilla estará compuesta, como mínimo, por un 70% de personas

³⁵ STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5º.

³⁶ J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual*, en *esta Revista*, 2019, n. 4, p. 122.

con discapacidad a través de una relación laboral especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (esta última ya derogada).

Estos centros son una herramienta valiosa en la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, por lo que cumplen una función crucial en proporcionar empleo y oportunidades de desarrollo profesional (a través de programas de formación y capacitación) a personas que, de otra manera, enfrentan barreras muy significativas para ingresar en el mercado laboral.

No obstante, sin desmerecer la labor que realizan estos centros de empleo, consideramos que lo más oportuno sería la inclusión de estas personas en todos los ámbitos de manera completamente igualitaria a la del resto de colectivos, es decir, en los mismos lugares de empleo, para que no solo se produzca una inclusión laboral sino también social, ya que existe el riesgo de que perpetúen una forma de segregación laboral si no se acompañan de políticas activas para la integración de estas personas con discapacidad en el mercado laboral general.

Asimismo, es crucial evaluar regularmente las habilidades, capacidades y conocimientos de las personas en estos centros para que no se estanquen en los mismos, donde se ofrecen generalmente unas condiciones laborales inferiores a las del mercado laboral general, incluyendo salarios más bajos y menores beneficios, lo que tendrá repercusiones en un futuro con respecto al disfrute de determinadas prestaciones de la Seguridad Social.

Además de todo ello, si analizamos la situación desagregada por géneros, no encontramos disposiciones que valoren la perspectiva de género en un grupo poblacional donde las mujeres con discapacidad son doblemente discriminadas ya que, como se ha visto con anterioridad, existen menores tasas de actividad tanto en mujeres como en personas con discapacidad. En ese sentido, volvemos a incidir en la idea de que las barreras y dificultades para este colectivo no se suman, sino que se multiplican, lo que crea un efecto sinérgico negativo, haciendo que las soluciones necesiten ser más integrales y específicas que las que se están proponiendo.

La situación se agrava notablemente cuanto estas mujeres con discapacidad también son racializadas, ya que enfrentan una combinación de múltiples formas de discriminación que han de ser tomadas en consideración para su acceso al mercado laboral: por género, discapacidad y origen racial o étnico; lo cual intensifica la vulnerabilidad y el riesgo de exclusión social de estas mujeres, por lo que la interseccionalidad en este

sentido es fundamental, la cual promueve un cambio de perspectiva que considere dos o más ejes de discriminación interceptados en base a causas estructurales³⁷. A tal respecto,

si bien es cierto que todas las mujeres son de alguna manera sujetas a la discriminación de género, también es cierto que otros factores relacionados con las identidades sociales de las mujeres, tales como la clase, la casta, la raza, el color, el origen étnico, la religión, el origen nacional, la orientación sexual son “diferencias que marcan la diferencia” en la manera en que los distintos grupos de mujeres experimentan la discriminación. Estos elementos diferenciales pueden crear problemas y vulnerabilidades que son exclusivos de grupos particulares de mujeres, o que afectan de manera desproporcionada a algunas mujeres con respecto a las demás³⁸.

Aún más en el caso de las mujeres con discapacidad, que ya de por sí se considera socialmente que no está capacitada para la realización de labores en el mercado de trabajo, sin ni siquiera considerar el tipo de discapacidad que padece, provocando marginación en todos los ámbitos cotidianos.

Es decir, se están planteando medidas de mejora de empleabilidad en el mercado de trabajo para determinados colectivos muy concretos, como son las mujeres, personas con discapacidad, personas mayores, la juventud, etc., pero de forma individualizada y separada, cuando lo importante es que se contemplen medidas transversales que vayan más allá de proteger a cada uno de ellos por separado, sino que sean capaces de integrarse y mezclarse según las circunstancias específicas de cada persona. Esta notoria falta de transversalidad, que se extrapola perfectamente al resto de ámbitos fuera del laboral, produce que los grupos que sufren una mayor vulnerabilidad sufran una discriminación más exagerada por la acumulación de situaciones o circunstancias que los alejan de los parámetros considerados generales.

4. Reflexiones finales: ¿cómo mejorar la situación laboral de la mujer con discapacidad?

Tras el análisis del colectivo de las mujeres con discapacidad, se

³⁷ M.C. LA BARBERA, *Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea*, en *Inter Disciplina*, 2016, n. 8, p. 117.

³⁸ K. WILLIAMS CRENSHAW, *Gender-related aspects of race discrimination*, EGM/GRD/2000/WP.1, Expert Group Meeting on “Gender and Racial Discrimination”, Zagreb, 21-24 noviembre 2000.

evidencia que sufre una clara situación de discriminación múltiple en el mercado de trabajo por su doble condición de ser mujer y ser persona con discapacidad. Esta situación plantea serias dificultades en diversos ámbitos de sus vidas, especialmente en el del empleo, en el que la suma de condiciones se traduce en una multiplicación de las discriminaciones, puesto que el escenario que se presenta para estas personas es difícilmente sostenible incluso con las medidas de protección planteadas hasta el momento.

Todos estos problemas que pueden parecer de cierta manera invisibles, se materializan específicamente en una alta tasa de inactividad (situando a la mujer con discapacidad en el hogar o en centros de atención donde no se fomenta el desarrollo profesional real), así como en una mayor dificultad para su independencia no solo en base a su autonomía y desarrollo personal, sino también económico, al encontrar numerosas barreras en el acceso al mercado de trabajo y, si lo consiguen, los salarios son relativamente más bajos que la media salarial española, lo que a su vez perjudicará su acceso a unas pensiones dignas y suficientes³⁹.

En ese sentido, se hace necesario un entramado de políticas públicas que verdaderamente pretendan incorporar a la mujer con discapacidad en el mercado de trabajo, con medidas que incluyan una perspectiva de género, ya que si existen políticas específicas para el colectivo de mujeres respecto a la población general, no resulta coherente que, en casos de discriminación múltiple, no se añadan estos factores a los nuevos sobre los que se pretende actuar. Es decir, si ya existen diferencias entre la empleabilidad de hombres y mujeres en la población sin discapacidad, ¿por qué en la implementación de medidas para las personas con discapacidad olvidamos la influencia del género ante este colectivo? Si la mujer con discapacidad solamente sufriera discriminación por su condición de persona con discapacidad, entonces no estaría ante una situación de discriminación múltiple.

Por ende, en primer lugar, consideramos que debería incorporarse una perspectiva de género en todas las medidas que se propongan para tratar de fomentar el acceso de todas las personas con discapacidad en el empleo, de tal forma que se evite la discriminación por razón de género incluso en este colectivo que, además, presenta mayores niveles formativos si se compara con los hombres con discapacidad, por lo que parecen tener una mayor predisposición a la formación y al empleo que los datos estadísticos del mercado de trabajo no demuestran.

³⁹ Para más información sobre este asunto, consultar J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Los efectos disruptivos de la discriminación múltiple por razón de género: desde el acceso al empleo a la pensión de jubilación*, en *esta Revista*, 2023, n. 2.

Asimismo, es crucial que los gobiernos y poderes públicos implementen y refuercen normativa que promuevan la igualdad de oportunidades laborales para las mujeres con discapacidad, incluyendo mandatos específicos para la contratación de personas con discapacidad con perspectiva de género y medidas contra la discriminación. En ese sentido, puede ser una estrategia efectiva ofrecer incentivos fiscales a empresas que contraten a mujeres con discapacidad y subvenciones específicas para programas de formación y capacitación para aumentar la empleabilidad de estas mujeres.

Con respecto a la formación, es fundamental asegurar que las mujeres con discapacidad tengan acceso a una educación de calidad desde una edad temprana, que incluya una infraestructura accesible, materiales educativos adaptados a sus necesidades específicas y formación e información al personal docente en educación libre e inclusiva. A mayor abundamiento, es importante el desarrollo de programas de capacitación que estén alineados con las demandas del mercado laboral y que sean accesibles para mujeres con diferentes tipos de discapacidad (no solo para las que padezcan una discapacidad física, que son las que tienen una mayor tasa de empleabilidad), fomentando las habilidades digitales debido al creciente predominio de las tecnologías en el lugar de trabajo, para que no se encuentran desfasadas.

Además, es crucial la implementación de campañas de sensibilización a nivel nacional para educar a la sociedad sobre las capacidades y derechos de las personas con discapacidad en general, y de las mujeres con discapacidad en concreto, dirigidas tanto a la sociedad en su conjunto como a personas empleadoras y empleadas, resaltando los beneficios de la diversidad en el lugar de trabajo, incorporando perspectivas únicas y potentes, de manera que se visibilice a mujeres con discapacidad que han logrado éxito en sus campos profesionales para que sirvan de inspiración y se desafíen los roles y estereotipos culturales negativos. Para ello, es fundamental mejorar la recopilación de datos desagregados por género y tipo de discapacidad para entender mejor las barreras específicas que enfrenta este colectivo en el mercado de trabajo, con la finalidad del posterior diseño de políticas y de programas efectivos.

En definitiva, abordar la situación laboral de las mujeres con discapacidad requiere un enfoque holístico que combine políticas públicas (que incluyan una perspectiva de género en el colectivo, incluyendo incentivos fiscales y subvenciones, etc.), educación y formación, sensibilización, apoyo en el lugar de trabajo y redes de apoyo y mentoría (desde desarrollar habilidades profesionales hasta acceder a oportunidades de *networking*, que puedan proporcionar apoyo emocional, compartir recursos y experiencias, y abogar colectivamente por mejores condiciones

laborales). Implementar este tipo de acciones puede no solo mejorar significativamente las oportunidades de trabajo para estas mujeres, sino también contribuir a una sociedad más inclusiva y equitativa, ya que a veces nos centramos en determinados grupos sociales y olvidamos aquellos que sufren discriminaciones múltiples, cuyas posibilidades en la sociedad quedan muy limitadas por la propia cultura y patrones sociales que hemos ido construyendo equivocadamente.

Sobre todo, volvemos a hacer hincapié en la necesidad de analizar cada una de las discriminaciones que sufren los colectivos para no descuidarlos y que caigan en discriminaciones continuas y más severas por lo que, en el caso que nos ocupa, si se implementan medidas y acciones para paliar este tipo de discriminación múltiple, debe hacerse atendiendo no solo a la condición de persona discapacitada, sino que debe considerarse también su condición de mujer (perspectiva de género).

Para lograr todo ello, a través de un cambio real y duradero, es inevitable que se produzca colaboración y consenso únicos entre gobiernos, sector privado, organizaciones de la sociedad civil, así como las propias mujeres con discapacidad, que muchas veces son tan invisibles que no se escuchan sus necesidades específicas.

5. Bibliografía

- BLÁZQUEZ AGUDO E.M. (2020), *Empleo y discapacidad. Un análisis en perspectiva de género*, en *Documentación Laboral*, n. 120, pp. 27-39
- CABALLERO PÉREZ I. (2018), *Feminismo y discapacidad: El derecho humano a la educación inclusiva desde una perspectiva de género*, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, n. 7, pp. 5-13
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2017), *Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 195, pp. 63-94
- FUNDACIÓN ONCE, ODISMET (2024), *10º Aniversario. Informe General. Principales Resultados*, Informe, n. 9
- GARCÍA GONZÁLEZ G. (2014), *Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección*, en *IUSLabor*, n. 2, pp. 1-11
- GOMIZ PASCUAL M.P. (2017), *Vulnerabilidad y exclusión social en las mujeres con discapacidad*, en *Documentación Social*, n. 184, pp. 153-178

- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2023), *El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 37, pp. 93-108
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ A. (2013), *Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana*, en *Papers*, n. 3, pp. 489-504
- INE (2024), *Mujeres y hombres en España*
- INE (2023), *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2022*, Nota de prensa, 20 diciembre
- INE (2022), *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2021*, Nota de prensa, 14 diciembre
- INE (2022), *Encuesta de Población Activa (EPA). Tercer trimestre de 2022*, Nota de prensa, 27 octubre
- LA BARBERA M.C. (2016), *Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea*, en *Inter Disciplina*, n. 8, pp. 105-122
- MAKKONEN T. (2002), *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University
- MEZA MARTÍNEZ C.A. (2018), *Discriminación laboral por género: una mirada desde el efecto techo de cristal*, en *Equidad y Desarrollo*, n. 32, pp. 11-31
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2022), *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad*
- NIETO ROJAS P. (2023), *La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 75-102
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES (2023), *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad. Estatal. Datos 2022*, SEPE
- OMS (2023), *Discapacidad*, en *www.who.int*, 7 marzo
- RICOU CASAL M. (2024), *OIT. Visibilizar la diferencia biológica hombre-mujer: clave para una real y efectiva salud laboral*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 192-209
- ROJO TORRECILLA E. (2023), *Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 14-45
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2023), *Los efectos disruptivos de la discriminación múltiple por razón de género: desde el acceso al empleo a la pensión de jubilación*, en *Revista*

- [Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 2, pp. 60-81
- 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
- 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
- SÁEZ LARA C. (1995), [Las discriminaciones indirectas en el trabajo](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales](#), n. 6, pp. 67-80
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ T. (2020), [Sexo y género: una mirada interdisciplinar desde la psicología y la clínica](#), en [Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría](#), n. 138, pp. 87-114
- SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ B. (2023), [El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022](#), en [Femeris](#), n. 2, pp. 52-74
- SANDOVAL ROBAYO M.L. (2002), [Pierre Bourdieu y la teoría sobre la dominación masculina](#), en [Revista Colombiana de Sociología](#), n. 1, pp. 55-72
- SIERRA HERNÁIZ E. (2018), [La discriminación de género en la relación laboral: igualdad formal, igualdad material y acción positiva](#), en [Foro](#), n. 29, pp. 49-64
- SILVÁN SOTILLO C., QUÍFEZ EMBÍZ L.E. (coords.) (2023), [Ojo al dato. Visibilidad de una realidad oculta a través del dato: mujer, discapacidad y violencia](#), Informe de Resultados Fundación ONCE
- TOMEI M. (2003), [Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo](#), en [Revista Internacional del Trabajo](#), n. 4, pp. 441-460
- VILA TIERNO T., GÓMEZ SALADO M.Á., CASTRO MEDINA R. (2023), [Fomento del autoempleo y el emprendimiento de las personas con discapacidad: Su concreción en Andalucía](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), n. extra. 5, pp. 133-155
- WILLIAMS CRENSHAW K. (2000), *Gender-related aspects of race discrimination*, EGM/GRD/2000/WP.1, Expert Group Meeting on “Gender and Racial Discrimination”, Zagreb, 21-24 noviembre

Normativa ONU

[Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#)

El incremento del SMI y sus consecuencias laborales: protegiendo a las personas trabajadoras más vulnerables y avanzando hacia la igualdad salarial*

José Iván PÉREZ LÓPEZ**

RESUMEN: La necesidad de aumentar el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en España se ha convertido en un tema de intensa discusión económica, jurídica y social. Este debate no solo se centra en mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras, sino también en mitigar las crecientes desigualdades específicas y la exclusión social que afectan a diversos sectores poblacionales. El SMI se erige como un pilar fundamental, un instrumento esencial para garantizar un nivel de vida mínimo y digno, especialmente en un contexto donde los índices de pobreza laboral no paran de aumentar. Dicho lo anterior y habida cuenta del panorama geopolítico actual, los salarios se han visto gravemente afectados por factores claramente identificables: la inflación, la brecha digital, las competencias digitales, la precariedad laboral, el envejecimiento de la población y el acceso a la vivienda. Dichos factores producen un efecto más erosivo o perjudicial en determinados colectivos necesitados de una tutela específica por parte de los Poderes Públicos. Este trabajo analizará, desde una perspectiva jurídica y económica, el instrumento del SMI como herramienta eficaz para paliar la precariedad laboral y reducir la pobreza a los colectivos vulnerables más desfavorecidos, así como la de proponer alternativas eficaces que no comprometan gravemente el sistema financiero estatal y contribuyan positivamente a la igualdad real y efectiva, imperativo legal de primer orden de cualquier Estado social y democrático de Derecho.

Palabras clave: Precariedad laboral, salario mínimo interprofesional, derechos laborales, igualdad, empleo, discriminación, género, colectivos vulnerables.

* Este artículo ha sido realizado en el marco de las Redes de I+D+i de la Universidad de Málaga titulados *Hacia una transformación digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (referencia B1-2023_031), y *El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar* (referencia B1-2021_11).

** Este artículo ha sido redactado en condición de investigador en el marco del I Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (España): A1 Ayudas para la iniciación a la investigación, convocatoria de Ayudas de Iniciación a la Investigación para estudiantes de Grado y Máster, en el ámbito del Proyecto Nacional PID 2022-140298NB-I00 *La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*.



SUMARIO: 1. Introducción. Origen, evolución y panorama del Salario Mínimo Profesional. 2. Definición y regulación normativa del Salario Mínimo Interprofesional. 3. El SMI y su repercusión en el ámbito laboral. 3.1. Colectivos vulnerables frente al incremento del SMI. Diagnóstico de desigualdad. 3.2. Las consecuencias del incremento del SMI en España y su incidencia en la empleabilidad de la mujer joven. 3.2.1. SMI y trabajo doméstico. 3.3. La insuficiencia del SMI y los jóvenes. Pobres con trabajo. 4. La incidencia de la inteligencia artificial sobre el SMI. 5. El Salario Mínimo Interprofesional en el Derecho Europeo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

The Increase in the Minimum Wage and Its Labour Consequences: Protecting the Most Vulnerable Workers and Advancing Wage Equality

ABSTRACT: The need to increase the Minimum Interprofessional Wage in Spain has become a topic of intense economic, legal, and social discussion. This debate not only focuses on improving the quality of life of workers but also on mitigating the specific and growing inequalities and social exclusion affecting various population sectors. The Minimum Interprofessional Wage stands as a fundamental pillar, an essential instrument to ensure a minimum and decent standard of living, especially in a context where labour poverty rates continue to rise. Considering the current geopolitical landscape, wages have been severely affected by clearly identifiable factors: inflation, the digital divide, digital skills, job insecurity, population aging, and access to housing. These factors have a more erosive or detrimental effect on certain groups in need of specific protection by Public Authorities. This work will analyse, from a national and supranational legal perspective, the Minimum Interprofessional Wage as an effective tool to alleviate job insecurity and reduce poverty among the most disadvantaged vulnerable groups, as well as propose effective alternatives that do not severely compromise the state financial system and contribute positively to real and effective equality, a legal imperative of the highest order for any social and democratic state governed by the rule of law.

Key Words: Job insecurity, minimum interprofessional wage, labour rights, equality, employment, age discrimination, gender discrimination, vulnerable groups.

1. Introducción. Origen, evolución y panorama del Salario Mínimo Profesional

Podría decirse que la primera regulación normativa tiene lugar en período preconstitucional, en plena etapa del régimen franquista, tras la promulgación de la Ley de Convenios Colectivos de 1958¹. En dicho Convenio, se reconocen una serie de derechos sociales ya reconocidos en la II República² cuya influencia materializa el primer texto normativo regulador del salario mínimo: la Ley de 1963³. Su finalidad perseguía dar un sistema de fijación salarial de carácter general para todas las ramas del trabajo. Tras la finalización del franquismo y el comienzo de la transición democrática, los sindicatos UGT y CCOO empiezan a reivindicar contundentemente un salario mínimo digno y suficiente, consiguiendo subidas de valor históricas en torno al período 1963-1975⁴. En esta etapa la naturaleza del salario mínimo interprofesional se transforma. Ya no supone un instrumento de armonización de los salarios en todas las ramas de trabajo, sino más bien una garantía de los trabajadores de percibir una remuneración suficiente para vivir de forma digna.

Otro aspecto relevante supuso la introducción del euro en España pues, pese a las garantías legales establecidas al efecto⁵ sufrió cierta pérdida de valor tras la acomodación de la introducción del euro, sobre todo en el

¹ Ley de 24 de abril de 1958 sobre Convenios Colectivos Sindicales. Su artículo tercero garantizaba una serie de condiciones mínimas, declarando la nulidad de aquellas cláusulas contractuales que implicaran condiciones menos favorables para el trabajador. Así mismo limitaba a los convenios colectivos sindicales la disminución de ciertos beneficios como aquellas situaciones obtenidas por los trabajadores individual o colectivamente. Se reconoce de manera abstracta, una garantía de condiciones mínimas indisponibles por el empresario en beneficio del trabajador, cuya tendencia garantista acabará englobando no sólo las condiciones de trabajo sino también el salario.

² Ley de la jornada legal máxima de 1931 (fruto del Convenio OIT n. 1 definitivamente en virtud del Decreto 1 mayo de 1931). Dicha normativa fijaba 8 horas diarias como jornada permitida. Además prohibía al empresario emplear a un obrero fuera de sus horas indicadas para el trabajo, durante las horas dedicadas al descanso.

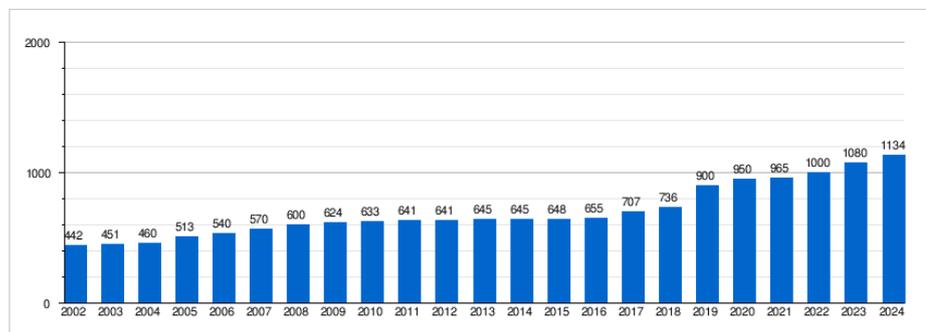
³ Decreto 55 1963, de 17 de enero, sobre establecimiento de salarios mínimos y su conexión con los establecidos por Convenios Colectivos Sindicales o mejoras voluntarias. En dicho decreto, se pretende dar homogeneidad salarial a todos los trabajadores que, no venían percibiendo el mismo salario debido fundamentalmente al carácter dispositivo de las empresas a mejorar sus condiciones laborales, existiendo divergencias entre las empresas que mejoraban el salario con las que no.

⁴ El primer salario mínimo interprofesional de 1963 se estableció en 10,818 euros frente a los 50,485 euros en 1975.

⁵ Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. Su artículo 6 garantizaba la sustitución de la peseta a euros sin pérdida del valor. No obstante, el SMI sufrió cierta devaluación derivada de su ralentización entre los periodos 1999-2004.

tramo comprendido entre 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2001, tramo en el que convivieron ambas monedas. El SMI ha ido incrementándose de forma constante desde su creación, pero la cuestión relevante radica en términos cuantitativos y no cualitativos, y es que la subida del SMI, pese a ser constante, no ha sido suficiente para hacer frente a los gastos de la vida ordinaria, originando un cisma entre el PIB per cápita y el SMI.

Gráfico 1 – Salario mínimo en España desde 2002 hasta 2024



Fuente: WIKIPEDIA, [Anexo: Salario mínimo en España](#), en es.wikipedia.org, 7 febrero 2024

Como ya viene advirtiendo datos provenientes de Europa⁶, el PIB per cápita español se encuentra en el 20%. La principal consecuencia de tener un SMI superior al PIB per cápita supone la afección a la capacidad económica de un Estado a la hora de crear empleo. El impacto puede además subclasificarse según el ámbito al que afecte, pudiendo agravar la desigualdad salarial, desajustar los precios y/o reasignar trabajadores por motivos productivos⁷. Todo ello sin perjuicio de las reglas de afectación habilitadas legalmente⁸. La numerosa cantidad de variables a tener en cuenta

⁶ Datos estadísticos ofrecidos por EUROSTAT, [PIB per cápita, consumo per cápita e índices de nivel de precios](#), en ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained, 10 diciembre 2012 (datos de septiembre de 2011). Se evidencia una desproporción en España entre este indicador y el salario mínimo. Existe mayor riqueza no solo en países de la UE con mayor salario mínimo, Luxemburgo, Irlanda, Países Bajos, Alemania, Bélgica y Francia, sino también en otros seis países: Dinamarca, Suecia, Austria, Finlandia, Italia y Chipre, que tienen salarios mínimos más bajos que España a pesar de tener un PIB per cápita más elevado.

⁷ Vid. C. BARCELÓ ET AL., [Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España](#), Documento Ocasional Banco de España, 2021, n. 2113, p. 8.

⁸ Arts. 12 y 13 del Real Decreto-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. Dichas reglas de afectación pretenden evitar que el incremento del salario mínimo

respecto al reajuste del SMI para hacerlo real y efectivo gira entorno a la incertidumbre, pues resulta complicado conciliar criterios económicos y criterios sociales, haciendo difícil dicha tarea⁹. A mayor abundamiento, la diversidad de herramientas para paliar dichos desajustes encuentra una dificultad añadida derivada de la colisión entre los criterios utilizados para la efectividad convencional del SMI y para aquellos colectivos vulnerables con necesidades específicas, pues aquellas vías útiles para unos resultan perjudiciales para otros. La ingente normativa protectora de diversas situaciones discriminatorias específicas choca con su efectividad en el plano económico al no preverse mecanismos de conciliación efectiva entre los efectos que su implementación produce en las oscilaciones del mercado, pudiendo llegar a provocar la aplicación de determinadas normativas efectos contraproducentes. La enjundia de dicha cuestión radica en la altísima dificultad para armonizar el sistema económico de libre mercado con la intervención estatal, aunque no nos encontremos ante un Estado netamente liberal.

2. Definición y regulación normativa del Salario Mínimo Interprofesional

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), el SMI fija la cuantía retributiva mínima que percibirá el trabajador referida a su jornada legal de trabajo, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumo (IPC), la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general. En el ámbito supranacional, la OIT también ofrece un concepto similar al uso¹⁰. Sin embargo, podemos dar una conceptualización más axiológica y

interprofesional provoque distorsiones económicas o consecuencias no queridas en los ámbitos no laborales que utilizan el salario mínimo interprofesional a sus propios efectos.

⁹ Vid. S. DE LA RICA, L. GORJÓN, D. MARTINEZ DE LAFUENTE, G. ROMERO, *El impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en la desigualdad y el empleo*, Informe ISEAK, 2021, n. 6, p. 5.

¹⁰ Artículo 3 del Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos de 1970: «Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes: (a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; (b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo».

sustancial si acudimos al artículo 6 del Pilar de Derechos Sociales¹¹, el cual lo define como el derecho de los trabajadores a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno¹².

En el ámbito estatal, su regulación se encuentra en el artículo 35.1 de la Constitución Española, la cual reconoce el derecho de las personas trabajadoras a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Más concretamente, el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores¹³, en cumplimiento de dicho mandato constitucional, ordena de forma imperativa al ejecutivo tanto la fijación del SMI como su revisión. Se trata por tanto de un concepto fundamental y esencial del Derecho del Trabajo y de cualquier Estado del bienestar, razón de más para limitar la autonomía del empresario a disponer en él, dada la confluencia de derechos fundamentales, principios rectores y políticas sociales básicas¹⁴. Se trata de un imperativo de mínimos que puede provenir legalmente de distintas fuentes normativas, bien de una ley, un Convenio Colectivo o un contrato de trabajo¹⁵. El Tribunal Constitucional lo ha reconocido como un límite a la libertad empresarial en aras del interés social¹⁶.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, 26 abril 2017 COM(2017)250 final.

¹² Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales.

¹³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Vid. M.M. PÉREZ HERNÁNDEZ, *El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 163, p. 246.

¹⁵ Vid. P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, *El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente*, en *Lex Social*, 2022, n. 1, p. 500.

¹⁶ La importantísima STC 31/1984, de 7 de marzo, ya reconocía que en este marco de exigencias constitucionales ha de situarse el art. 27 ET (sobre “salario mínimo interprofesional”) y a ellas ha de someterse la potestad expresa y específica al Gobierno de fijar un salario mínimo interprofesional. Y, de otro, que, aunque la institución del salario mínimo constituya una intervención «coactiva» en las relaciones de trabajo y limite la libertad contractual, dicha intervención «atiende a un interés social», que se estima «digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales a los que antes nos referimos. El sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE». Un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que respondiendo a aquellos

Su protección se encuentra además en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social calificando como infracción grave, el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores. La relativamente reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, insiste en la protección del SMI, dejando claro que la colocación de cualquier trabajador que se ofrezca deberá respetar el umbral salarial del SMI, y mantiene la contratación indefinida como modelo contractual ideal por defecto en las relaciones de carácter laboral.

En la actualidad, su actualización es producto de la promulgación del Real Decreto Ley 145/2024, de 6 de febrero por el que se fija el nuevo salario mínimo interprofesional, cuya retroactividad abarca desde el 1 de enero de 2024. Dicho Real Decreto es fruto de la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En dicha directiva, el salario mínimo legal se define como el salario mínimo establecido por ley u otras disposiciones legales vinculantes, a excepción de los salarios mínimos fijados mediante convenios colectivos que se hayan declarado universalmente aplicables sin ningún margen de discrecionalidad por parte de la autoridad que los declara respecto del contenido de las disposiciones aplicables. Dicha Directiva, que abordaremos más adelante, es bastante innovadora, material reflejo de la preocupación de las instancias supranacionales, en respuesta al nuevo fenómeno paradigmático del trabajador que, como consecuencia de la extrema precarización laboral, sigue siendo pobre aunque trabaje¹⁷.

3. El SMI y su repercusión en el ámbito laboral

El artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores no especifica qué remuneración debe tenerse en cuenta para establecer la determinación del salario mínimo. Al hilo de esto, las SSTs de 29 de marzo y 26 de enero ambas del 2022, han interpretado el precepto, a efectos de establecer el cálculo del SMI, concluyendo que deben englobarse el salario base y todos

valores de justicia e igualdad den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 (CE).

¹⁷ Vid. F. FERNÁNDEZ PROL, *El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea*, en *Labos*, 2024, n. 1, p. 53.

los complementos salariales incluyendo los variables¹⁸. Si el correspondiente convenio colectivo dispone retribuciones mayores, esa diferencia absorberá el incremento del SMI, salvo que el convenio disponga lo contrario¹⁹.

Al actual SMI de 1134 euros mensuales brutos se le debe restar el porcentaje de cotización a la Seguridad Social, el porcentaje de prestación por desempleo y las retenciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (un 6% aproximadamente). Son 1134 euros en 14 pagas o 1323 si están prorrateadas. El salario de las personas trabajadoras eventuales, así como los temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 euros, no puede ser inferior a 53,71 euros por jornada. En el caso de empleadas y empleados del hogar que trabajen por horas, el salario mínimo será de 8,87 euros por hora efectivamente trabajada²⁰. No debe incluirse la remuneración que el trabajador perciba en especie. El SMI se establece para jornada completa, por lo que deberá adecuarse proporcionalmente a la jornada contractualmente establecida.

El SMI en su cuantía es inembargable. No sólo por lo dispuesto en el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores sino además por el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹. El SMI se aplica a todos los contratos ordinarios, incluyendo los contratos formativos, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 m) y 3. L) del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y los de carácter especial, art. 1.2 a) del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía²², incluyendo recientemente a los representantes de comercio²³.

Por último y, en virtud de lo reconocido en la disposición transitoria única del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario

¹⁸ STS 29 marzo 2022 y STS 26 enero 2022.

¹⁹ Con algunos matices, según algunas sentencias del Tribunal Supremo *Vid.* F. VILA TIerno, *Una breve referencia a la nueva regulación del salario mínimo interprofesional: un ejemplo de inseguridad jurídica*, en *Lex Social*, 2023, n. 1, p. 2.

²⁰ LA MONCLOA, *Salario Mínimo Interprofesional (SMI): ¿qué es, cuánto sube y a quién beneficia?*, en *Trabajo y Economía Social*, 27 junio 2024.

²¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²² En dicho artículo se reconoce la vinculación con el salario mínimo interprofesional «en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

²³ [STS 10 octubre 2023](#) (rec. 4537/2022): «dentro de los derechos a los que se refiere el artículo 12 RD 1438/1985 está el de percibir la remuneración “legalmente establecida”. Y debe entenderse que, conforme a lo expuesto sobre los artículos 35.1 CE, 27 ET y 1.2 a) del Real Decreto-ley 3/2004 y los reales decretos anuales de salario mínimo interprofesional, la noción de remuneración legalmente establecida presupone lógicamente el obligado respeto a la cuantía del salario mínimo interprofesional».

mínimo interprofesional para 2024, la nueva cuantía del SMI no será de aplicación a las normas vigentes de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla y de las entidades que integran la administración local que utilicen el salario mínimo interprofesional como indicador o referencia del nivel de renta o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, salvo disposición expresa en contrario de las propias comunidades autónomas, o de las entidades que integren la administración local. Tampoco se aplicará la nueva cuantía del SMI en cualesquiera contratos y pactos de naturaleza privada vigentes a la fecha de entrada en vigor de la nueva cuantía del SMI que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia a cualquier efecto, salvo que las partes acuerden la aplicación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional.

3.1. Colectivos vulnerables frente al incremento del SMI. Diagnóstico de desigualdad

De conformidad con el artículo 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, se recoge un extenso y heterogéneo listado de colectivos de atención prioritaria, los cuales señalamos a continuación²⁴: las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas mayores de cuarenta y cinco años, mujeres con baja cualificación, personas en situación de exclusión social, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado, y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. En un esfuerzo por unificarlos en un colectivo general suficientemente amplio para aproximar a todos ellos las distintas contingencias y vicisitudes, podemos englobarlos, al menos por edad, en jóvenes y jóvenes mujeres.

²⁴ Dicha Ley reconoce una amplia lista de colectivos vulnerables: personas LGTBI, en particular trans, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres víctimas de violencia de género, personas gitanas entre otros.

3.2. Las consecuencias del incremento del SMI en España y su incidencia en la empleabilidad de la mujer joven

Según un estudio publicado en 2019 respecto al incremento del SMI, casi un 57% de las personas afectadas por dicho aumento fueron mujeres (47,5%) y las personas jóvenes cerca del 22%²⁵. Pese a crear una apariencia positiva el incremento del SMI, lo cierto es que implica un riesgo adyacente implícito pues, su éxito o fracaso se encuentra supeditado a la reacción positiva de las empresas.

La asunción por las empresas empleadoras del aumento en los costes o descenso en los beneficios derivados del incremento del SMI puede desembocar en un aumento en el precio final del producto, el reajuste laboral de la plantilla o reducción de su jornada laboral, incidiendo, en este último caso, de forma negativa a las condiciones laborales, exponiendo más aun a los colectivos más vulnerables²⁶. A ello debe sumarse la incertidumbre añadida derivada de la falta de comparabilidad de aumentos anteriores²⁷. Todo ello se evidencia en los datos provenientes de la Estadística de Despidos y su Coste²⁸, la cual refleja una indemnización de los despidos de mujeres un 25% más baja que la de los hombres, percibiendo estos diez mil veinte ocho euros frente a los siete mil quinientos de aquellas. La desigualdad estriba fundamentalmente en la persistente precariedad laboral femenina, la cual sigue siendo contratada bajo modalidades contractuales que conceden menores indemnizaciones que las convencionales, mayormente de naturaleza temporal y no indefinida. Para más inri, de conformidad con los datos provenientes de la Encuesta Anual de Estructura Salarial²⁹, se constata que la brecha salarial entre mujeres y hombres es del 18,36% en cómputo anual y el 25% de las mujeres perciben ganancias menores o iguales al Salario Mínimo Interprofesional, mientras que este porcentaje en el caso de los hombres es solo del 11%.

²⁵ Vid. S. DE LA RICA, L. GORJÓN, D. MARTINEZ DE LAFUENTE, G. ROMERO, *op. cit.*, p. 24.

²⁶ ISEAK, *La subida del Salario Mínimo Interprofesional de 2019 disminuyó ligeramente la desigualdad de rentas y provocó una leve pérdida de empleo*, Informe divulgativo, 2019, p. 2.

²⁷ Vid. A. LA CUESTA, M. IZQUIERDO, S. PUENTE, *Un análisis del impacto de la subida del salario mínimo interprofesional en 2017 sobre la probabilidad de perder el empleo*, Documento Ocasional Banco de España, 2019, n. 1902, p. 27.

²⁸ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA Y ANÁLISIS SOCIOLABORAL, *Estadística de despidos y su coste*, Datos 2019.

²⁹ MINISTERIO DE IGUALDAD, *Declaración institucional con motivo del Día para la Igualdad Salarial*, 20 febrero 2024.

En la actualidad, según datos del Ministerio de Trabajo y economía Social³⁰, el 64,6% de los beneficiados por el incremento del SMI son mujeres. Ello sumando la brecha salarial existente por razón de género que, según datos del INE, afecta al 25,0% de mujeres, las cuales tienen ingresos salariales menores o iguales al Salario Mínimo Interprofesional (13.370,0 euros anuales) frente al 10,7% de hombres³¹. Estos datos nos permiten diferenciar dos conceptos que a priori parecen similares pese a no serlo. Nos referimos al concepto de brecha salarial y al concepto de discriminación salarial.

La primera, estriba exclusivamente en la diferencia salarial que percibe un trabajador respecto de otro, por lo que existirá brecha salarial si alguien cobra una retribución diferente en comparación con otra bajo las mismas condiciones, mismas horas y mismo trabajo. Su enjundia se orienta al dato, y su análisis, delimitación y contenido es cuantificado de forma exclusivamente económica y numérica, normalmente elaborado mediante estadísticas como el INE.

La discriminación salarial, sin embargo, se conceptualiza como aquel trato desigual por el hecho de ser mujer³². Conlleva un desvalor mayor porque no sólo engloba el trato desigual en el ámbito económico o retributivo, sino además un reproche social, una flagrante vulneración de los valores más básicos y elementales de una sociedad cívica. Se trata de una actividad finalista que consiste, en definitiva, justificar la desigualdad salarial por ser mujer, sin ahondar más en ello. Si la brecha salarial vulnera los arts. 35 y 14 de la Constitución, la discriminación salarial abarcaría además los arts. 1, 9.2, 10, y 18. Sin perjuicio de toda la normativa nacional y supranacional.

3.2.1. SMI y trabajo doméstico

La mencionada discriminación señalada en el párrafo anterior se plasma en determinados sectores laborales predominantemente femeninos, pues son aquellos los que tienen una retribución menor, una categoría

³⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Las comunidades de Andalucía, Madrid y Valencia, las que más se benefician de la subida del 5% del SMI](#), Gabinete de comunicación, 8 febrero 2024.

³¹ INE, [Distribución salarial. Percentiles de salarios. Trabajadores en función de su ganancia anual respecto al Salario Mínimo Interprofesional \(SMI\). Deciles de salarios. Proporción de trabajadores con ganancia baja \(low pay rate\)](#), en *Mujeres y hombres en España*, 2023.

³² UGT, [La subida del SMI acorta los plazos para lograr la igualdad salarial](#), informe de 22 de febrero de 2023, Día por la Igualdad Salarial, p. 3.

inferior, una mayor precariedad laboral y una menor promoción laboral³³. El trabajo desempeñado por mujeres continúa siendo unos de los más acuciantes en la actualidad, pues el grueso normativo de protección específico no aborda de forma efectiva la promoción, ascenso, reclutamiento, selección y contratación para impulsar con éxito la erradicación de la segregación horizontal y vertical³⁴.

Como consecuencia de los persistentes estereotipos y roles tradicionales, la mujer lidera de forma absoluta la mayoría de los puestos laborales de ámbito doméstico. El incremento del SMI puede no tener el efecto deseado en este sector. La relación entre empleador y empleada se produce en un entorno personalísimo, donde la confianza e intimidad que presiden estos trabajos suelen retorcerse en favor de la precariedad laboral y las relaciones de poder³⁵. El propio legislador ha reconocido la manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización del Sistema Especial de Empleo en el hogar familiar³⁶.

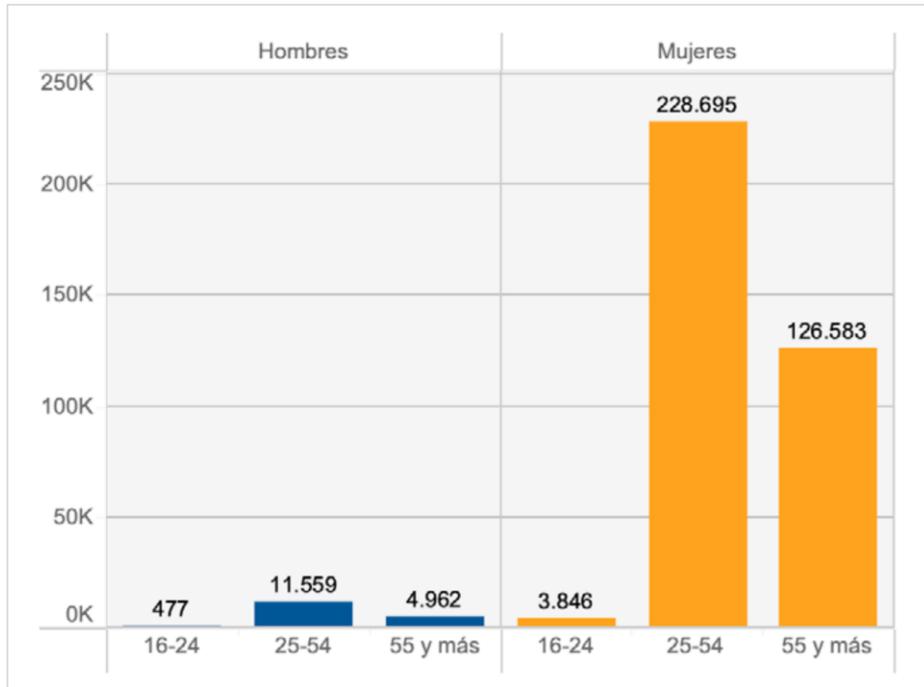
³³ Las mujeres desarrollan su actividad predominantemente en el sector Servicios, donde trabajan 8.698.700 (el 88,9% de las mujeres con empleo), principalmente en las actividades de Comercio, Sanidad, Educación y Hostelería; siendo relativamente muy baja la presencia femenina en Agricultura (183.300) y Construcción (120.400). *Vid.* MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, 2023, Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral.

³⁴ *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. 73 ss.

³⁵ *Vid.* R. ORTIZ MONERA, *Las empleadas del hogar en España: precariedad, crisis y resistencias*, en *Anuario del Conflicto Social*, 2023, n. 14, p. 9.

³⁶ El propio preámbulo del Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de la seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, añade que existe, además, un elemento histórico de desvaloración 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 histórica y mayoritariamente por mujeres, contribuyendo a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género. 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 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.

Gráfico 2 – Sistema Especial de Empleados del Hogar. Afiliados a la Seguridad Social por sexo y edad, febrero de 2023 (n. de personas)



Fuente: FUNCAS, [Una contribución a la sociedad poco visible y apreciada, pero de gran valor social](#), en [blog.funcas.es](#), 30 marzo 2023

El 95% de los trabajos domésticos en España es desempeñado por mujeres. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la gran importancia de aplicar equidad de género en este tipo de trabajos, pues la mayor afectación femenina en el caso de las normas aplicables al sector del trabajo del servicio del hogar familiar resulta indudable³⁷. Sin embargo, aplicar perspectiva de género en aras de hacer valer los derechos frente a este tipo de contratación resulta complicado. Existen mecanismos de “denuncias anónimas” mediante su presentación en el buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁸, pero resulta difícil para el inspector de turno constatar la irregularidad de una empleada de hogar sin la cooperación de la propia trabajadora o del empleador, habida cuenta de la imposibilidad de acceder al domicilio constitucionalmente inviolable.

³⁷ STJUE 14 abril 2015, asunto C-527/13.

³⁸ Canal disponible en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#).

Por ello, el incremento del SMI puede producir efectos negativos sí, el empleador observa que la situación laboral de su empleada de hogar se vuelve más y más fraudulenta. Contra más derechos y mejores condiciones se reconocen, más se agudiza y agrava dicha irregularidad, llegando a ser insostenible por el empleador el riesgo asumido derivado de la precariedad laboral a la que somete a su empleada, propiciando su despido. Básicamente los empleadores afrontan un mayor incremento de los costes laborales tras la subida³⁹. También se trata de un trabajo difícilmente registrable a efectos de la Seguridad Social, lo que favorece la evasión de impuestos⁴⁰, máxime cuando muchas de ellas son advertidas sobre este extremo bajo amenaza de despido o chantajeadas si son inmigrantes y viven en España de manera irregular.

El INE revela que el servicio doméstico es desempeñado por mujeres de entre 30 y 44 años, predominando la nacionalidad española con jornadas parciales de menos de 10 horas a la semana en cada hogar⁴¹. Dentro de dicho grupo de edad y, según datos provenientes del Banco de España, la subida del SMI incrementó en un 5,4% la probabilidad de perder el empleo bajo los parámetros de afectación o no por la subida del SMI en 2019⁴².

Las posibles consecuencias pueden materializarse potencialmente, como venimos argumentando, en un aumento de la precariedad laboral, favorecimiento de la economía sumergida, reducción de la jornada laboral, contratación irregular como consecuencia de hacer para empleador inasumible la contratación legal, erosión de las condiciones laborales preestablecidas, entre otros. Según datos de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, se estima que, el incremento del SMI producido entre 2018 y 2022 conllevó la desaparición de más de doscientos cincuenta mil empleos, la destrucción directa de más de cien mil y evitó que más de ciento cincuenta mil lo encontraran⁴³.

3.3. La insuficiencia del SMI y los jóvenes. Pobres con trabajo

Pese a los esfuerzos de los Poderes Públicos en incrementar la cuantía

³⁹ Vid. P. FERNÁNDEZ-BALDOR LAPORTA, *Los Efectos a Corto Plazo del Salario Mínimo Interprofesional sobre el Empleo: Evidencia para España*, en nadaesgratis.es, 13 enero 2023.

⁴⁰ Vid. M.R. SORIA TRUJANO, A.L. FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, L.D. ANAYA TRUJANO, *Trabajo doméstico. Autoestima de mujeres empleadas del hogar y de amas de casa*, en *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 2024, n. 1, p. 361.

⁴¹ INE, *Hogares y servicio doméstico*, Cifras INE, 2012, n. 3.

⁴² Vid. A. LACUESTA, M. IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 30.

⁴³ CEPYME, *Salarios. Repercusión de la subida del SMI en la PYME española*, 2023, p. 5.

del Salario mínimo interprofesional, resulta evidente la insuficiencia del mismo habida cuenta de la acuciante inflación que sacude España. Según datos del INE, la tasa de inflación subyacente se elevó en torno a un 6% durante 2022, descendiendo a finales de 2023 con un 3,8%⁴⁴. La principal consecuencia radica en la pérdida de poder adquisitivo de los bolsillos de las personas trabajadoras. Por ello, pese a que la inflación esté descendiendo, no es menos cierto que aun así su porcentaje es mucho mayor en comparación con 2019 o 2018 y por ello existe una pérdida de valor real del SMI. El principal factor inflacionista es la invasión de Ucrania por parte de Rusia que lleva comprometiendo la estabilidad de la Economía europea desde el 24 de febrero de 2022⁴⁵. Los principales afectados son los jóvenes, cuyo colectivo trabaja ocupado mayormente en el sector servicios⁴⁶, uno de los sectores más afectados por la inflación en España, ya que se redujo a casi la mitad el gasto de los consumidores al ocio y a la restauración, en concreto, el 44% de ellos redujo su gasto en 2023 debido al aumento de los precios, conllevando, por consiguiente, una flagrante pérdida de poder adquisitivo⁴⁷. La inflación también sacude la cesta de la

⁴⁴ Además el INE refleja un IPC del 3,4% en enero, tres décimas por encima de la registrada en diciembre. La tasa anual del indicador adelantado de la inflación subyacente disminuye dos décimas, hasta el 3,6%. La variación anual del indicador adelantado del IPCA es del 3,5%. Datos disponibles en INE, [Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo \(IPC\)](#), [Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo Armonizado \(IPCA\)](#), enero 2024.

⁴⁵ El Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania afirma que la guerra ha agravado el choque de oferta que viene sufriendo la economía europea desde el verano de 2021 a causa de la escalada del precio del gas natural y ha añadido además una elevada incertidumbre respecto a su duración e intensidad. El precio del gas natural, que, dado el diseño del mercado eléctrico europeo determina en gran medida el precio de la electricidad, se ha multiplicado por cinco en un año, subiendo un 25 % desde el inicio de la invasión. El petróleo casi ha doblado su precio durante el último año, subiendo un 20% desde finales de febrero de 2022, mientras el precio del trigo ha aumentado el 30 % en el mismo periodo.

⁴⁶ SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO Y ECONOMÍA SOCIAL, [Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo](#), 2022, n. 35. Según dicho informe, el empleo de los jóvenes hasta 29 años por sectores económicos de actividad mantiene una estructura estable: en el cuarto trimestre de 2021 se concentra en el sector servicios, en las ramas de actividad del Comercio (462.900), la Hostelería (359.600) y la Industria Manufacturera (283.900), actividades más dinámicas, destacando por el incremento del empleo registrado en este trimestre. La presencia de jóvenes de hasta 29 años se concentra en ocupaciones relativas a Servicios de restauración y comercio (713.800) y, en menor medida, en las de Técnicos y profesionales científicos (580.700), aunque también es significativa la presencia en ocupaciones elementales (371.000).

⁴⁷ EL PERIÓDICO DE ESPAÑA, [Los consumidores reducen su gasto en ocio y restauración debido a](#)

compra, ya que según datos de la Organización de consumidores y usuarios, el precio de los alimentos ha subido un 34%. No obstante, dicho porcentaje se refiere solamente a la media, pues existen alimentos concretos que han experimentado un aumento de precio mucho mayor, como por ejemplo el aceite de oliva, cuyo incremento asciende al a un 225% o el azúcar con un 91%⁴⁸. Otro factor considerable es la inaccesibilidad de la vivienda, encareciéndose hasta llegar a un 4,7% más. El precio por metro cuadrado oscila en torno a 1548 euros. El mercado del alquiler sube igualmente, cerrando el 2023 con una media de 13,2 euros por metro cuadrado⁴⁹.

El constante aumento de los tipos de interés ha resultado en hipotecas más costosas y menos asequibles, incrementando las dificultades de las familias, especialmente las jóvenes, para adquirir una vivienda. La carga financiera se ha incrementado significativamente, superando en promedio el límite recomendable de un tercio de los ingresos y acercándose al 40%, justo cuando los bancos se han vuelto más estrictos para mitigar riesgos.

Todo este escenario nos conduce inexorablemente a la conclusión de que los jóvenes están cayendo de lleno en cierto riesgo de pobreza, ya que en España, los jóvenes sufren una desventaja relacionada íntimamente con la desigualdad cuyos efectos los desplaza hacia la pobreza relativa⁵⁰ con un margen considerable de exclusión social. Y es aquí donde nos encontramos con el nuevo fenómeno de los llamados “pobres con trabajo”. La mayor vulnerabilidad de los jóvenes a caer en la pobreza se debe a que tienen una mayor probabilidad de estar desempleados y a permanecer sin trabajo durante períodos más prolongados. Además, enfrentan una mayor inseguridad laboral y perciben salarios más bajos⁵¹.

Nos referimos a que, en la actualidad, tener empleo no supone garantía

[aumento de precios](http://www.epe.es), en www.epe.es, 23 abril 2024.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, [Los alimentos suben un 38% en tres años](#), 3 abril 2024.

⁴⁹ Vid. IDEALISTA, [Evolución del precio de la vivienda en alquiler en España](#), agosto 2024.

⁵⁰ En España, según los resultados de la Encuesta de Condiciones de Vida del año 2022, la población en riesgo de pobreza relativa (tasa de riesgo de pobreza), calculada con los ingresos percibidos por los hogares en 2021, es mayor en mujeres (21,1%) que en hombres (19,8%). El grupo de edad más afectado son los menores de 16 años, 27,0% en las mujeres y 28,4% en los hombres. Y En el grupo de 65 y más años los valores son de 20,6% y 16,3% respectivamente. En el grupo de edad de 16 a 64 años, la brecha de género en la población en riesgo de pobreza relativa ha aumentado desde el año 2012, pasando de 0,4 puntos a 1,3 puntos en 2022. El valor de la UE-27 alcanza 0,8 puntos. INE, [Población en riesgo de pobreza relativa según edad. Población en riesgo de pobreza relativa según nivel educativo](#), en *Mujeres y hombres en España*, 2023.

⁵¹ INSTITUTO DE LA JUVENTUD, [El umbral de la pobreza y la juventud española](#), 2021.

o medio para eludir la exclusión social o la pobreza⁵² sino que incluso puede suponer otro factor intrínseco de pobreza. Otro factor, de carácter extrínseco al SMI, supone la ralentización del empleo, propiciando contrataciones menos garantistas o estables, como la contratación temporal o fija discontinua⁵³. En el sector de la hostelería, el SMI asciende al 90% más del salario medio, teniendo en cuenta que dicho sector emplea a 1.4 millones de trabajadores. La tasa AROPE situaba en el 30,3 % para los jóvenes en 2020, esto quiere decir que 3 de cada 10 se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social⁵⁴.

El constante incremento del SMI junto a la disrupción digital propicia la sustitución de trabajos por robots o máquinas incidiendo en un mayor desempleo de larga duración⁵⁵. Además, contribuye a la transformación del panorama laboral buscando alternativas más productivas que generen mayores ingresos, sustituyendo la mano de obra humana por otra artificial o digital. Este proceso de digitalización favorece la inversión en herramientas innovadoras al hacer más accesible la implementación de tecnologías que la hagan más competente dentro del mercado. Otra desventaja bastante controvertida supone la futura desaparición de puestos de trabajo como consecuencia de la automatización⁵⁶. Por tanto, de no implementar medidas concretas y complementarias al SMI, los jóvenes van a verse privados de necesidades básicas y elementales como son: el acceso a la vivienda, la promoción o ascenso laboral, la calidad de vida, la capacidad económica y en última instancia, la dignidad.

4. La incidencia de la inteligencia artificial sobre el SMI

La irrupción y uso de esta nueva tecnología empieza a evidenciar una grave erosión de los puestos de trabajo desempeñados por mano humana, lo que sugiere deducir que también podrá hacerlo en los salarios⁵⁷. No

⁵² Vid. R. CASTRO MEDINA, *Ser trabajador/a joven y pobre*, en *Noticias CIELO*, 2022, n. 6, p. 2.

⁵³ Vid. J.J. ARAÚZ SALMERÓN, *Repercusiones económicas de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en España*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Cádiz, 2019, p. 38.

⁵⁴ INE, *Encuesta de Condiciones de Vida (ECV). Año 2020*, Nota de prensa, 15 julio 2021.

⁵⁵ CEPYME, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ Vid. J.I. PÉREZ LÓPEZ, *Inteligencia artificial y contratación laboral*, en *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, p. 194.

⁵⁷ RANDSTAD RESEARCH, *IA y mercado de trabajo en España*, Informe de 26 de febrero 2024, p. 29. En dicho informe se afirma que, según la encuesta a trabajadores españoles (tanto ocupados como en paro), alcanzó una muestra de más de 1.500 personas entre diciembre de 2023 y enero de 2024. Las cuestiones clave de la encuesta giran en este caso en relación

obstante, a efectos del SMI, vaticina un impacto negativo ya que si bien se dice que la IA podría aumentar un 10,4% el empleo en los países de renta baja y un 13,4% en los países de renta alta, la mayoría de las empresas no tendrán acceso a ella, debido a su limitación económica y de infraestructura⁵⁸ para adquirir esta costosa tecnología de vanguardia. El informe del Foro Económico Mundial estima que, en los próximos cinco años, la inteligencia artificial provocará una disminución del 23% en los puestos de trabajo afectados. Esto incluye tanto la creación de nuevos empleos como la transformación de los existentes. De los 673 millones de trabajadores en 45 economías, se espera la generación de 69 millones de nuevos empleos y la eliminación de 83 millones, lo que resulta en una reducción neta de 14 millones de puestos de trabajo.⁵⁹ Si a ello añadimos que los mayores beneficiarios de cuantía del SMI son mujeres (17,1%) y jóvenes (26,8%) podemos inferir que están inmersos en una clara discriminación.

Respecto a las mujeres, dicha discriminación incide de forma cualificada por tres factores: la brecha salarial, la brecha digital y la brecha algorítmica. Nos referimos a la irrupción de una nueva forma de discriminación específica relacionada con el uso de decisiones automatizadas y la falta de competencias digitales. Por tanto, existe un riesgo mayor para aquellas mujeres jóvenes beneficiarias del SMI, ya que se las expone bien a una potencial pérdida de empleo o bien al mantenimiento de otro precario, sin incluir las discriminaciones referidas, la brecha de género y la brecha digital. La falta de presencia de mujeres en trabajos relacionados con las competencias digitales las arroja a la precariedad laboral⁶⁰, blinda el llamado techo cristal e invisibiliza las vicisitudes propias de las contingencias futuras que sufran como consecuencia de la implementación de la inteligencia artificial.

Frente a este escenario, el Reglamento del Consejo sobre IA⁶¹ se

con el grado de utilización de la IA tanto por los ocupados, en sus respectivos trabajos, como por los desempleados en la búsqueda de empleo. Sus percepciones sobre la tecnología, las expectativas sobre el impacto de la misma en su empleabilidad, competencias y salarios. Asimismo, se profundiza en los temores que dicha tecnología provoca entre los trabajadores, en cuanto al miedo a verse desplazados por la IA en el ámbito laboral.

⁵⁸ RANDSTAD RESEARCH, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Vid. A. CABELLO ROLDÁN, *El mantenimiento del empleo a través de la información en la empresa: una respuesta al cambio tecnológico*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2023, n. 9, p. 120.

⁶¹ [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial \(Ley de Inteligencia Artificial\) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión](#), 21 abril 2021, COM(2021)206

convertirá en la espada de Damocles para combatir todas las irregularidades descritas, pues la práctica totalidad de ellas resultan proscritas. El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ha sintetizado el Título II del Reglamento, dejando claro qué sistemas de IA están prohibidos⁶²:

- los que desplieguen técnicas subliminales con el objetivo de distorsionar el comportamiento de una persona de manera que pueda causarle daños físicos o psicológicos a él o a otros;
- los que exploten vulnerabilidades de un grupo específico de personas por su edad, discapacidad o situación social o económica de forma que distorsionen el comportamiento de estas personas y probablemente les causen daños a ellas o a otras;
- sistemas de IA que elaboren perfiles de personas según su comportamiento, creando un “baremo social” que pueda resultar en que personas o grupos reciban un trato desproporcionadamente desfavorable al comportamiento observado, o en un trato desfavorable en un contexto que no es aquél donde se recogieron los datos.

Con la aparición de dicho Reglamento, las empresas se van a ver impedidas de determinadas prácticas fraudulentas, por lo que el futuro de la IA se encuentra supeditado al respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y a este nuevo Reglamento.

5. El Salario Mínimo Interprofesional en el Derecho Europeo

El artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. El principio número seis del Pilar Europeo de Derechos Sociales vuelve a incidir en el reconocimiento a las personas trabajadoras a un salario digno, adecuado y suficiente que permita satisfacer las necesidades de las personas trabajadoras y sus familias. Mas adelante, la Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, recomienda a los Estados miembros el establecimiento de una serie de mecanismos de fijación de salarios mínimos, esta vez concretando que en la determinación de su cuantía se tenga además especialmente en cuenta a los grupos de renta

final.

⁶² MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, [El Reglamento Europeo de IA, en resumen](#), 2022.

media y baja. Su desarrollo se fue haciendo más y más extenso toda vez que las posteriores promulgaciones supranacionales vinieron bajo la influencia de los postulados dimanantes de la Agenda 2030⁶³.

Toda la normativa expuesta es testigo de la clara preocupación del legislador supranacional sobre la cuestión relativa al salario mínimo interprofesional, pues los consecutivos desarrollos normativos van profundizando más y más intentando resolver las irregularidades existentes y futuras que van apareciendo. En este sentido, la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, viene a ser el instrumento normativo protagonista en la lucha contra la desigualdad, la precariedad laboral y la pobreza.

Su intención es mejorar las condiciones de vida y trabajo mediante salarios mínimos adecuados, promover la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, asegurar la participación de los interlocutores sociales en la fijación de salarios, combatir la pobreza laboral y la desigualdad salarial, fomentar la convergencia social y económica en la UE. Podría ser algo así como el establecimiento de una especie de “salario mínimo europeo”. Su espíritu pretende además establecer los requisitos mínimos a escala de la Unión y fijar las obligaciones procedimentales para la adecuación de los salarios mínimos legales, y mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a la protección del salario mínimo. Esta Directiva se aplicará a los trabajadores asalariados, es decir, a la contratación por cuenta ajena, regulada, en el caso de España, en el art. 1 del Estatuto de los trabajadores.

También incluye medidas destinadas a aumentar el número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva a fin de facilitar el ejercicio del derecho a un SMI fácil, asequible, sencillo y efectivo, potenciando el diálogo social. Su artículo 5 dispone el procedimiento de fijación de salarios mínimos legales adecuados a cumplir por España, es decir, el establecimiento de procedimientos objetivos necesarios para la fijación y actualización de estos de acuerdo con un conjunto de criterios específicos⁶⁴. Se dividen en una serie de criterios generales, los cuales se subdividen en otros específicos, que son los elementos que deben incluir cada uno de los criterios aplicados por el Estado miembro en concreto.

⁶³ Sustentado también por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), cuyo objetivo octavo busca promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

⁶⁴ Vid. I. RAMOS VIZCAÍNO, *El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea: Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2023, n. 6, p. 149.

Constituyen criterios generales:

- la consecución de un nivel de vida digno;
- la reducción de la pobreza de los ocupados;
- fomentar la cohesión y la convergencia sociales al alza;
- reducir la brecha salarial de género.

Estos criterios generales deben incluir forzosamente los siguientes elementos:

- el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;
- la cuantía general de los salarios y su distribución;
- la tasa de crecimiento de los salarios;
- los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.

Así mismo, fija un periodo mínimo general para la actualización de la cuantía del salario, el cual será de dos años. A priori podría decirse que dicha Directiva parece extralimitarse en sus competencias si la confrontamos con el artículo 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues prohíbe la afectación del Derecho Derivado en cuestiones de Derecho laboral, tanto individual como privado⁶⁵, en concreto, no puede entrar a regular las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga ni el derecho de cierre patronal. Esta aparente incongruencia podría encontrar sentido si acudimos al apartado 1 del mismo 153 del TFUE, el cual dispone que, en armonía con la Carta Social Europea, tiene el objetivo del fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social. Digamos que dichos presupuestos son las vías de legitimación legal de dicha Directiva, pues suponen el cauce instrumental⁶⁶ para la consecución de los objetivos por los que se comprometieron todo los Estados miembros, pero respetando la autonomía de cada Estado miembro a modular los

⁶⁵ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Aranzadi, 2022, p. 19 ss.

⁶⁶ Además, los arts. 3 y 9 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respectivamente buscan promover el bienestar de sus pueblos y obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente a garantizar el pleno empleo y el progreso social, en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, fomentando al mismo tiempo la justicia social y la igualdad entre mujeres y hombres. A mayor abundamiento, según el considerando 1 de dicha Directiva, la Unión ha de tener en cuenta, entre otras cosas, las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada y con la lucha contra la exclusión social.

contenidos mínimos exigidos por la Directiva. También destaca su tan bajo marco de actuación, proponiendo una fácil y modesta transposición.

La Directiva también va a incluir nuevos actores en cuanto a la regulación del SMI en España, pues desplazará el protagonismo hegemónico del Gobierno en su fijación, obligando con la transposición a la creación de una ley que implemente los parámetros de previsibilidad y transparencia para su concreción futura⁶⁷ entrando nuevos actores para su fijación y concreción, en este caso, a la referida negociación colectiva.

En definitiva, la Directiva ha actualizado la forma de adecuación de los salarios mínimos de los Estados miembros y a fomentar la negociación colectiva a fin de potenciar el diálogo social en torno al novedoso concepto de “salario mínimo europeo” o “salario digno”. Esta norma deberá estar completamente traspuesta al ordenamiento jurídico español el 15 de noviembre de 2024⁶⁸. Se planteará además el confrontamiento del concepto de SMI en España con el concepto europeo, pues no es lo mismo salario mínimo que salario mínimo legal, ya que uno proviene de la ley, y el otro de la autonomía colectiva⁶⁹. Esta cuestión deberá resolverse por el legislador español antes de 2025.

6. Conclusiones

El Salario Mínimo Interprofesional se está convirtiendo en un concepto polisémico, difícil de delimitar en cuanto a su interpretación así como de armonización con el conjunto de normativas legales, tanto nacionales como supranacionales. Constituye un concepto elemental de cualquier Estado de derecho pero difícil de definir además bajo criterios aislados, pues su conceptualización variará según el criterio que se utilice (económico, social, político, etc.). Su ponderación con otros intereses en juego dificulta aún más la tarea del legislador nacional, pues a veces las fronteras entre salario mínimo, suficiente, digno o legal es oscura o ambigua.

⁶⁷ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO, *Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 151, p. 54.

⁶⁸ Según dicha Directiva, antes de esa fecha deberán de encauzar procedimentalmente a fin de garantizar el alcance de un nivel de vida decente; reducir la pobreza en el trabajo; promover la cohesión y la convergencia sociales ascendente; reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres.

⁶⁹ Vid. A. ROMÁN VACA, *Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su trasposición*, en *Temas Laborales*, 2023, n. 168, p. 286.

Queda patente la evidente dificultad para el establecimiento de un SMI real y efectivo en España, pues los factores que hacen depender dicha efectividad son difícilmente predecibles ya que participan dentro de las fluctuaciones y el comportamiento del mercado. La fijación de un salario uniforme puede ser suficiente en zonas urbanas de Comunidades autónomas pero insuficiente en las rurales.

Otro factor aducido a lo largo de este artículo supone la imposibilidad de asunción por determinadas empresas de incrementar el salario de los trabajadores como consecuencia de un aumento, propiciando el efecto contrario, exponiendo a los trabajadores a una cierta pérdida de probabilidad de conservar el trabajo.

El efecto rebote de aumentar el salario repercutiendo la subida en los precios afecta además a la suficiencia misma del SMI como instrumento de satisfacción de las necesidades más básicas, deviniendo en su depreciación instantánea, pues el aumento del IPC compensa la subida dejándola inapreciable. Los colectivos más vulnerables frente a dichas irregularidades son las mujeres y los jóvenes, pues son aquellos los mayores perceptores del SMI. Otro factor supone la desincentivación de la contratación laboral y aumento de la informalidad y precariedad laboral. Por ello, es fundamental que el establecimiento del salario mínimo interprofesional se enfoque en el reconocimiento de las necesidades reales de los trabajadores, sin limitarse únicamente a su incremento.

Un ejemplo de esto es el convenio entre el Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para la gestión de avales estatales en la «Línea de avales para la adquisición de primera vivienda de jóvenes y familias con menores a cargo». Esta iniciativa, aunque no aumente directamente el SMI, tiene un impacto positivo indirecto, ya que satisface una necesidad específica y genera oportunidades. Facilita el acceso a préstamos hipotecarios que, de otro modo, serían denegados por las entidades financieras si los solicitantes únicamente presentaran una nómina con la cuantía del SMI.

De esta manera, se logra mejorar la calidad de vida de los trabajadores, brindándoles la posibilidad de acceder a una vivienda digna y estable, lo cual es esencial para su bienestar y estabilidad económica. Por lo tanto, junto con el impulso de la Directiva que está a punto de ser traspuesta en España, se deberá promover, a través de la negociación colectiva, un nuevo tipo de salario mínimo interprofesional en especie, inspirado en las necesidades específicas, actuales y efectivas del mercado futuro y de la inteligencia artificial. Las principales normativas que pueden tender el puente ello son la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad

retributiva entre mujeres y hombres, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea y el Reglamento europeo sobre Inteligencia Artificial.

La efectividad del salario mínimo interprofesional no se limita a su cuantía, pues demanda una visión integral. Una estrategia multifacética garantizará un impacto real y sostenido en la calidad de vida de los jóvenes, más allá del simple aumento del salario mínimo.

7. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO D. (2021), *Salarios mínimos en la Unión Europea: propuesta de Directiva e implicaciones para España*, en [Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social](#), n. 151, pp. 33-55
- ARAÚZ SALMERÓN J.J. (2019), [Repercusiones económicas de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en España](#), Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Cádiz
- BARCELÓ C., IZQUIERDO M., LACUESTA A., PUENTE S., REGIL A., VILLANUEVA E. (2021), [Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España](#), Documento Ocasional Banco de España, n. 2113
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO P. (2022), [El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente](#), en *Lex Social*, n. 1, pp. 498-529
- CABELLO ROLDÁN A. (2023), [El mantenimiento del empleo a través de la información en la empresa: una respuesta al cambio tecnológico](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 9, pp. 117-133
- CASTRO MEDINA R. (2022), [Ser trabajador/a, joven y pobre](#), en *Noticias CIELO*, n. 6
- CEPYME (2023), [Salarios. Repercusión de la subida del SMI en la PYME española](#)
- DE LA RICA S., GORJÓN L., MARTINEZ DE LAFUENTE D., ROMERO G. (2021), [El impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en la desigualdad y el empleo](#), Informe ISEAK, n. 6
- EL PERIÓDICO DE ESPAÑA (2024), [Los consumidores reducen su gasto en ocio y restauración debido al aumento de precios](#), en [www.epe.es](#), 23 abril
- EUROSTAT (2012), [PIB per cápita, consumo per cápita e índices de nivel de precios](#), en [ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained](#), 10 diciembre
- FERNÁNDEZ-BALDOR LAPORTA P. (2023), [Los Efectos a Corto Plazo del Salario Mínimo Interprofesional sobre el Empleo: Evidencia para España](#), en [nadaesgratis.es](#), 13 enero 2023

- FERNÁNDEZ PROL F. (2024), [*El derecho a un salario justo. La Directiva \(UE\) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea*](#), en *Labos*, n. 1, pp. 47-67
- FUNCAS (2023), [*Una contribución a la sociedad poco visible y apreciada, pero de gran valor social*](#), en *blog.funcas.es*, 30 marzo
- IDEALISTA (2024), [*Evolución del precio de la vivienda en alquiler en España*](#)
- INE (2024), [*Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo \(IPC\). Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo Armonizado \(IPCA\)*](#)
- INE (2023), [*Distribución salarial. Percentiles de salarios. Trabajadores en función de su ganancia anual respecto al Salario Mínimo Interprofesional \(SMI\). Deciles de salarios. Proporción de trabajadores con ganancia baja \(low pay rate\)*](#), en *Mujeres y hombres en España*
- INE (2023), [*Población en riesgo de pobreza relativa según edad. Población en riesgo de pobreza relativa según nivel educativo*](#), en *Mujeres y hombres en España*
- INE (2021), [*Encuesta de Condiciones de Vida \(ECV\). Año 2020*](#), Nota de prensa
- INE (2012), [*Hogares y servicio doméstico*](#), Cifras INE, n. 3
- INSTITUTO DE LA JUVENTUD (2021), [*El umbral de la pobreza y la juventud española*](#)
- ISEAK (2019), [*La subida del Salario Mínimo Interprofesional de 2019 disminuyó ligeramente la desigualdad de rentas y provocó una leve pérdida de empleo*](#), Informe divulgativo
- LACUESTA A., IZQUIERDO M., PUENTE S. (2019), [*Un análisis del impacto de la subida del salario mínimo interprofesional en 2017 sobre la probabilidad de perder el empleo*](#), Documento Ocasional Banco de España, n. 1902
- LA MONCLOA (2024), [*Salario Mínimo Interprofesional \(SMI\): ¿qué es, cuánto sube y a quién beneficia?*](#), en *Trabajo y Economía Social*
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL (2022), [*El Reglamento Europeo de IA, en resumen*](#)
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2024), [*Declaración institucional con motivo del Día para la Igualdad Salarial*](#)
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2024), [*Las comunidades de Andalucía, Madrid y Valencia, las que más se benefician de la subida del 5% del SMI*](#), Gabinete de comunicación
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2023), [*La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*](#), Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2019), [*Estadística de despidos y su coste*](#), Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral

- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2022), *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Aranzadi
- 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
- ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (2024), [Los alimentos suben un 38% en tres años](#)
- ORTIZ MONERA R. (2023), [Las empleadas del hogar en España: precariedad, crisis y resistencias](#), en *Anuario del Conflicto Social*, n. 14
- PÉREZ HERNÁNDEZ M.M. (2022), [El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva](#), en *Temas Laborales*, n. 163, pp. 245-254
- PÉREZ LÓPEZ J.I. (2023), [Inteligencia artificial y contratación laboral](#), en *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 186-205
- RAMOS VIZCAÍNO I. (2023), [El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva \(UE\) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea: Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español](#), en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 6, pp. 145-162
- RANDSTAD RESEARCH (2024), [IA y mercado de trabajo en España](#)
- ROMÁN VACA A. (2023), *Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su trasposición*, en [Temas Laborales, n. 168](#), pp. 277-292
- SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo](#), n. 35
- SORIA TRUJANO M.R., FERNÁNDEZ JIMÉNEZ A.L., ANAYA TRUJANO L.D. (2024), *Trabajo doméstico. Autoestima de mujeres empleadas del hogar y de amas de casa*, en *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, n. 1
- UGT (2023), [La subida del SMI acorta los plazos para lograr la igualdad salarial](#)
- VILA TIerno F. (2023), [Una breve referencia a la nueva regulación del salario mínimo interprofesional: un ejemplo de inseguridad jurídica](#), en *Lex Social*, n. 1, pp. 1-5
- WIKIPEDIA (2024), [Anexo: Salario mínimo en España](#), en es.wikipedia.org, 7 febrero

Inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género: un enfoque jurídico-social*

Clara María ARRONDO ASENSIO**

RESUMEN: La violencia de género es un grave problema con cifras alarmantes. Las mujeres afectadas enfrentan obstáculos significativos en el acceso y mantenimiento del empleo, esencial para su integración social y autonomía económica necesaria para liberarse del agresor. Este artículo examina la magnitud del problema y los derechos vigentes destinados a mejorar la situación laboral y económica de estas mujeres. Se evidencia que las ayudas actuales son insuficientes y se evalúan las iniciativas implementadas para su reincorporación al mercado laboral, subrayando la urgencia de políticas más efectivas que aseguren su protección integral.

Palabras clave: Empleo, mujeres, seguridad social, derechos laborales, violencia de género, víctimas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco teórico: dimensión de la problemática y acreditación de las situaciones de violencia de género. 3. Derechos laborales de las víctimas de violencia de género y derechos en materia de seguridad social: ante posibles mejoras y futuras novedades. 4. La búsqueda de la independencia económica de la víctima de violencia de género: derechos económicos, ayudas sociales y bonificaciones empresariales. 4.1. El programa de inserción sociolaboral y las bonificaciones empresariales. 4.2. La ayuda económica recogida en el artículo 27 LOVG: ¿es suficiente? 4.3. La Renta Activa de Inserción y sus requisitos especiales para las mujeres víctimas de violencia de género: apostando por la vuelta al mercado laboral. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Artículo encuadrado dentro de las actividades del Grupo PAIDI-SEJ47 sobre “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”.

** Becaria del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).



Labor Market Integration of Women Victims of Gender Violence: a Legal-Social Approach

ABSTRACT: Gender-based violence is a serious problem with alarming numbers. Women affected face significant obstacles in accessing and maintaining employment, which is essential for their social integration and economic autonomy necessary to free themselves from the aggressor. This article examines the magnitude of the problem and the rights in place to improve the employment and economic situation of these women. It shows that current assistance is insufficient and evaluates the initiatives implemented for their reincorporation into the labour market, underscoring the urgency of more effective policies to ensure their comprehensive protection.

Key Words: Employment, women, social security, labour rights, gender violence, victims.

1. Introducción

La violencia contra las mujeres¹, con énfasis en la violencia de género con origen en las relaciones afectivas, hoy día supone una problemática de intensa envergadura cuyas cifras alcanzan unos niveles intolerables. Según el Instituto Nacional de Estadística:

- el número de mujeres víctimas de violencia de género aumentó un 12,1% en el año 2023, hasta 36.582;
- la tasa de mujeres víctimas de violencia de género fue de 1,7 por cada 1.000 mujeres de 14 y más años².

Es más, el alcance de la situación ha tenido como resultado en los últimos años un desglose de medidas internacionales y nacionales de cuantiosa envergadura en un intento de frenar la escalada de víctimas, situándola en un primer plano³ abandonando el hasta entonces ámbito privado a la que había sido relegada. En palabras del propio legislador durante la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, consagra dicha forma de violencia como «el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad». La Ley 1/2004, señala como esta forma de violencia «se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Señalada como un impedimento en el logro de la igualdad efectiva, el desarrollo y la paz y como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de la Organización de Naciones Unidas durante la IV Conferencia Mundial de 1995, la violencia de género se vuelve un problema de primer orden objetivo de una lista exhaustiva de medidas internacionales que se irán sucediendo a lo largo de los años. Desde un enfoque nacional, España ha tomado medidas en consonancia con las acciones internacionales previas, desplegando un marco jurídico de medidas para prevenir y eliminar la violencia de género. La legislación española se

¹ Las mujeres víctimas de violencia de género aparecen reconocidas específicamente como un colectivo prioritario incluido en el casi exhaustivo listado que ofrece la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Al respecto, *vid.* el trabajo de E. ROJO TORRECILLA, [Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo](#), en [Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social](#), 2023, n. 6.

² INE, [Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género \(EVDVG\). Año 2023](#), Nota de prensa, 17 mayo 2024.

³ S. PERAN QUESADA, *El mantenimiento del empleo y la inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el contexto de la transformación tecnológica*, en VV.AA., *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica*, Comares, 2022, p. 131 ss.

inserta como pionera en materia de Igualdad de género siendo una de las más avanzadas a nivel global superando, de hecho, el marco comunitario en la materia que hoy nos compete⁴. En el siguiente análisis se analizarán los derechos laborales y la protección de Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género⁵, «bajo la premisa de que sólo liberando a las mujeres de las situaciones de dependencia económica y afectiva respecto a los maltratadores será posible la ruptura de los lazos que la unen a estos»⁶. Todas las acciones dirigidas al mantenimiento del empleo o a la búsqueda la inserción laboral de las víctimas como vehículo para alcanzar mencionada autonomía cobran especial relevancia, pues deberán ser capaces de romper las barreras que impiden la plena integración de las mujeres al mundo laboral⁷.

2. Marco teórico: dimensión de la problemática y acreditación de las situaciones de violencia de género

Desde el 1 de enero de 2003 se contabilizan las víctimas mortales por violencia de género en España. A 31 de diciembre de 2022 los feminicidios en España se cobraban la vida de 1.182 mujeres⁸. Los datos actuales de 2024 elevan el número a 1.272 víctimas⁹. Tres de cada cuatro mujeres de las que se conocía su convivencia con el agresor (75,6%) convivían con su asesino¹⁰ en 2022. En un 40,8% de los feminicidios, medió denuncia contra el agresor. De las 20 mujeres que denunciaron, a 11 se les habían concedido medidas de alojamiento. Respecto a las medidas judiciales de los casos presentados ante los tribunales previas al asesinato, sólo en el 25,8% de los casos (253 de las 982 víctimas mortales) se había interpuesto denuncia desde que se dispone información registrada sobre la tutela institucional (1 de enero de 2006)¹¹.

⁴ *Idem*.

⁵ A. ROLDÁN MARTÍNEZ, *Derechos laborales y protección de Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género en España*, en *Noticias CIELO*, 2019, n. 1, p. 4.

⁶ S. PERAN QUESADA, *op. cit.*, p. 131 ss.

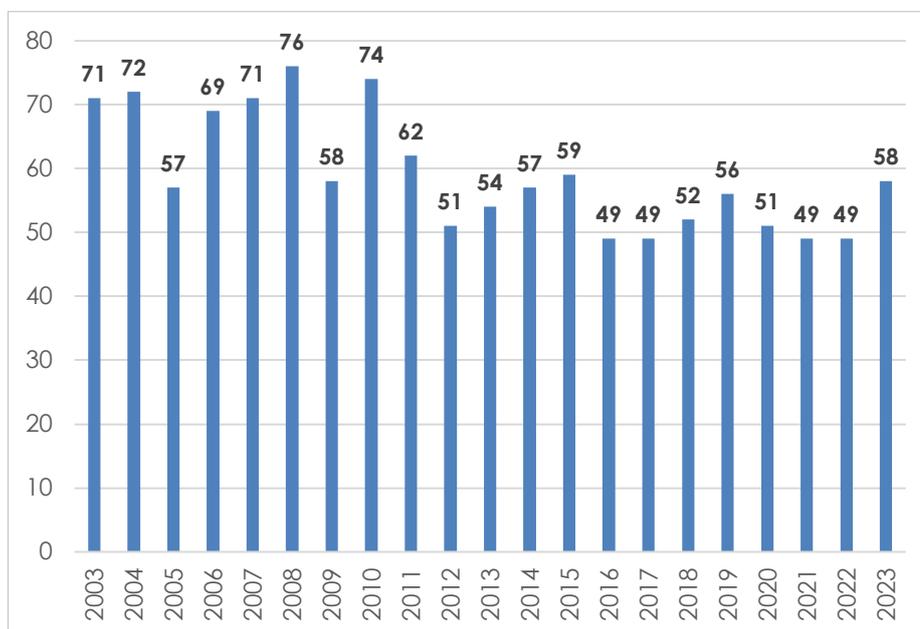
⁷ *Idem*.

⁸ MINISTERIO DE IGUALDAD, *XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022*, 2024, p. 2.

⁹ MINISTERIO DE IGUALDAD, *Mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o sus exparejas. Datos provinciales*, 2024.

¹⁰ MINISTERIO DE IGUALDAD, *XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022*, cit., p. 2.

¹¹ *Idem*.

Gráfico 1 – Total de mujeres víctimas mortales por violencia de género 2003-2023

Fuente: elaboración propia basada en MINISTERIO DE IGUALDAD, [Mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales, 2024](#)

La Ley Orgánica, 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), define la violencia de género en su primer artículo como «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» comprendiendo también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero». Así, entiende la violencia de género como la «manifestación de la discriminación», de «la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» que «se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

La LOVG surge como instrumento de protección y tipifica todas las acciones que recaen en violencia de género de forma penal. Ahora bien, la violencia de género no es un concepto homólogo al de violencia

doméstica¹² pues el sujeto activo será siempre un hombre y el sujeto pasivo será una mujer¹³ siendo necesario que haya existido una relación afectiva entre ambos, agresor y víctima. Sin embargo, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia; los hijos e hijas menores de edad y menores de edad sujetos a la tutela, guarda y custodia de la mujer, son considerados también víctimas de violencia de género¹⁴. Así se encuentran recogidos para los mismos una serie de derechos a lo largo de toda la LOVG y en la 17ª Disposición Adicional de la misma¹⁵. Por ende, no quedan protegidos por la misma ley las parejas homosexuales y quedan fuera del concepto la violencia ejercida de hijos hacia sus madres o la violencia ejercida dentro del ámbito laboral¹⁶.

Para poder acceder a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, a la que posteriormente haremos referencia, resulta necesario acreditar la situación de violencia de género de la forma prevista para tal efecto, en el art. 23 de la LOVG. El mismo abarca los documentos necesarios para dicha acreditación tanto para la mujer como para el caso de víctimas menores de edad. Con carácter general, la mujer víctima de violencia de género accede al reconocimiento de sus derechos a través de una sentencia condenatoria, la orden de protección a favor de la víctima o cualquier otra forma de resolución judicial como medida cautelar a favor de esta, o bien, por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta que se dicte la orden de protección¹⁷.

Ahora bien, la Ley también contempla la acreditación de las situaciones de violencia contra las mujeres mediante un informe proveniente de diferentes entes como de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género. Además, podrá acreditarse la situación por cualquier otro título, siempre que así esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial destinadas a regular el acceso a los diferentes derechos y recursos.

¹² Las víctimas de violencia doméstica pueden ser niños, mujeres, hombres y ancianos.

¹³ A. ROLDÁN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ MINISTERIO DE IGUALDAD, [Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025](#), 2022, p. 7.

¹⁵ MINISTERIO DE IGUALDAD, [Guía de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género](#), 2022, p. 6.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

3. Derechos laborales de las víctimas de violencia de género y derechos en materia de seguridad social: ante posibles mejoras y futuras novedades

Una vez acreditada la situación de violencia de género pueden empezarse a disfrutar los derechos consagrados a las víctimas en materia de seguridad social y derecho laboral. Estos encuentran su razón de ser en la búsqueda de la conciliación de las obligaciones laborales con las especiales necesidades de las víctimas de protección y de recuperación integral. De tal manera, la LOVG recoge en su Título II, *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*, en concreto en el Capítulo II, el abanico de los derechos laborales y las prestaciones de la Seguridad Social al que las víctimas tienen acceso una vez acreditada su situación. Así, el artículo 21 de la LOVG consagra una serie de derechos a las trabajadoras por cuenta ajena en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (ET) como lo son:

- el derecho a la reducción de la jornada laboral de la trabajadora con la debida disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo. Dicho derecho podría ser ejercido de diferentes formas, por ejemplo, llevando a cabo una adaptación del horario, la aplicación de un horario flexible o de otras formas de ordenación de la jornada que sean utilizadas por la organización empresarial¹⁸;
- el derecho a la movilidad geográfica si se diera el caso de que la trabajadora se vea forzada a cambiar de localidad con la finalidad de salvaguardar su protección su derecho a la asistencia social integral. En vistas a su posible futura reincorporación obtienen el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tuviera vacante en otro centro de trabajo disponibles. La organización tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo a la trabajadora durante los primeros seis meses¹⁹;
- derecho a la suspensión del contrato de trabajo. Si la trabajadora por el hecho de ser víctima de violencia de género ve forzado el abandono del puesto de trabajo, podrá suspender dicho contrato laboral; quedando la empresa obligada a reservarle el puesto de trabajo²⁰;

¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

- derecho a la extinción del contrato de trabajo. En caso de que la trabajadora decida rescindir el contrato de trabajo y abandonar definitivamente su puesto como consecuencia de su situación²¹;
- derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas. Eso sí, tendrá derecho a la adaptación del puesto de trabajo y a obtener los apoyos necesarios que la trabajadora precise por razón de su discapacidad para reincorporarse²²;
- si la trabajadora tuviera que ausentarse del puesto de trabajo o se retrasase al trabajo motivado por alguna situación física o psicológica derivada de la circunstancia y la ha acreditado por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, dichas ausencias y retrasos se considerarán justificados²³;
- nulidad de la decisión extintiva del contrato en caso de que la trabajadora hubiese ejercido sus derechos antes descritos (de reducción de la jornada, reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro o de suspensión del contrato) en los términos y condiciones reconocidos en el ET²⁴;
- nulidad del despido disciplinario en el supuesto de que la trabajadora que acredita la situación de víctima de violencia de género hubiese ejercido, de nuevo, los derechos que les son propios recalcados anteriormente, por el ejercicio en los términos y condiciones reconocidos en el ET²⁵.

En materia de cotizaciones a la Seguridad Social, son varias medidas las que se llevan a cabo con el propósito de velar por la víctima de violencia de género, pudiendo ser encontradas tanto en la LOVG como en otros preceptos legales relativos a la materia como la Ley General de la Seguridad Social (LGSS):

- si la trabajadora por cuenta ajena decide optar por suspender el contrato de trabajo (con su reserva del puesto de trabajo), el tiempo que dure la suspensión será considerado como período de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social (incluidas entonces, la prestación por jubilación, por incapacidad permanente, por muerte y

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

supervivencia, maternidad, por desempleo y por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave)²⁶;

- si la trabajadora ha reducido su jornada laboral, podrá suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Finalmente, en materia de prestaciones a la Seguridad Social, podemos encontrar las siguientes medidas:

- la trabajadora víctima de violencia de género, respecto a la prestación por maternidad y por paternidad, va a estar en situación asimilada al alta para los periodos considerados como tiempos de cotización efectiva;
- también podrán acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada sin que la causa se pueda imputar a la trabajadora si decide extinguir el contrato de trabajo;
- si la trabajadora suspende o extingue el contrato como consecuencia de ser víctima de violencia y reúne los requisitos para acceder a la prestación por desempleo, se encontrará en situación legal de desempleo y podrá acceder a la prestación;
- de igual manera, se podrá acceder a la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio si las víctimas reúnen los requisitos debidos para tal fin.

Si bien estos son los derechos laborales y en materia de Seguridad Social que nos competen en este texto, no podemos olvidar que el legislador ha venido recogiendo derechos para blindar a las diferentes víctimas de la protección debida. Por ello, el legislador vela también por las trabajadoras autónomas económicamente dependientes o por las funcionarias en sendas materias. Así, estas trabajadoras autónomas también pueden optar por la adaptación del horario, la extinción del contrato, interrumpir su actividad y adquirir ciertos beneficios en el sistema de cotización a la Seguridad Social si cumplen con ciertos requisitos (alta inicial, o que no hubieran estado en situación de alta en los 2 años anteriores en el Régimen Especial de Autónomos y para aquellas que opten por incluirse en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios)²⁷. No es menos como veníamos diciendo, el caso del funcionariado público, donde las funcionarias públicas pueden optar a unos derechos parecidos, regulados tanto en la LOVG como en su regulación específica. Les son aplicables los derechos reconocidos en los arts. 24, 25 y 26 de la LOVG y, además, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

²⁶ MINISTERIO DE IGUALDAD, *Guía de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género*, cit., p. 11.

²⁷ *Ibidem*, pp. 10-11.

refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Así, ostentan el derecho de permiso por razón de violencia de género (relativo a las ausencias y retrasos en el trabajo) y a la reducción de la jornada o reordenación de esta, así como a la movilidad geográfica o la excedencia por razón de violencia de género²⁸.

Si bien la legislación española se sitúa como una de las grandes pioneras, como ya habíamos mencionado, hay que plantearse si ciertos derechos no impiden a su vez zafarse por completo de las dificultades por las que atraviesan las víctimas de violencia de género como lo es la dependencia económica con su agresor. Al respecto se debate el escenario de la reducción de la jornada laboral con la consecuente reducción del salario. Esta reducción de las horas de trabajo permite que la trabajadora pueda atender sus necesidades para que reciba una asistencia social integral y atiende y se recupere de forma íntegra y es en esta situación de necesidad cuando menos se puede prescindir de las rentas por trabajo. Por tanto, preocupa que no se hayan contemplado medidas compensatorias del detrimento del salario, como sería suplir la parte proporcional con, por ejemplo, la prestación por desempleo²⁹ o cualquier otra ayuda social³⁰. En añadidura, reducir la jornada laboral puede afectar de forma negativa a la trabajadora si se extiende la situación en el tiempo, pues conlleva una minoración de las bases de cotización y sobre la acción protectora. Ante este hecho, Salvador Perán Quesada advertía que la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres hubiera sido una magnífica ocasión para que el legislador hubiese extendido el cómputo de las bases de cotización durante el periodo de reducción de jornada por violencia de género. Incorporando así, las mejoras en materia de cotización durante la reducción de jornada al amparo del artículo 37.5 ET, mediante la oportuna modificación de la LGSS³¹.

Pese a las carencias que puedan advertirse, siempre hay cabida para la mejora. En marzo de 2024, motivado por el Día Internacional de la Mujer, el Gobierno aprobaba medidas para continuar con el avance en materia de Igualdad. Así, se presentaba de nuevo el Anteproyecto de Ley Orgánica

²⁸ *Ibidem*, pp. 13-14.

²⁹ E. SILVÁN, S. BRUNEL, *La violencia contra las mujeres. Derechos laborales y de seguridad social de las mujeres víctimas de violencia de género*, CCOO, 2013, p. 27.

³⁰ J.I. GARCÍA NINET, *Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)*, en *Revista de Tribuna Social*, 2005, n. 170, p. 6: «Ya que si así no se hiciera el ejercicio de este derecho sería una quimera más de las del art. 37 ET que esta plegado de derechos incompletos, de reconocimientos de necesidades sin trabajos o con soluciones imperfectas, sobre todo en este caso en el que la mujer víctima /trabajadora no está siendo la de alto poder salarial».

³¹ S. PERÁN QUESADA, *op. cit.*, p.131 ss.

Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, una ley que desde luego será de absoluta importancia por lo tremas de los que versará: pues no abarcará únicamente la trata sexual, también la trata laboral y los matrimonios concertados. En materia de Seguridad Social, se instará una mayor protección a las víctimas de violencia de género en las situaciones por incapacidad temporal que deriven de la situación. Dichas circunstancias van a comenzar a tratarse como contingencias profesionales a efectos económicos, es decir, van a asimilarse a las bajas laborales dadas por un accidente de trabajo, mejorando la prestación económica de las mujeres desde el comienzo de la baja: no requerirá un periodo de carencia y se cobrará el 75% de la base reguladora con cargo a la Administración³².

Vista la noticia, sólo queda se avance en materia de igualdad y se tomen en cuenta los campos de mejora que se vienen advirtiéndose. No hay que olvidar, que la negociación colectiva está llamada a mejorar y concretar los derechos relatados y, pese a que desde el año 2005 los agentes sociales hayan encuadrado año tras años en los diferentes Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva directrices en materia de “Igualdad de trato y Oportunidades” comprometiéndose a incorporar las medidas necesarias para facilitar ejercitar dichos derechos; parece ser que el papel es puramente testimonial, algo que sin duda deja mucho que desear³³.

4. La búsqueda de la independencia económica de la víctima de violencia de género: derechos económicos, ayudas sociales y bonificaciones empresariales

Las medidas que habíamos tratado antes iban dirigidas de forma exclusiva a las mujeres trabajadoras, cabe preguntarse, sin embargo, qué es lo que sucede cuando la mujer víctima de violencia de género se encuentra fuera del mercado laboral situándose, si cabe, en una situación todavía más vulnerable. Al inicio de este escrito resaltábamos la importancia de la independencia económica de la mujer respecto a la de su maltratador, en aras de romper el vínculo con el mismo y alcanzar una recuperación completa.

Las mujeres desempleadas que han sido o son víctimas de violencia de género son atravesadas por unas barreras derivadas de la misma situación,

³² LA MONCLOA, *El Gobierno aprueba medidas para seguir avanzando en Igualdad*, en www.lamoncloa.gob.es, 8 marzo 2024.

³³ A.M. ROMERO BURILLO, *Las medidas laborales de protección de la trabajadora víctima de la violencia de género*, en VV.AA., *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, 2016.

encontrándose aisladas del mundo laboral y social. Muchas se encuentran con una autoestima erosionada, haciéndose responsable de forma exclusiva de los familiares dependientes o en una residencia distinta de la que les era habitual fruto de las circunstancias, lo que las lleva a una nueva búsqueda de empleo³⁴. Como consecuencia, el legislador lleva a cabo una serie de medidas para compensar esta situación desigual.

4.1. El programa de inserción sociolaboral y las bonificaciones empresariales

La LOVG en el art. 22 se instauraba un programa específico de empleo para las víctimas de violencia de género que se hallen inscritas como demandantes de empleo en los Servicio Públicos de Empleo, desarrollado en el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral de víctimas de violencia de género.

La gestión del programa de inserción sociolaboral corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y a las entidades u órganos competentes de las Comunidades Autónomas; y provee las siguientes medidas:

- un itinerario de inserción sociolaboral, que será realizado de forma individual para la trabajadora y llevado a cabo por personal especializado³⁵;
- un programa formativo específico para favorecer la inserción sociolaboral de la trabajadora por cuenta ajena³⁶;
- una serie de incentivos con el fin de que la trabajadora inicie una nueva actividad, esta vez por cuenta propia o como autónoma³⁷;
- una serie de incentivos encaminados a las empresas para impulsar la contratación de víctimas de violencia de género³⁸;
- de nuevo, incentivos para llevar a cabo la movilidad geográfica. Dichos incentivos sufragar diferentes tipos de gastos: desde los gastos por desplazamiento al gasto que conlleve la mudanza o el desplazamiento de enseres y mobiliarios o los gastos de alojamiento, guardería y de atención a personas dependientes³⁹;

³⁴ A. ROLDÁN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ MINISTERIO DE IGUALDAD, *Derechos laborales, de seguridad social y ayudas para fomentar el empleo de las víctimas de violencia de género*, 2024.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

- incentivos con el fin de compensar diferencias salariales. La medida cuenta con una serie de requisitos y es que se debe producir una sucesión de contratos. Si el contrato de trabajo se ha extinguido por la circunstancia, se abonará a la trabajadora una cantidad equivalente a la diferencia entre el contrato extinguido y el de nueva creación, siendo el importe máximo de 500 euros y un tiempo máximo 12 meses para percibir la ayuda⁴⁰;
- convenios con empresas para facilitar la contratación de mujeres víctimas de violencia de género y su movilidad geográfica⁴¹.

Este programa no es la única medida que existe para favorecer la inclusión sociolaboral de las víctimas y su independencia económica. Se llevan a cabo todo tipo de medidas para respaldar la inserción laboral como ayudas económicas, ser consideradas colectivo prioritario en el acceso a viviendas protegidas y a las residencias públicas, hasta ser objeto de bonificaciones empresariales para favorecer su contratación. Medidas a ensalzar, puesto que creemos firmemente que no sólo hay que iniciar un acompañamiento directo a las víctimas, sino que hay que crear unas acciones concretas de discriminación positiva que favorezcan su impulso.

Podíamos encontrar reguladas este tipo de bonificaciones económicas al empleo en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. La ley ofrecía diferentes bonificaciones dependiendo del contrato suscrito con la mujer víctima de violencia de género. De esta forma, si el contrato era temporal, la empresa tenía derecho a acceder a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, al equivalente diario, siendo de 50€ al mes o lo que es lo mismo, de 600 euros al año, mientras estuviese vigente el contrato. La bonificación se incrementaba de forma sinuosa si el contrato es de carácter indefinido o si se transformaba de temporal a indefinido, alcanzando los 1.500 euros al año durante 4 años.

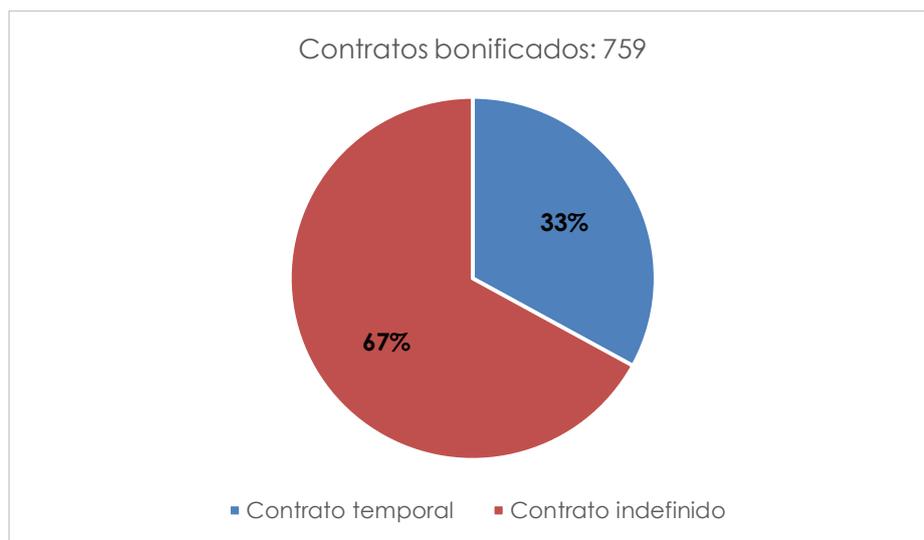
Como hecho meramente ilustrativo, merece la pena mencionar que en 2022 se formalizaron 1.033 contratos bonificados para víctimas de violencia (doméstica y de género) y que de ellos 692 eran contratos indefinidos y 341 temporales. Sin embargo, las cifras exactas de contrataciones para las víctimas de violencia de género han sido a lo largo del periodo registrado de 2005 a 2022 inferiores: se han realizado un total de 12.753 contratos bonificados para mujeres víctimas de violencia de género y doméstica, pero si nos centramos en el primer grupo, el número de contratos a lo largo de este periodo ha sido de 4.460, y un total de 759 contratos se realizaban en

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

el 2022⁴². En otras palabras, en los 17 años que se llevan bonificado dichas contrataciones, el 17% de ellas se realizaban en 2022.

Gráfico 2 – Distribución porcentual de los contratos bonificados de mujeres víctimas de violencia según el tipo de contrato (2022)



Fuente: elaboración propia basada en MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), 2024

Ahora, gracias a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2023 de 10 de enero, las bonificaciones por la contratación indefinida de mujeres víctimas de violencia de género, de violencia sexual y de trata de seres humanos dará derecho a una bonificación en la Seguridad Social de un importe de 128 euros al mes durante 4 años, ascendiendo a 6.144 euros dicha bonificación. Como vemos, dicho aumento en la cuantía viene derivado de la intención de fomentar la contratación de las víctimas de violencia de género. Las cifras, aunque alejadas de lo que podría ser la circunstancia ideal, vienen aumentado. Con anterioridad se contemplaba una bonificación a los contratos de carácter temporal, ahora, la única forma de obtener esta ayuda pasa por la modalidad del contrato indefinido.

Una de las medidas implementadas por el Real Decreto Ley 1/2023 para fomentar la participación en las empresas se refiere a los contratos de duración determinada. Si se formaliza un contrato de este tipo para una persona desempleada con el propósito de sustituir a mujeres declaradas

⁴² MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), cit., pp. 9-10.

víctimas de violencia de género o que han suspendido su contrato de trabajo o ejercido su derecho a la movilidad geográfica, la empresa tiene derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el período de suspensión de la trabajadora sustituida. En el caso de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo, esta bonificación se aplicará durante un período de 6 meses. Es importante destacar que estas bonificaciones se establecen según un régimen común de cuantías. No se aplicarán en situaciones de contratación a tiempo parcial inferior al 50% de la jornada, cuando no se mantenga el empleo de la persona contratada víctima de violencia de género durante al menos tres años o cuando afecten a personas trabajadoras vinculadas previamente a la empresa, a familiares o incurran en causas de incompatibilidad o concurrencia.

A modo de conclusión, el porcentaje que discutíamos anteriormente puede ser un indicador de que hay que seguir impulsando con más fuerza este tipo de contrataciones, ya que la bonificaciones destinadas a las empresas parecen no ser suficientes para lograr romper los prejuicios y miedos que dificultan la contratación de las víctimas: el temor a que se presente el maltratador en el centro de trabajo, la creencia de que sean mujeres frágiles, el temor a la baja productividad debido al maltrato producido, un mayor absentismo laboral o pensar que su condición requiere un trato de favor y la plantilla pueda empezar a compararse⁴³.

4.2. La ayuda económica recogida en el artículo 27 LOVG: ¿es suficiente?

En materia de ayudas económicas dirigidas a las víctimas de violencia de género encontramos dos tipos de ayudas incompatibles entre sí: una regulada en el artículo 27 LOVG y otra conocida como la Renta Activa de Inserción (RAI), regulada en el Real Decreto 1369/2006 que regula el programa de RAI para personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

El artículo 27 LOVG titulado *Ayudas Sociales* regula una ayuda económica específica para mujeres víctimas de violencia de género que, debido a su edad, falta de preparación y circunstancias sociales, encuentren especiales dificultades para obtener un empleo y que por dichas

⁴³ INSTITUTO DE LAS MUJERES, [Manual Interactivo para facilitar la inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género](#), 2023, § 1.2, [Estereotipos sobre la inserción laboral de víctimas de violencia de género](#).

circunstancias no participarán en los programas de empleo para su inserción profesional. Dicho grupo de mujeres son probablemente las mujeres más vulnerables pues se les requiere aparte de reunir las circunstancias descritas, carecer de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional (SMI).

La ayuda descrita corresponderá a un pago único, equivalente con carácter general a 6 meses de subsidio por desempleo. A partir de esta base, la cuantía se va aumentando en función de las características personales de la mujer:

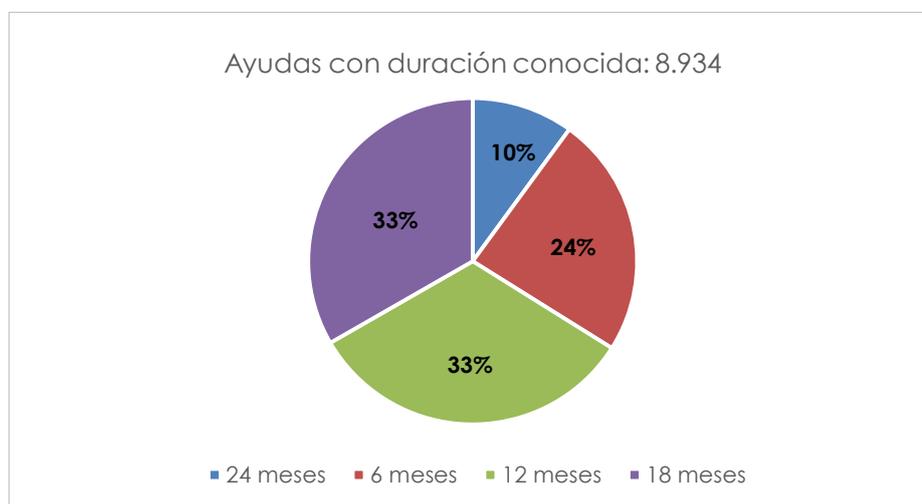
- si la víctima de violencia de género tuviera reconocida de forma oficial, una diversidad funcional en grado igual o superior al 33%, el importe aumentará a 12 meses por subsidio por desempleo;
- si se presumen responsabilidades familiares, el importe podrá alcanzar los 18 meses de subsidio o 24 meses, en caso de convivencia con un familiar con diversidad funcional superior al 33%.

La ayuda descrita será compatible con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad sexual. No obstante, no es considerada como renta o ingreso computable a efectos del percibo de las pensiones no contributivas. Los datos disponibles de las mujeres que han percibido esta ayuda describen un aumento en las mismas. En el periodo de 2006 a 2022 se concedieron un total de 11.298 ayudas económicas, el año 2022 fue el año con mayor número de ayudas concedidas, ascendiendo el número a 1.405 (un 8,7% más que año 2021)⁴⁴. De las 8.934 ayudas con duración económica, el 23,9% fueron ayudas básicas correspondientes a los 6 meses de subsidio, el 32,7% correspondientes a 12 meses, el 33,3% a 18 meses y un 10,0% fueron ayudas de 24 meses⁴⁵.

⁴⁴ MINISTERIO DE IGUALDAD, *XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022*, cit., p. 280.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 282.

Gráfico 3 – Distribución porcentual de las mujeres receptoras de las ayudas concedidas al amparo del art. 27 de la Ley Integral según su duración (2022)

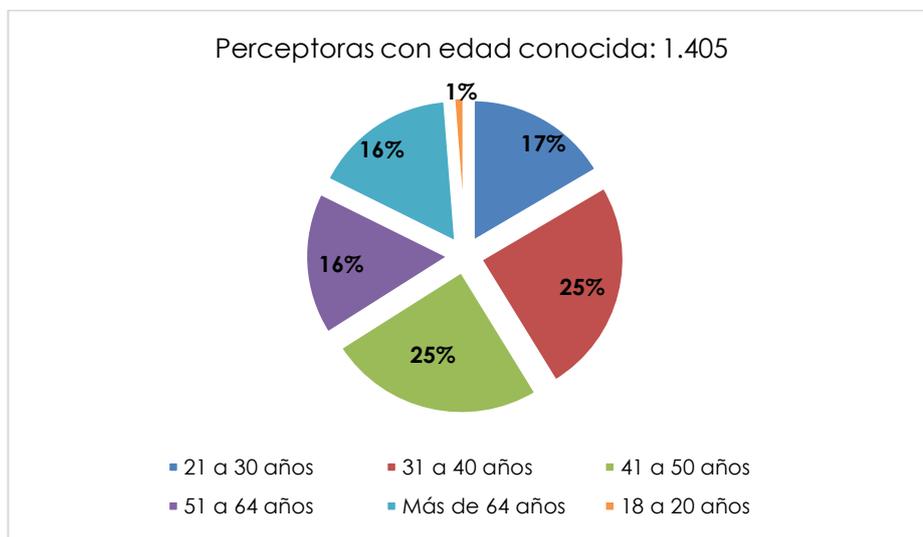


Fuente: elaboración propia basada en MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), 2024

Resulta alarmante ver que la cifra de este tipo de ayudas destinadas claramente al grupo más vulnerable vaya en aumento. Dar por cierto que una persona va a quedar completamente fuera del mercado laboral es un hecho altamente gravoso, más si se tienen en cuenta la edad de las mujeres receptoras. En 2022, del total de receptoras de esta ayuda (1.405), 263 mujeres tenían entre 21 y 30 años, 395 tenían edades de entre 31 y 40 años, y 394, de 41 a 50 años⁴⁶. Mencionamos estas edades porque son edades más que propicias para estar en el mercado laboral y porque consideramos que si bien no habría que retirar la ayuda, visto está la necesidad de este heterogéneo grupo de mujeres, habría que seguir acompañándolas en la búsqueda de una futura reincorporación laboral y considerarlas también del programa específico y no descartarlas por sus características personales.

⁴⁶ *Idem.*

Gráfico 4 – Distribución porcentual de las mujeres perceptoras de la ayuda económica prevista en el art. 27 de la Ley Integral según el grupo de edad (2022)



Fuente: elaboración propia basada en MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), 2024

Es cuanto menos llamativo que, atendiendo a los datos reflejados, la mayoría de las mujeres perceptoras de la ayuda estén atravesadas por una realidad que las sitúa aún más lejos si cabe de la inserción laboral: la discriminación que sufren al ser personas con discapacidad. Aquí bien cabría plantearse los vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuadas a las personas trabajadoras con discapacidad, pues claramente nos encontramos ante un vacío de justicia⁴⁷.

En conclusión, resulta evidente que ambos tipos de ayudas: la económica y la social (de orientación laboral), deben ser compatibles. Un único pago no puede soportar las necesidades económicas de las mujeres más jóvenes que han percibido la ayuda y es por ello por lo que no se debe dar por perdida la plena integración de las víctimas de violencia de género. Si el objetivo es conseguir la recuperación integral de la víctima, ya no cabe esperar sólo la independencia económica, sino también la independencia social, la emocional y psicológica; por ello las estrategias han de ser conducidas y orientadas al largo plazo. Teniendo en cuenta la edad de las mujeres que han percibido a lo largo de los años la ayuda descrita, no parece

⁴⁷ M. CHABANNES, [Reseña de “Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad”](#), en [Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social](#), 2024, n. 8.

que se esté considerando que cuando el dinero acabe, la víctima podría volver a encontrarse en un estado de vulnerabilidad, revictimizándolas de nuevo.

4.3. La Renta Activa de Inserción y sus requisitos especiales para las mujeres víctimas de violencia de género: apostando por la vuelta al mercado laboral

La RAI fue creada bajo las directrices sobre el empleo de la Unión Europea, basadas en la creencia de que una política eficaz frente al desempleo no debe combinar la garantía de ingresos con las medidas adecuadas de inserción laboral. El apartado 4 de la disposición final de la LGSS habilita al Gobierno a regular, dentro de la acción protectora por desempleo, el establecimiento de esta ayuda específica.

La RAI va dirigida a las personas desempleadas con especiales necesidades económicas y con dificultad para encontrar un trabajo que vayan a adquirir el compromiso de realizar acciones favorecedoras para una posible inserción laboral. Las mujeres que solicitan esta ayuda quedan sujetas a diferentes tipos de actividades determinadas por el servicio público de empleo que determinará un plan personal de inserción laboral para cada perceptora. Dicho plan se mantendrá durante el tiempo que dure el programa incluyendo desde la aceptación de puestos de trabajo que les sean ofrecidos y que se ajusten al perfil de la trabajadora, hasta la renovación de la demanda de empleo, la búsqueda activa de empleo y la participación en los procesos de selección. Así, dicha ayuda se encuadra en la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, aunque de forma diferenciada del nivel contributivo y asistencial.

El mismo texto legal, la LGSS, recoge las condiciones para poder optar a esta ayuda, no obstante, los requisitos exigidos para la mujer víctima de violencia de género son específicos y distintos de los recogidos en el art. 2 del Real Decreto 1369/2006. Así, la mujer queda libre del requerimiento de la edad exigible para obtener esta ayuda recogido en el apartado a) en el que se exige ser mayor de 45 años, y del requerimiento recogido en el apartado b), que exige ser demandante de empleo de forma ininterrumpida durante 12 o más meses (se considera que la demanda ha sido interrumpida si se ha trabajado por 90 días o más en los 365 días anteriores a la fecha de la solicitud de la ayuda). Por ello, la mujer beneficiaria de la ayuda económica en cuestión tiene que cumplir con ciertos requisitos que le son particulares:

- no convivir con su agresor;
- tener acreditada su condición de víctima de violencia de género por

- la Administración competente;
- estar inscrita como demandante de empleo;
- ser menor de 65 años;
- no tener derecho a las prestaciones por desempleo o a la renta agraria;
- carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Si la solicitante tiene hijos menores de 26 años o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entiende cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido la solicitante, dividida por el número de miembros que la componen no supere el mismo requisito antes explicado⁴⁸.

La cuantía de la ayuda es equiparable al 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente y cada programa tiene una duración de 11 meses, pudiendo estar en diferentes programas un máximo de 3 años (en otras palabras, la mujer no podrá ser beneficiaria de más de 3 programas). Mientras que se percibe la RAI, el Servicio Público de Empleo Estatal ingresa las cotizaciones de la persona a la Seguridad Social⁴⁹. Además, la percepción de la RAI incluye una ayuda suplementaria de pago único, equivalente al importe de 3 meses de la misma ayuda, en caso de que la mujer se haya visto forzada a cambiar de residencia por sus circunstancias de violencia de género en los 12 meses anteriores a la solicitud de admisión al programa o durante el mismo. En una búsqueda de salvaguardar la confidencialidad sobre el domicilio, la víctima podrá facilitar uno alternativo en el apartado de correos.

Merece la pena enfatizar el primer requisito que se había descrito, de la no convivencia con el agresor, que permitirá moverse adecuadamente hacia la recuperación integral de la víctima. Un requisito que no veíamos antes exigido, y que a efectos de la percepción de la RAI se presume su cumplimiento en los siguientes escenarios:

- cuando la víctima y el agresor estén divorciados o separados de forma legal;
- cuando la víctima se encuentre en un centro de acogida;
- con la acreditación de la condición de ser víctima de violencia de género con orden de protección;
- cuando el Informe del Ministerio Fiscal es acompañado con una

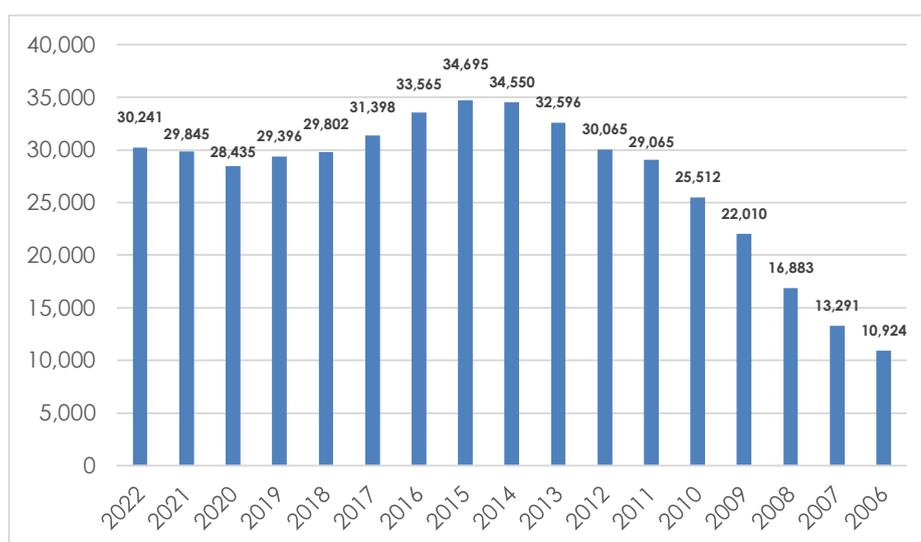
⁴⁸ E. SILVÁN, S. BRUNEL, *op. cit.*, CCOO, 2013, p. 46.

⁴⁹ *Idem.*

- orden de alejamiento u otra medida cautelar que se le asemeje;
- si en la resolución judicial por la que se acuerden medidas cautelares penales o en la sentencia es impuesta al agresor la medida o pena de prisión, medidas o penas privativas de derechos (privación del derecho a residir en determinado lugar, prohibición de aproximarse a la víctima...) o una medida de seguridad privativa de libertad⁵⁰.

Si volvemos a los números, en 2022 hubo un total de 30.241 mujeres que percibieron la RAI, siendo un 1,3% más que las perceptoras que recibieron la ayuda en 2021. En el periodo de 2006 a 2022, el total de mujeres que han percibido la RAI ha sido de 462.273. Finalmente, durante el periodo comprendido entre 2005 y 2022, un total de 43.670 mujeres recibieron además la ayuda por cambio de domicilio previamente mencionada⁵¹.

Gráfico 5 – Evolución del número de perceptoras de la RAI (2006-2022)



Fuente: elaboración propia basada en MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), 2024

A nuestro parecer la RAI se sitúa en comparación con la ayuda recogida en el artículo 27, como una ayuda capaz de contemplar la inserción laboral de la víctima de forma holística al tener en cuenta el cumplimiento de los

⁵⁰ MINISTERIO DE IGUALDAD, [Renta Activa de Inserción](#), en [violenciagenero.igualdad.gob.es](#), 19 julio 2024.

⁵¹ MINISTERIO DE IGUALDAD, [XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022](#), cit., p. 1 ss.

requisitos que se venían mencionando: tanto los requisitos de acceso como las acciones a cumplir para seguir encontrándose dentro del plan que podrá otorgarle una futura inserción laboral. A través de la RAI, se refuerza la independencia económica de la víctima a corto y a largo plazo, ya que se proporciona a la mujer víctima de violencia de género, el acompañamiento necesario que deben recibir en la búsqueda activa de trabajo. A nuestro juicio, la RAI logra tres hitos esenciales que ayudarán a conseguir la completa integración de la víctima:

- primero, porque se facilita un asesoramiento personal a la víctima, dicha personalización del servicio garantizará el ajuste adecuado entre la oferta de trabajo y la persona. Ello podrá resultar en el establecimiento de un puesto de trabajo de mayor calidad;
- segundo, porque el acompañamiento y el establecimiento de los programas de empleo podría romper el aislamiento de la víctima, ya que la víctima se verá obligada a compartir su tiempo con otras personas;
- tercero, porque la cuantía económica que deviene de la participación de todo el plan que encuadra la RAI, asegura la involucración activa de la víctima y facilita la independencia económica. Una independencia económica que, lográndose el éxito del programa debería ser capaz de perdurar en el tiempo.

5. Conclusiones

Recapitulando todo lo relatado, no podemos sino cerrar este artículo con las debidas conclusiones que se encarnan del análisis realizado:

- *respecto a la violencia machista en España*, la situación de la violencia de género es innegablemente grave y preocupante. Aunque el país ha sido pionero en legislación para combatir y erradicar la violencia machista, aún queda un largo camino que recorrer. Por ende, no se nos permite alejarnos de la verdad que reflejan las cifras. En la búsqueda de hacer que la distancia que aún nos queda por recorrer sea más amena, la coordinación de los agentes sociales y el legislador es fundamental para avanzar en esta lucha;
- *sobre la seguridad y recuperación integral de las víctimas*, no hay que olvidar que el centro de todas las medidas que han sido descritas es la seguridad y recuperación integral de la víctima. Esto sólo puede ocurrir si las víctimas se liberan de las garras de sus maltratadores. Para ello, la independencia económica se vuelve un pilar esencial en el que hay que volcar esfuerzos para su total cumplimiento;

- *respecto a la conciliación laboral y la reducción salarial*, si bien hay derechos que ayudan a facilitar la conciliación laboral de las víctimas con la vida familiar y sus necesidades especiales, quizás la reducción del salario no sea la opción óptima para lograr la independencia económica. Habría que escuchar los consejos arrojados y buscar medidas compensatorias que no entorpezcan la completa recuperación de la víctima;
- *en concordancia con las ayudas económicas descritas en el texto*, creemos que, si bien la ayuda económica a la que se tiene acceso mediante el artículo 27 de la LOVG es sin dudas, esencial por el volumen de mujeres que recurren a ella, la inserción laboral no debería quedar apartada. Hay que entender que el reconocimiento de esta ayuda atiende a la escasa probabilidad de encontrar un empleo de las víctimas. No obstante, si se atiende al diferente rango de edad de las víctimas que perciben las ayudas reguladas en el artículo 27 de la LOVG, no se puede pasar por alto que todas estas mujeres se encuentran en pleno apogeo de sus años laborables. Pese a que muchas de las víctimas estén atravesadas por otras realidades que pueden dificultar el acceso al empleo (personas con diversidad funcional dependientes a cargo, o que ellas mismas sean personas con una discapacidad) no debe negárseles el acompañamiento en la búsqueda de este. Especialmente porque las ayudas son suficientes a corto plazo, pero no lo serán por el tiempo suficiente. En concordancia, hay que convencer a las víctimas para que sigan luchando por su inserción laboral en el mercado y acompañarlas durante el proceso. Si bien, que la percepción de dicha ayuda sea incompatible con la RAI puede ser discutible, aquí lo que interesa no es que reciban las dos ayudas económicas, sino plantearse la suficiencia de estas y recalcar que se forme, actualice y se vele por una posible incorporación al mundo laboral. Aunque todos los pronósticos acusen que la mujer no vaya a encontrar un empleo, no hay que dar por perdida la causa antes de lucharla;
- *sobre las bonificaciones empresariales*, hay que plantearse si las bonificaciones existentes están resultando atractivas para incentivar la contratación de las mujeres víctimas de violencia de género. Como habíamos comprobado, pese que anteriormente las empresas se decantaran por hacer a las mujeres víctimas de violencia de género contratos temporales, se había conseguido revertir la balanza e inclinarla hacia los contratos indefinidos. Sólo queda esperar que el nuevo Real Decreto 1/2023 de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la

protección social de las personas artistas, haga que el ritmo de las contrataciones siga aumentando.

En resumen, España debe seguir liderando en legislación de igualdad y protección de las víctimas de violencia machista, buscando soluciones efectivas y sostenibles para garantizar la seguridad y recuperación de quienes han sufrido esta terrible realidad. Quedamos pues, a la espera de ver si en el futuro las nuevas medidas surten el efecto deseado y las posibles carencias logran ser solventadas en los años venideros; a la espera de que España siga a la vanguardia en legislación en materia de Igualdad y protección de las víctimas de violencia machista.

6. Bibliografía

- CHABANNES M. (2024), *Reseña de “Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad”*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 296-298
- GARCÍA NINET J.I. (2005), *Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)*, en *Revista de Tribuna Social*, n. 170, pp. 5-10
- INE (2024), *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG). Año 2023*, Nota de prensa, 17 mayo
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2023), *Manual Interactivo para facilitar la inserción laboral de mujeres víctimas de violencia de género*
- LA MONCLOA (2024), *El Gobierno aprueba medidas para seguir avanzando en Igualdad*, en www.lamoncloa.gob.es, 8 marzo
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2024), *Derechos laborales, de seguridad social y ayudas para fomentar el empleo de las víctimas de violencia de género*
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2024), *Mujeres víctimas mortales por violencia de género en España a manos de sus parejas o exparejas. Datos provisionales*
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2024), *Renta Activa de Inserción*, en violenciagenero.igualdad.gob.es, 19 julio
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2024), *XVI Informe del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2022*
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2022), *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*
- MINISTERIO DE IGUALDAD (2022), *Guía de derechos para las mujeres víctimas de violencia de género*

- PERAN QUESADA S. (2022), *El mantenimiento del empleo y la inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el contexto de la transformación tecnológica*, en VV.AA., *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica*, Comares
- ROJO TORRECILLA E. (2023), [*Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo*](#), en [*Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6](#), pp. 14-45
- ROLDÁN MARTÍNEZ A. (2019), [*Derechos laborales y protección de Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género en España*](#), en [*Noticias CIELO*, n. 1](#), pp. 1-6
- ROMERO BURILLO A.M. (2016), *Las medidas laborales de protección de la trabajadora víctima de la violencia de género*, en VV.AA., *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi
- SILVÁN E., BRUNEL S. (2013), [*La violencia contra las mujeres. Derechos laborales y de seguridad social de las mujeres víctimas de violencia de género*](#), CCOO

Enfrentando la exclusión: medidas para la inserción laboral de los inmigrantes*

Isabella Marie ITURRIZAGA**

RESUMEN: La inmigración tiene un gran impacto en las sociedades actuales, con efectos tanto positivos como negativos. Si bien este colectivo, en términos culturales, aporta beneficios muy significativos, a menudo se ve expuesto a la exclusión y marginación en el ámbito laboral. Este fenómeno de discriminación laboral puede deberse a factores como prejuicios culturales, falta de reconocimiento de cualificaciones extranjeras y barreras lingüísticas. Por ello, este artículo se centra en analizar las causas de dicha discriminación y propone una serie de medidas para combatirla, realizando comparaciones desde una perspectiva internacional.

Palabras clave: Inmigración, discriminación laboral, políticas migratorias, igualdad, inserción, exclusión.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Causas de la discriminación laboral hacia los inmigrantes. 2.1. Breve contexto de la situación discriminatoria. 2.2. Causas por motivos de raza y cultura. 2.3. Causas relacionadas con las exigencias legales. 3. Medidas para combatir la discriminación laboral hacia los inmigrantes. 3.1. Medidas a nivel internacional. 3.1.1. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 3.1.2. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. 3.1.3. El papel de la Organización Internacional de Trabajo. 3.2. Medidas a nivel europeo. 3.2.1. Plan de Acción sobre Integración e Inclusión de la UE 2021-2027. 3.3. Medidas a nivel nacional. 3.3.1. Reforma del Reglamento de extranjería. 3.3.2. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. 3.3.3. Regularización masiva de inmigrantes. 4. Beneficios. 4.1. Beneficios desde el punto de vista de la persona inmigrante. 4.2. Beneficios desde el punto de vista del país receptor. 5. Breves conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este artículo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de I+D *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* y del Grupo PAIDI SEJ-347 sobre *Políticas de empleo, igualdad e inclusión social*.

** Becaria de colaboración, Universidad de Málaga (España).



Facing Exclusion: Measures to Promote the Labour Insertion of Immigrants

ABSTRACT: Immigration has a great impact on current societies, with both positive and negative effects. Although this group, in cultural terms, provides very significant benefits, it is often exposed to exclusion and marginalization in the workplace. This phenomenon of employment discrimination may be due to factors such as cultural prejudices, lack of recognition of foreign qualifications and language barriers. Therefore, this article focuses on analysing the causes of said discrimination and proposes a series of measures to combat it, making comparisons from an international perspective.

Key Words: Immigration, employment discrimination, immigration policies, equality, insertion, exclusion.

1. Introducción

Entre los principales rasgos que definen el contexto global actual, hemos de mencionar el fenómeno migratorio. En el caso de España, el escenario demográfico evoluciona gracias a los flujos migratorios. Según la Estadística Continua de Población¹ –elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)– la evolución de los habitantes en el periodo 2022-2023 se había visto fuertemente condicionada por el aumento de la migración en tanto que las personas extranjeras representaban el 97,5% del aumento total.

Este hecho se constituye no solo desde un enfoque positivo –dado que la inmigración enriquece cultural y socialmente– sino que también se erige como un problema en tanto que abre una brecha hacia la discriminación, laboral en este caso, de este colectivo. Supone, por tanto, un reto para todos garantizar desde una perspectiva social y jurídica la integración plena de los inmigrantes al mercado.

Partiendo del enfoque jurídico, la exclusión social, mayoritariamente intencionada, destruye principios básicos del derecho, estos son, igualdad de trato y oportunidades, derecho al trabajo y, lo más acuciante, la discriminación por cualquiera de los supuestos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si nos centramos en el ámbito social, los factores que principalmente afectan a la perpetuación de esta discriminación radican en la imposición de estereotipos sociales que van unidos a los supuestos de racismo por razón de raza o etnia.

Estudiar este problema supone un elevado esfuerzo que combine propuestas jurídicas, económicas y sociales que se enmarquen dentro de un proceso de integración basado en el respeto y la igualdad. Así, este artículo pretende no solo analizar la discriminación sufrida por los inmigrantes, sino que profundiza y busca la raíz del asunto, para lo cual se tiene en cuenta las diferentes estrategias que se han desarrollado en esta materia y los resultados –positivos o negativos– que han arrojado.

2. Causas de la discriminación laboral hacia los inmigrantes

2.1. Breve contexto de la situación discriminatoria

La marginación en el empleo que sufren las personas inmigrantes se

¹ INE, *Estadística Continua de Población (ECP). 1 de julio de 2024. Datos provisionales*, en www.ine.es, 7 agosto 2024, sección [Resultados](#).

constituye como un hecho de gran complejidad y cuyas consecuencias se traducen en una continua vulneración de los derechos de este colectivo. Lo cierto es que no se puede establecer una única causa para esta discriminación debido a que puede manifestarse desde varios enfoques. Aun cuando somos conscientes de ello, la sociedad sigue siendo partícipe. En realidad, no se puede mencionar todas las causas de esta situación – puesto que sería casi imposible sintetizarlas–, dicho de otra manera, es necesario centrar el estudio en causas concretas. En este sentido creo conveniente centrar el objeto de este texto en causas motivadas por la cultura –permitiéndonos entender el proceso de adaptación al que han de enfrentarse dentro del mercado laboral– y por otro lado en las causas legales dado que nuestro ordenamiento jurídico recoge la suficiente información como para abordar este tema de manera amplia.

2.2. Causas por motivos de raza y cultura

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es bastante clara cuando se trata de definir, en este caso, lo que es un inmigrante. Así, señala la OIM² que inmigrante es «Desde la perspectiva del país de llegada, persona que se traslada a un país distinto al de su nacionalidad o de residencia habitual, de manera que el país de destino se convierte efectivamente en su nuevo país de residencia habitual». De esta definición podemos extraer una idea clave: *que se produzca un cambio en la residencia, implica, necesariamente, un proceso de integración cultural. Al contrario de lo que se puede llegar a pensar, este proceso no es unidireccional sino bidireccional, esto es, afecta tanto al inmigrante como al país receptor.*

Lo cierto es que en la práctica existen muchas barreras que imposibilitan el proceso de integración mutua y que aún hoy se mantienen en el mercado laboral.

Los impedimentos lingüísticos son uno de los principales motivos ya que en muchas ocasiones se hace difícil dominar el idioma, y, por consiguiente, resulta casi imposible el entendimiento entre el inmigrante y el empleador provocando su rechazo. En el peor de los casos si la persona extranjera logra ocupar el puesto, se vería incapaz de conocer y defender sus derechos. Es más, en la mayoría de los casos el empleador aprovecha esta condición para sacar provecho, ya sea no asesorando a su trabajador de los derechos dentro de la empresa o directamente aprovechando el desconocimiento de la normativa para evadir aspectos básicos dentro del

² OIM, *Términos fundamentales sobre migración*, en www.iom.int, 29 marzo 2020.

trabajo como el respeto a su jornada o al salario. Es en este punto en el que se suele dar el inicio a las vulneraciones de los derechos de las personas inmigrantes dentro del mercado laboral y es un hecho que evidentemente requiere de cambios porque existe una obligación moral de proteger los derechos de las personas y el mercado laboral no puede ser un espacio donde estas obligaciones no se cumplan ni respeten. Quizás por ello la excesiva normativa laboral que regulan las condiciones de los trabajadores.

Asimismo, la convivencia de culturas muy diferentes entre sí puede suponer que el proceso de adaptación se vea entorpecido. En este punto se le asigna un papel casi protagónico a los prejuicios y estereotipos, en otras palabras, la tendencia a creer que los inmigrantes son inferiores y que por el mero hecho de serlo haya derecho a tratarlos de manera distinta. A menudo nos encontramos situaciones en las que se producen ciertos rechazos hacia este colectivo e incluso nosotros hemos sido testigo de ello. Es por ello por lo que este tema ha sido estudiado por diversos autores que han querido analizar desde un punto de vista de la persona contratante qué es lo que los lleva a cometer actos discriminatorios.

Recientemente, Socio Economic Review publicó una investigación que constataba esta discriminación. Las conclusiones se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 1 – Descriptivos: tasas medias brutas de devolución de llamadas según fenotipos

	All (1)	White (2)	DSC (3)	ASIN (4)	Black (5)	No photo (6)	White/Black ratio (7)	White/Black odds ratio (8)	White-Black percent difference (P-value) (9)
All	36.43	39.83	33.66	32.10	28.30	38.51	1.41	1.68	11.53
	[12.783]	[4.979]	[2.038]	[1.455]	[1.135]	[2.947]			[0.0000]
Male	35.04	37.39	34.32	29.99	26.05	37.98	1.44	1.70	11.34
	[6.178]	[2.495]	[947]	[697]	[641]	[1.398]			[0.0000]
Female	37.73	42.27	33.09	34.04	30.29	38.99	1.40	1.69	11.98
	[6.605]	[2.484]	[1.091]	[758]	[723]	[1.549]			[0.0000]
Germany	49.57	54.40	46.88	42.61	47.38	46.39	1.15	1.32	7.02
	[3.161]	[1.399]	[544]	[467]	[363]	[388]			[0.017]
The Netherlands	46.23	54.91	47.41	43.41	40.39	41.89	1.36	1.80	14.52
	[4.402]	[1.253]	[483]	[334]	[255]	[2.077]			[0.0000]
Spain	20.21	22.95	19.98	18.81	14.88	17.63	1.54	1.70	8.07
	[5.220]	[2.327]	[1.011]	[654]	[746]	[482]			[0.0000]

Fuente: J.G. POLAVIEJA ET AL., B. LANCEE, M. RAMOS, S. VEIT, R. YEMANE, [In your face: a comparative field experiment on racial discrimination in Europe](#), en Socio-Economic Review, 2023, vol. 21, n. 3, Table 2

Los datos son reveladores al constatar que la sola presencia de fenotipo diferente al blanco te convierte automáticamente en menos valorado por la empresa contratante. El estudio hace una comparativa entre la respuesta de España, Alemania y Holanda de las casi 13.000 empresas a la que se habían enviado solicitudes de trabajo irreales con cuatro perfiles de fenotipo claros; blancos, negros, asiáticos y morenos. Una de las principales consecuencias se manifiesta en las palabras de Javier Polavieja (UC3M): «El fenotipo actúa como desencadenante autónomo de la discriminación en Alemania y los Países Bajos, reduciendo las oportunidades de acceso al empleo para solicitantes no blancos». Por otra parte, la coautora Susanne Veit señaló que «Según nuestras estimaciones, en los tres países estudiados, los solicitantes de ascendencia del Magreb y Oriente Próximo con fenotipos negros tienen que enviar aproximadamente un cincuenta por ciento más de solicitudes para recibir una llamada de los empleadores que solicitantes curricularmente idénticos pero de ascendencia europea y fenotipo blanco». Según los datos proporcionados por el cuadro, podemos ver cómo esta discriminación se hace incluso más intensa para las personas de fenotipo negro otorgándoles una diferencia de hasta casi 11 puntos y medio sobre el resto.

Lo cierto es que intentar erradicar la discriminación por motivos de raza y cultura requiere de un esfuerzo extremadamente elevado porque es difícil incidir en el pensamiento de las personas. Evidentemente no es algo imposible, pero hace falta impulsar una cultura del respeto. A diferencia de las causas que comentaremos a continuación, es decir las causas legales, estas pueden ser más flexibles pudiendo modificarse la normativa, para el caso de las razones culturales aún queda mucho por hacer.

2.3. Causas relacionadas con las exigencias legales

Trabajar en un país extranjero, exige, además de un permiso de residencia, un permiso de trabajo. Basándose en derecho, resulta totalmente lógico pretender un control migratorio, que, para el caso español está basado en la Ley Orgánica 4/2000, con el propósito de asegurar su correcta integración. No pretendo, por tanto, restarle valor a ello, todo lo contrario, este artículo tiene como único objetivo ofrecer una visión de la realidad a la que los inmigrantes se enfrentan, y, por consiguiente, hay que ser consciente de la necesidad de una correcta regulación y tratamiento legal, porque la inmigración ilegal es el principal enemigo y factor de la discriminación y vulneración de sus derechos. Sin embargo, dejando de lado la doctrina judicial y llevándolo a la práctica, resulta, tanto menos eficiente, la exigencia, en muchos casos innecesaria, de trámites que suponen una gran dificultad

y una excesiva burocracia. Los tiempos de espera suelen ser prolongados y muchas veces no se respetan los tiempos de resolución lo que hace que la integración sea demorada.

Para poder entender este punto, es esencial saber a qué nos referimos con un permiso de trabajo. Concretamente, en este apartado se hablará del caso español, aunque suele ser similar en países europeos, dada la situación europea y el derecho a la libre circulación³.

La RAE define el permiso de residencia y trabajo –porque para trabajar debe residir en el territorio– como «Autorización administrativa que permite residir en España y ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, a un extranjero mayor de dieciséis años»⁴. Si nos centramos únicamente en el permiso de trabajo, debemos entenderla como una autorización que habilita al migrante a realizar actividades de carácter laboral. Lo cierto es que dichos permisos tienden a dificultar la integración ya que, como veremos más adelante, limitan las actividades ya sea por razón de actividad o por situación geográfica. Asimismo, la limitación temporal que tienen hace que los contratos sean más inestables ante la incertidumbre del contratante sobre si su empleado podrá renovar o no el permiso. Estas inquietudes se han transmitido al panorama político español que ya está estudiando posibles modificaciones para agilizar estos permisos y dotarlos de mayores capacidades. Se pretende por tanto simplificar la aportación de trámites y documentos, así como la intención de incorporar la idea del Permiso Único⁵ acordada por el Parlamento Europeo.

Actualmente, la legislación española recoge dos grandes tipos de permiso:

1. autorización de residencia y trabajo por cuenta propia;
2. autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Asimismo, dentro de estos dos grandes bloques, podemos encontrarnos con hasta 8 tipos de permisos (10 si tenemos en cuenta las renovaciones) que varían en las condiciones, la actividad a la que están dirigidos y el tiempo de concesión. Los permisos A, B y C están reservados para trabajos por cuenta ajena, mientras que los de tipo D y E para trabajos por cuenta propia. Separadamente, están los permisos F, permanente y extraordinario aplicables a ambos tipos de trabajo. De todos ellos, los más

³ En relación a este derecho, *vid.* S.E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, [Limitaciones a la libre circulación de trabajadores: especial referencia al concepto de función pública](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6.

⁴ RAE, [Diccionario panhispánico del español jurídico](#), 2023, entrada [Permiso de residencia](#).

⁵ MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [La nueva Directiva de Permiso único simplifica la emisión de permisos de residencia y trabajo y amplía los derechos de igualdad de trato](#), en www.inclusion.gob.es, 14 mayo 2024.

solicitados se encuentran hasta la letra E. A continuación, se detallan los aspectos más importantes de estos permisos.

Cuadro 2 – Tipos de permisos en la legislación española

Permisos por cuenta ajena	A	Actividad y ámbito geográfico concreto	9 meses
	B inicial	Actividad y ámbito geográfico concreto	1 año
	B renovado	Actividad y ámbito geográfico libre	2 años
	C	Actividad y ámbito geográfico libre	3 años
Permisos por cuenta propia	D inicial	Actividad y ámbito geográfico concreto	1 año
	D renovado	Actividad y ámbito geográfico libre	2 años
	E	Actividad y ámbito geográfico libre	3 años

Fuente: elaboración propia a partir de la legislación española

La conclusión que se puede extraer es que las elevadas exigencias para conceder los permisos de trabajo aumentan la irregularidad en el mercado laboral a la par que aumenta la precariedad laboral de las personas inmigrantes y se intensifica la economía sumergida. Al mismo tiempo, los inmigrantes se ven obligados a ocupar los puestos menos cualificados y que muchas veces no se ajustan a sus estudios y capacidades. Ya para rematar, la mujer es la más perjudicada.

En consecuencia, el panorama migratorio demanda una urgente reforma en pro de beneficiar y garantizar los derechos laborales de este colectivo, pero en pro también del país receptor.

3. Medidas para combatir la discriminación laboral hacia los inmigrantes

La persecución contra todo tipo de discriminación es una batalla que

ha ido cobrando mayor importancia a lo largo de los años. En este sentido, la OIT se ha posicionado como pieza clave en tanto que ha ido promulgando iniciativas para proteger a este colectivo. Así mismo diferentes asociaciones, organizaciones y países han ido avanzando en materia de integración migratoria promoviendo medidas o adaptando las ya existentes a las nuevas necesidades del mercado laboral extranjero.

Pese a este intento por armonizar la situación migratoria en el ámbito laboral, la realidad es totalmente distinta e impera el mercado irregular, la precariedad y la falta de asistencia. Al contrario de lo que se esperaba, una mejora de las condiciones laborales de los inmigrantes, los datos nos revelan que sigue siendo una problemática a la que no se le ha encontrado una solución efectiva.

Es más, la situación provocada por el Covid-19⁶ ha supuesto un agravante a estas discriminaciones. Los datos revelan que las tasas de paro⁷ post Covid (para el caso de España) fueron más elevadas en los extranjeros (24,9% en el mes de junio 2020) que en los nacionales (13,5%). Ello ha hecho necesario la casi obligatoriedad por parte de los distintos países de impulsar medidas para frenar el impacto de la discriminación laboral.

Evidentemente, ciertas medidas sí que han contribuido a frenar o al menos paliar los efectos provocados por esta discriminación y son estas a las que haremos mención en los próximos párrafos. El siguiente punto se presentan las distintas iniciativas tanto en el ámbito internacional, como en el europeo y como no, en España.

3.1. Medidas a nivel internacional

Como se adelantaba anteriormente, la situación laboral migratoria es un hecho de extrema preocupación y, por ende, ocupa un puesto indispensable en la lista de problemas a solucionar dentro del panorama internacional.

Aunque se crea que esta situación es propia de los últimos años, lo cierto es que el fenómeno migratorio ha existido siempre, aunque evidentemente bajo un contexto y circunstancias distintas a las actuales. La inmigración supone retos relativos a la integración general de este colectivo, pero también supone retos para los países que la reciben porque para que pueda ser realmente efectiva y beneficiosa para ambos debe hacerse de

⁶ R. MAHÍA, *Los efectos del COVID-19 sobre la inmigración en España: economía, trabajo y condiciones de vida*, en *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2020.

⁷ INE, *Encuesta de Población Activa 2020*, 2020.

manera ordenada y asegurándose que se respete a las dos partes. Es por ello por lo que ya anteriormente se habían lanzado iniciativas para fomentar la integración laboral de este colectivo. Actualmente, la comunidad internacional sigue esta misma línea y lo hace adaptándose al nuevo escenario. En este apartado centraremos la atención en las distintas medidas que han contribuido a fomentar la integración.

3.1.1. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba en 1990 y cuya entrada en vigor fue en 2003 este tratado cuyo principal objetivo era el de proporcionar protección a los trabajadores migrantes incluyendo a sus familiares, lo que se puede deducir del propio título.

En esta Convención se protegen una serie de derechos que encuentran su fundamento principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en normativa recogida por la OIT en sus textos 87 y 143. En su Parte II, comprendida desde el artículo 8 hasta el 35, se especifican cada uno de los derechos que protegen a los migrantes, pero también a sus familiares. Así, se pueden establecer dos grandes prioridades:

- dotación de un referente legal y jurídico para el tratamiento de las condiciones laborales de los inmigrantes;
- aplicación de medidas para disminuir la migración irregular y clandestina.

Por tal razón, este convenio constituye un referente, un modelo a seguir para la preparación e implantación de medidas contra la discriminación laboral por razón de nacionalidad. De hecho, sirve y ha servido de inspiración para normas posteriores.

3.1.2. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular

Este pacto fue aprobado en 2018 y se configura como una pieza clave para combatir la exclusión laboral en tanto que el abanico de temas tratados es de gran amplitud permitiendo tener una visión de la migración más clara.

Entre los diferentes objetivos presentes, destaca, tal y como su nombre indica, la idea de una migración segura y regular. Se pretende facilitar a los migrantes las vías para que puedan optar por una residencia legal y, por ende, se persigue la migración irregular, fenómeno que contribuye a que el colectivo se encuentre fuertemente marginado.

Por otro lado, busca combatir la explotación de los trabajadores extranjeros asegurándose que las contrataciones respondan a criterios éticos. Asimismo, busca ofrecer las condiciones necesarias para que su llegada al país permita el beneficio bidireccional del que hablábamos al inicio. Estos son solo algunos de los 23 objetivos que se recogen en el pacto.

Es catalogado como «el primer acuerdo global de la ONU sobre un enfoque común sobre la migración internacional en todas sus dimensiones»⁸ Su amplia gama temática es el principal atractivo para los 164 países que lo firmaron.

3.1.3. El papel de la Organización Internacional de Trabajo

La OIT se define como «organismo de las Naciones Unidas para el mundo del trabajo»⁹. Se le atribuyen la tarea de velar por los derechos de los trabajadores, hacer efectivo el cumplimiento de la normativa laboral, favorecer la oferta de oportunidades de empleo, etc. Esta figura es fundamental dada su composición tripartita:

1. trabajadores;
2. empleadores;
3. Gobiernos.

A diferencia de otras organizaciones, la particularidad de esta es que el derecho a voto es igualitario para cada uno de sus componentes lo que favorece que se tenga en cuenta las inquietudes generales y no solo los intereses de los gobiernos.

En referencia a la migración laboral, la OIT¹⁰ destaca por la elaboración de Convenios dotados de normas de protección del trabajador, entre los que cabe citar las siguientes:

- Convenio n. 21 sobre la inspección de los emigrantes (derogado);
- Convenio n. 97 sobre migración en el que queda prohibida la discriminación laboral¹¹ (revisado);

⁸ NACIONES UNIDAS, *El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, en www.un.org, 7 diciembre 2018.

⁹ OIT, *Informe VI. Promover la justicia social. Evaluación de las repercusiones de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 2016, 105ª reunión.

¹⁰ Vid. S. PAIXÃO PARDO, *Convenios de la OIT sobre Trabajadores migrantes*, 2021.

¹¹ Art. 11: «1. A los efectos de este Convenio, la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante. 2. El presente Convenio no se aplica: (a) a los trabajadores fronterizos; (b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;

- Convenio n. 143 sobre migración donde se formulan medidas de prevención del trabajo irregular¹²;
- Recomendación n. 151 sobre trabajadores migrantes.

3.2. Medidas a nivel europeo

En la actualidad Europa se ha convertido en uno de los destinos más populares para los migrantes. Elegido por la gran variedad de oportunidades y por la mayor calidad de vida es lógico que el flujo de inmigración aumente cada año. Según cifras de la OIM, solo en 2022 Europa incrementó su población migrante en 213.896 personas¹³. Sin embargo, la simple llegada no es suficiente cuando en la realidad muchos de ellos se enfrentan a dificultades para integrarse, principalmente en el mercado laboral.

Aunque este problema es complejo y requiere de una respuesta firme y sólida, Europa no se ha quedado de brazos cruzados, sino todo lo contrario, ha ido desarrollando medidas y planes para combatir la exclusión laboral y la protección de las personas inmigrantes.

3.2.1. Plan de Acción sobre Integración e Inclusión de la UE 2021-2027

Este plan se configura como herramienta fundamental –un hilo del que tirar– para proporcionarles a los países europeos acogedores de migrantes los recursos necesarios para hacer efectiva la integración laboral (aunque

(c) a la gente de mar».

¹² *Vid.* S. PAIXÃO PARDO, *op. cit.*, slide 7: «Se disponen medidas encaminadas a combatir la migración clandestina e ilegal y organizaciones delictivas que la promueven, al tiempo que se establece para los Estados que lo hayan ratificado la obligación de respetar los derechos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Se debe garantizar la garantía de condición de legalidad a trabajador que haya residido legalmente por trabajo y venga a perderlo, con posibilidades de recolocación y readaptación. Se extiende el alcance de la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes con residencia legal en un país y los trabajadores nacionales, para así garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, la seguridad social, los derechos sindicales y culturales, y las libertades individuales y colectivas de las personas que, como trabajadores migrantes o como miembros de sus respectivas familias, residen legalmente en el territorio de un Estado que haya ratificado dicho convenio. Los Estados Miembros, que hayan ratificado el convenio, también deberán facilitar la reunificación familiar de los trabajadores migrantes que residen legalmente en su territorio».

¹³ OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, 2021.

también se refiere a la educación, etc.). De hecho, la Presidenta de la Comisión Europea señalaba que «Nos aseguraremos de que las personas que tienen derecho a quedarse estén integradas y se sientan bienvenidas. Tienen un futuro que construir, además de habilidades, energía y talento».

Se le atribuye al migrante un papel importante dentro de la UE y, por ende, se le quiere dotar de las facilidades pertinentes para que se puedan romper aquellas barreras que aún le suponen limitaciones a su integración. Contempla, por tanto, todo tipo de variables condicionantes de la marginación, desde la religión, el género o la edad.

Entre las diferentes propuestas que integran el nuevo plan, el cual incorpora parte de los logros de su precedente, en este caso concreto centramos el estudio en las siguientes:

- refuerzo en las vías de financiación, formación y asesoramiento;
- fomento de la participación de la mujer migrante en el mercado laboral;
- evaluación eficaz de las capacidades y conocimientos de los migrantes.

Para cumplir con estos objetivos la Comisión Europea se apoya principalmente en la Asociación Europea para la Integración y en la Red Europea de Integración. Además de este plan, se han tomado una serie de medidas como la creación de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales¹⁴ que incluye la erradicación de la discriminación.

3.3. Medidas a nivel nacional

España se ha convertido en uno de los principales atractivos para aquellos que buscan mejores oportunidades. Así y todo, la realidad es que, aun buscando un mejor futuro, su camino está lleno de obstáculos. No corresponde en este apartado hablar de las causas –dado que ya se ha hecho en apartados anteriores– empero si es necesario una breve comparativa a los datos ofrecidos por el INE que constatan las diferencias:

Cuadro 3 – Tasa de paro

Espanoles	Extranjeros no pertenecientes a la UE
10,74	18,78
Total hombres	Total hombres

¹⁴ *Idem.*

9,52	16,13
Total mujeres	Total mujeres
12,10	21,59

Fuente: INE, [Tasas de paro por nacionalidad, sexo y comunidad autónoma](https://www.ine.es), en www.ine.es, 7 diciembre 2023

Según el cuadro, podemos observar cómo varían las tasas de paro en España, según el tipo de nacionalidad. La diferencia se hace notoria sobre todo en la media total, pero más aun en el colectivo femenino, donde difiere en 9,5 puntos. Esto es debido a que generalmente suelen ocupar puestos que requieren menores cualificaciones, salarios más bajos y se acostumbra a ocupar puestos que se han feminizado (cuidado de ancianos, de niños, limpieza, etc.). Por si fuera poco, la gran parte de este colectivo se ve obligada a no trabajar o compaginar su trabajo con el cuidado del hogar, lo que hace que indudablemente aumente el porcentaje de mujeres inmigrantes paradas. Se demanda urgentemente que la exclusión laboral enfoque parte de su estudio desde la perspectiva de género.

3.3.1. Reforma del Reglamento de extranjería

Siguiendo esta línea, en 2022, el Gobierno aprobó reformar el Reglamento de Extranjería con vistas a beneficiar la integración laboral de los inmigrantes. De esta reforma cabe destacar tres ideas básicas:

- se habilita a los estudiantes a compaginar su permiso de estudio con un trabajo que esté relacionado con la formación que realicen, siempre y cuando no supere las 30 horas semanales;
- modificación de los distintos tipos de arraigo eliminando trabas relacionadas con las horas exigidas, así como abre la posibilidad del pluriempleo para obtener dicho permiso;
- la creación del arraigo para la formación permite regularizar la situación del migrante, al mismo tiempo que le concede la posibilidad de cambiar el tipo de residencia a uno de trabajo una vez superada la formación.

Esta reforma persigue facilitar la concesión de permisos y la agilización de los procedimientos que muchas veces dan como resultado un impulso al inmigrante por no regularizar su situación. La excesiva burocracia es un problema que está presente en las Administraciones Públicas y que en este caso se manifiesta como dificultad para el extranjero. Por tal motivo se ha

llevado a cabo esta reforma y, continuamente, el Gobierno se encuentra estudiando la normativa extranjera intentando adaptarla a las nuevas necesidades de la sociedad.

3.3.2. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Se erige como parte indispensable del ordenamiento jurídico español para velar por el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. Por tal motivo, en ella se prohíbe la discriminación por motivos varios entre los que destacan los motivos de raza y origen. Encuentra sustento en la Constitución Española, principalmente en los artículos 9.2, 10 y 14.

Para lo que a este estudio interesa, el artículo 3.1.a). b) nos dice que:

1. Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos:

- a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.
- b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.

Complementariamente, en los artículos 9 y 11 se habla del derecho a la igualdad de trato ya sea en los trabajos por cuenta ajena o propia. Por otro lado, el artículo 33 establece medidas positivas para hacer efectiva dicha igualdad que incluyen desde planes de igualdad empresariales, protección a los que hayan sufrido discriminación hasta un organismo denominado Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación cuya misión será velar por la efectiva aplicación de los contenidos de la ley citada.

En definitiva, esta norma es de suma importancia en pro de construir una España que se base en principios de justicia e inclusión por lo que debe hacerse necesaria su divulgación y aplicación real.

3.3.3. Regularización masiva de inmigrantes

Recientemente, el pasado abril, fue aprobada por el Congreso la iniciativa legislativa popular que busca regularizar a los inmigrantes llegado antes del 2022. Se estima que la cifra de beneficiados será de 500.000 personas. Aunque no podamos dar por hecho aún que se vaya a realizar, dada la necesidad de espera a la elaboración de un Real Decreto que

establezca el procedimiento para dicha regularización, si podemos afirmar que una correcta aplicación de esta iniciativa supondría no solo beneficios para los inmigrantes, sino también para España, pues aquellos que hoy por su situación de irregularidad se ven obligados a participar de la economía sumergida, podrán contribuir directamente a la economía española.

Un estudio elaborado por la Fundación porCausa¹⁵ determinó que el proceso de regularización supondría un beneficio de aproximadamente 800 y 950 millones de euros para el Estado.

Esta cuestión ha levantado al debate y diversas opiniones se han manifestado tanto por aquellos que son partidarios de esta regularización masiva como por parte de aquellos que lo ven como una amenaza. Es necesario por tanto que en el momento que sea aplicable se haga de una manera ordenada y únicamente siguiendo los criterios y requisitos necesarios y exigidos para asegurar una migración controlada, segura y eficiente. Lo que evidentemente no se puede permitir es que se conceda por arte de magia dado que puede suponer un desorden a nivel administrativo y que sería difícil de afrontar en la práctica.

Ya hemos hecho referencia a la necesidad de combatir la inmigración irregular¹⁶ porque al contrario de aquellos que defienden este proceso, porque evidentemente obtienen algún tipo de beneficio de él, lo único que debe de tenerse en cuenta es el respeto a los derechos de las personas, no solo migrantes sino las del país receptor.

4. Beneficios

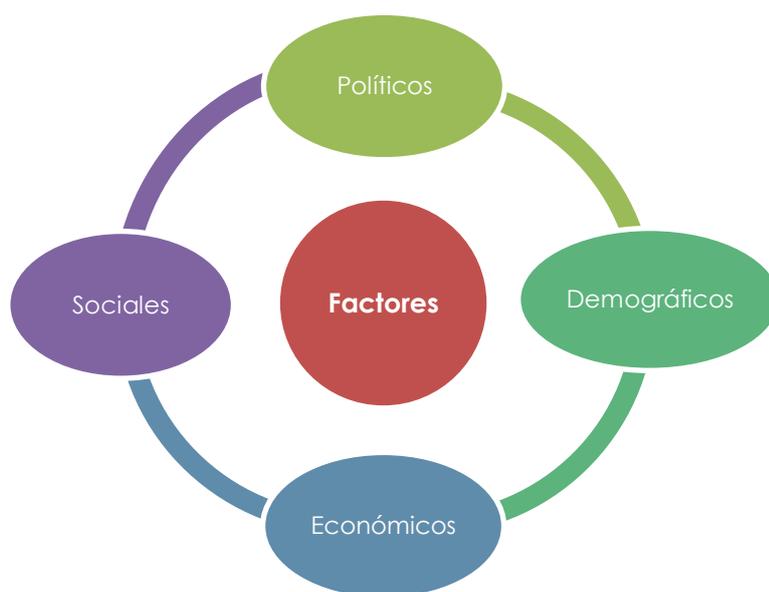
A lo largo de este artículo se ha hecho referencia a la necesidad de aplicar medidas y más concretamente medidas legales, porque su condición de legalidad les otorga mayor valor al momento de ser tenidas en cuenta. Las propuestas de cada uno de los enfoques mencionados –internacional, europeo y nacional– son la pieza clave para promover la igualdad de trato y su correcta aplicación supone grandes beneficios para la sociedad en su conjunto. Ahora bien, estos beneficios serán distintos según hablemos de a quienes afectan y, por lo tanto, se hace necesaria una distinción permitiéndonos entender las repercusiones sobre cada grupo.

¹⁵ FUNDACIÓN PORCAUSA, *Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles*, Esenciales, 2022, p. 10.

¹⁶ Al respecto, A. CABELLO ROLDÁN, *Reseña de “El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social”*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6, p. 365.

4.1. Beneficios desde el punto de vista de la persona inmigrante

Son muchos los factores que propician la migración. Desde factores sociales, económicos, políticos e incluso simplemente por el interés de vivir en un país diferente.



Consecuentemente, se puede extraer un factor común entre las causas citadas en el esquema anterior permitiéndonos entender que la migración, ya sea por uno u otro factor, tiene una finalidad primaria, garantizar un mejor futuro del que podría tener en su país de origen. La mayoría de las personas que emigran lo hacen por falta de oportunidades lo que los lleva a idealizar su cambio. Por consiguiente, un proceso efectivo de integración de las personas migrantes, especialmente en el ámbito laboral, supone múltiples beneficios para el extranjero que podrá ver satisfechas sus expectativas.

En primer lugar, aumentaría la calidad de vida ya que el acceso a un empleo permitiría cubrir los gastos y acceder a servicios como la sanidad o la educación. De hecho, y dada que la mayor parte de la población que emigra proviene de África, o América, es lógico pensar que la calidad de vida será mayor. Basta con hacer una comparación entre los datos que

proporciona Mercer¹⁷ para darse cuenta de que entre las 10 ciudades en las que los trabajadores expatriados pueden gozar de una mejor vida, destacan 7 ciudades pertenecientes a Europa. Lo que se pretende es migrar a países en los que las desigualdades sociales no estén presentes, o, por lo menos, se manifiesten en niveles mínimos.

En segundo lugar, la integración laboral es decisiva para que los inmigrantes puedan satisfacer sus expectativas profesionales lo que se traduce en un aumento de la autoestima. Contrario a lo que muchos puedan pensar, la importancia de la autoestima es fundamental para el desarrollo de la persona y, por consiguiente, una correcta aplicación de las medidas citadas para combatirla discriminación laboral hacia los inmigrantes supone darles la oportunidad de mejorar sus expectativas de vida.

Asimismo, favorece a la integración social en tanto que se erige como una oportunidad para relacionarse, conocer personas e intercambiar. El factor social es decisivo en nuestra vida y la inmigración es una herramienta que si se usa adecuadamente enriquece culturalmente tanto al inmigrante como al nacional.

Independientemente de estas ventajas, es importante tener en cuenta que mayoritariamente se apreciarán a medio o largo plazo. No es un proceso que se dé de manera automática, sino que requiere de un esfuerzo tanto del extranjero como del país receptor. Ambos deben tener presente la obligación moral de hacer las cosas bien, de conformidad con la ley.

4.2. Beneficios desde el punto de vista del país receptor

El fenómeno de la inmigración es una pieza clave para el desarrollo económico de los países receptores. Tal y como ya se ha mencionado, siendo la búsqueda de oportunidades el principal motivo para emigrar, este colectivo tiende a ocupar aquellos puestos en los que la mano de obra es más escasa, que, según el INE, estamos hablando de trabajos relacionados con el sector agrícola, el de la construcción, la hostelería o los servicios¹⁸.

En el caso de España es importante señalar cómo el aumento de la inmigración ha contribuido a paliar los efectos del envejecimiento de la población nativa¹⁹. Mientras que la población envejece, los inmigrantes que llegan a España están todavía en edad de trabajar y por tanto de equilibrar la situación económica.

¹⁷ MERCER, *Clasificación de la calidad de vida 2023*, en www.mercer.com, 18 diciembre 2023.

¹⁸ INE, *Ocupados por nacionalidad, sexo y sector económico*, en www.ine.es, 27 octubre 2023.

¹⁹ R.M. BUJÁN, *El cuidado de ancianos: un vínculo entre la inmigración y el envejecimiento*, en *Panorama Social*, 2005, n. 2.

Por otro lado, la inmigración aporta nuevos conocimientos y habilidades que pueden ser de gran utilidad para el país receptor fomentando la competitividad. Así mismo muchos de los inmigrantes que llegan lo hacen con la idea de emprender y por lo tanto contribuyen a la creación de puestos de trabajo.

Todas estas ideas pueden resumirse en lo siguiente: *una correcta aplicación de medidas contra la discriminación hacia los inmigrantes sirve como motor económico para el país que lo recibe.*

Al fin y al cabo, la inmigración supone múltiples beneficios tanto para el inmigrante como para El País que lo recibe y es por eso por lo que es necesario ver este fenómeno desde un lado positivo apreciando lo que nos puede aportar y asegurándonos que se haga siempre de conformidad con los derechos humanos y con la normativa legal. Pero para que se pueda hacer efectiva, no solo basta con proponer medidas, sino que hay que aplicarlas y, sobre todo, evaluarlas, asegurar que se cumplan. Solo así podrán obtenerse beneficios.

5. Breves conclusiones

Este trabajo nos ha permitido analizar la discriminación laboral de las personas inmigrantes desde diferentes enfoques. En este sentido, hemos hecho referencia a las principales causas que motivan esta discriminación y las hemos apoyado en datos y evidencias de fuentes oficiales para poder ofrecerle al lector una visión de la realidad a la que se enfrentan los inmigrantes día a día. Se ha querido resaltar el papel que cumplen las normativas legales por lo que la mayoría de las referencias citadas son de normas de derecho laboral. No podría combatirse este fenómeno sin una base sólida de derecho.

Como ya se ha dicho anteriormente, este estudio se ha centrado desde tres enfoques; el internacional, el europeo y el nacional y se ha hecho considerando la complementación entre cada una de las normas e iniciativas mencionadas. De este modo vemos cómo las medidas que se implantan en cualquiera de estos 3 ámbitos son muchas veces influyentes para cualquiera de los otros sirviendo de ejemplo o de base, lo que hace que el sistema de protección de las personas migrantes sea una herramienta eficaz y general para todos.

Por supuesto, hay que resaltar la necesidad de seguir luchando en esta materia porque, aunque se hayan promulgado medidas para frenar el impacto negativo que supone, la realidad es que aún con estas herramientas la sociedad no es capaz de erradicar por completo la discriminación laboral

y aunque en este estudio nos hemos centrado en el colectivo inmigrante es totalmente aplicable a otros colectivos marginados como son las mujeres, los jóvenes o el colectivo LGBTI²⁰.

Así, las ideas más destacables de este texto son las siguientes:

- el proceso migratorio es un fenómeno que sigue aumentando y lo hace a ritmos acelerados;
- las causas que propician las desigualdades entre los inmigrantes son amplias, pero destacan principalmente las culturales y legales;
- el panorama internacional, europeo y nacional demanda la urgente aplicación de medidas para favorecer el respeto a los derechos del colectivo;
- una correcta aplicación de estas medidas puede suponer múltiples beneficios tanto para el inmigrante como para el país que los recibe.

En la actualidad se hace cada vez más necesaria la protección de los colectivos desfavorecidos y como hemos podido constatar el ámbito laboral es uno de los principales escenarios en los que se hace presente esta discriminación lo que resulta totalmente indispensable la lucha para erradicar cualquier tipo de acto discriminatorio.

¿Cuál es la sociedad que queremos dejar al futuro? Esta es una pregunta que deberíamos de hacernos a menudo y que nos puede servir como un espejo para ver la realidad a las que nos estamos enfrentando como sociedad, una sociedad en la que cada vez se avanza en unas materias pero se retrocede en otras y en la que no basta con mecanismos legales sino que es necesario un cambio de mentalidad, generar un sentimiento de empatía hacia todas las personas independientemente de su condición, de su nacionalidad o de cuál es su religión, Estaremos todos de acuerdo en el deseo de construir una sociedad mejor, donde no haya espacio para la discriminación y donde las diferencias sean solo herramientas de enriquecimiento. Decía Nelson Mandela que «Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, su origen o su religión. La gente aprende a odiar. También se les puede enseñar a amar. El amor llega más naturalmente al corazón humano que lo contrario».

6. Bibliografía

BUJÁN R.M. (2005), [*El cuidado de ancianos: un vínculo entre la inmigración y el*](#)

²⁰ Al respecto, *vid.* F. VILA TIerno, [*Nuevas obligaciones laborales nuevas incertidumbres, en revista de estudios jurídicos laborales y de Seguridad Social*](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2024, n. 8, p. 8.

- envejecimiento*, en *Panorama Social*, n. 2, pp. 86-97
- CABELLO ROLDÁN A. (2023), *Reseña de "El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social"*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 363-366
- CASTILLO RAMOS-BOSSINI S.E. (2023), *Limitaciones a la libre circulación de trabajadores: especial referencia al concepto de función pública*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6, pp. 285-316
- FUNDACIÓN PORCAUSA (2022), *Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles*, Esenciales
- INE (2024), *Estadística Continua de Población (ECP). 1 de julio de 2024. Datos provisionales*, en www.ine.es, 7 agosto 2024, sección *Resultados*
- INE (2023), *Ocupados por nacionalidad, sexo y sector económico*, en www.ine.es, 27 octubre
- INE (2023), *Tasas de paro por nacionalidad, sexo y comunidad autónoma*, en www.ine.es, 7 diciembre
- INE (2020), *Encuesta de Población Activa 2020*
- MAHÍA R. (2020), *Los efectos del COVID-19 sobre la inmigración en España: economía, trabajo y condiciones de vida*, en *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2020
- MERCER (2023), *Clasificación de la calidad de vida 2023*, en www.mercer.com, 18 diciembre
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2024), *La nueva Directiva de Permiso único simplifica la emisión de permisos de residencia y trabajo y amplía los derechos de igualdad de trato*, en www.inclusion.gob.es, 14 mayo
- NACIONES UNIDAS (2018), *El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, en www.un.org, 7 diciembre
- OIM (2023), *La integración de las personas migrantes: experiencias, buenas prácticas y desafíos. Belice – Costa Rica – México – Panamá – República Dominicana*
- OIM (2021), *Informe sobre las migraciones en el mundo en 2022*
- OIM (2020), *Términos fundamentales sobre migración*, en www.iom.int, 29 marzo
- OIT (2016), *Informe VI. Promover la justicia social. Evaluación de las repercusiones de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión
- PAIXÃO PARDO S. (2021), *Convenios de la OIT sobre Trabajadores migrantes*
- POLAVIEJA J.G, LANCEE B., RAMOS M., VEIT S., YEMANE, R. (2023), *In your face: a comparative field experiment on racial discrimination in Europe*, en *Socio-Economic Review*, vol. 21, n. 3, pp. 1551-1578
- VILA TIerno F. (2024), *Nuevas obligaciones laborales nuevas incertidumbres*, en *revista de*

estudios jurídicos laborales y de Seguridad Social, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 8, pp. 8-10

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [*Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027*](#), 24 noviembre 2020, COM(2020)758 final

Normativa OIT

Convenio OIT n. 143, [*Convenio sobre los trabajadores migrantes \(disposiciones complementarias\)*](#), 1975

Convenio OIT n. 97, [*Convenio sobre los trabajadores migrantes \(revisado\)*](#), 1949

Convenio OIT n. 21, [*Convenio sobre la inspección de los emigrantes*](#), 1926

Recomendación OIT n. 151, [*Recomendación sobre los trabajadores migrantes*](#), 1975

Normativa ONU

[*Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*](#), adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990

[*Declaración Universal de Derechos Humanos*](#), adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

Fenomenología e interseccionalidad en la migración: enfoque en igualdad y discriminación laboral

Salvador GUARECUCO*

RESUMEN: El artículo propone abordar la complejidad de las experiencias migratorias, examinándolas a través de una lente interseccional donde se reconozca la rica diversidad de identidades y los múltiples factores que inciden en la migración. En este sentido, se subraya la necesidad de desentrañar cómo elementos como el género, la etnia, la edad y la orientación sexual se interconectan, dando lugar a realidades distintivas con implicaciones variadas. El objetivo central del texto es presentar una metodología para investigar la discriminación laboral que enfrentan las mujeres migrantes en España, integrando la fenomenología social de Alfred Schütz con la teoría de la interseccionalidad de Christina Ewig. La propuesta de un enfoque fenomenológico interseccional facilitará una comprensión más profunda de las políticas migratorias y las vivencias de los migrantes desde una perspectiva multidimensional. Se recalca la importancia de considerar las diversas dimensiones que configuran las experiencias migratorias, con el fin de asegurar un tratamiento justo y respetuoso hacia los derechos de todas las personas implicadas.

Palabras clave: Migración, interseccionalidad, igualdad, discriminación, políticas migratorias, fenomenología.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Necesidad de una mirada desde la interseccionalidad. 2.1. Origen de la interseccionalidad. 2.2. Tipos de interseccionalidad. 2.3. La interseccionalidad en el abordaje de la migración. 3. La fenomenología para el estudio de la realidad social. 3.1. Aportes de la fenomenología Husserliana a la fenomenología social. 3.2. Aportes de la sociología comprensiva de Max Weber a la fenomenología social. 3.3. La fenomenología social. 4. Interfaz metodológica fenomenología social-interseccionalidad para el estudio de la migración en colectivos vulnerables de discriminación. 5. Conclusión.

* Doctorando de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Málaga (España).



Phenomenology and Intersectionality in Migration: Focus on Equality and Labor Discrimination

ABSTRACT: The article proposes to address the complexity of migration experiences, examining them through an intersectional lens that recognizes the rich diversity of identities and the multiple factors that influence migration. In this sense, the need to unravel how elements such as gender, ethnicity, age and sexual orientation are interconnected, giving rise to distinctive realities with varied implications. The central objective of the text is to present a methodology to investigate the labor discrimination faced by migrant women in Spain, integrating the social phenomenology of Alfred Schütz with the theory of intersectionality of Christina Ewig. The proposal of an intersectional phenomenological approach will facilitate a deeper understanding of migration policies and the experiences of migrants from a multidimensional perspective. The importance of considering the various dimensions that make up migratory experiences is emphasized, in order to ensure fair and respectful treatment of the rights of all people involved.

Key Words: Migration, intersectionality, equality, discrimination, migration policies, phenomenology.

1. Introducción

Según datos publicados en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística¹, en 2021 llegaron a España 96.779 mujeres migrantes (51% del total de migrantes), frente a 388.059 en 2022 (53% del total). Datos que dan cuenta, no sólo del aumento significativo de la inmigración española, sino también del aumento proporcional de las mujeres migrantes con relación a hombres migrantes.

Aunque es altamente estudiado y reconocido el aporte que la migración representa a la economía española, también es sabido que las personas migrantes no siempre encuentran las condiciones de calidad de vida y trabajo que generalmente les atrae de España. Según González Cobaleda, «no todos los colectivos de trabajadores inmigrantes en España son objetos del mismo grado de discriminación o vulnerabilidad, observándose una gran diferencia entre los migrantes de origen de la Unión Europea o de otros países desarrollados y los procedentes de países menos desarrollados o extracomunitarios»².

Y es que, la complejidad de la realidad social del fenómeno de la migración amerita para su estudio una concienzuda y exhaustiva revisión de la misma desde diferentes niveles, teorías y visiones que permitan dar cuenta de la cantidad de elementos intervinientes en distintos niveles, circunstancias y hasta individuos. Cada experiencia migratoria es tan distinta y compleja, como distinto y complejo es cada individuo.

Por un lado, las experiencias migratorias están signadas por la cantidad y calidad de perfiles que confluyen en una sola persona, donde, cada uno de estos perfiles puede suponer, o un foco de vulnerabilidad para el individuo, o un foco de privilegio, resultando su experiencia en la sumatoria, e incluso algo más que la sumatoria, de la incidencia de cada uno de estos perfiles. De allí que, intentar aplicar tratamientos similares a distintas personas a menudo resulta en una injusticia que contribuye a intensificar las desigualdades y la discriminación.

Por otro lado, las posibilidades de éxito de la migración, bien sea de ingreso al país elegido, de encuentro de puesto de trabajo y de integración a la sociedad de acogida, están a su vez, incididos y determinados por varios factores:

- las características individuales del migrante, esto es, nivel de estudio, resiliencia ante situaciones adversas, género, sexo, raza,

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Saldos migratorios*, 2022.

² E. GONZÁLEZ COBALEDA, *El derecho a un trabajo digno de la mujer trabajadora e inmigrante en España desde un análisis jurídico*, en A. NADAL MASEGOSA (coord.), *Migración y desarrollo: teoría, educación, diagnósticos y didácticas*, Servicios Académicos Intercontinentales, 2021, p. 60.

nacionalidad, red de apoyo, cultura, familia, código de conducta familiar, entre otros múltiples factores;

- las características de la sociedad de acogida, su tolerancia ante el distinto, el diferente, el extranjero que los hacen propensos a enfrentar situaciones de exclusión y discriminación por edadismo, xenofobia, racismo, aporofobia, entre otras situaciones de rechazo e invisibilización por parte de la sociedad de acogida;
- el fundamento jurídico, la institucionalidad que rige la política migratoria, entre otros.

Todos estos factores se conjugan e imbrican para devenir en una realidad social que es experimentada por los migrantes tal que, es imposible de conocer sin analizar la mayor cantidad posible de perfiles que definen a los individuos y sin comprender la red de relaciones que se establece entre ellos y el mundo social.

Es por ello que, como investigador, con la finalidad de estudiar las posibilidades de inserción laboral de los migrantes en España, en este artículo, más que analizar el fenómeno de la migración, me planteo proponer una interfaz metódica de investigación entre la fenomenología social, cuyo proponente filosófico es Alfred Schütz³, y la teoría y propuesta metodológica de la interseccionalidad planteada por Kimberlee Crenshaw⁴.

2. Necesidad de una mirada desde la interseccionalidad

La interseccionalidad representa indiscutiblemente una de las aportaciones más significativas a la teoría y práctica feminista en las últimas dos décadas. Desde su concepción por Kimberlé Crenshaw, el término ha evolucionado y se ha expandido en diversas formas, ejerciendo una influencia transformadora en el ámbito de los estudios feministas. Este concepto ha permitido una comprensión más profunda de cómo se entrecruzan diversas formas de opresión, como el género, la raza y la clase, ofreciendo así una perspectiva más rica y compleja en la lucha por la igualdad de derechos. Un enfoque de interseccionalidad se encuentra actualmente en el centro de los estudios de género y se ha convertido en una palabra clave en los estudios de género de habla inglesa.

Los migrantes, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, generalmente enfrentan limitaciones en el ejercicio de sus derechos

³ A. SCHÜTZ, *La construcción significativa del mundo social: Introducción a la sociología comprensiva*, Paidós, 1993.

⁴ K. CRENSHAW, *Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in antidiscrimination law*, en M. MCCANN (ed.), *Law and social movements*, Routledge, 2017.

humanos, mismas que se convierten en un freno a sus capacidades para insertarse laboralmente, desarrollarse e integrarse en los lugares de acogida. Esto, producto de una serie de opresiones que no son resultado intencional de una persona o grupo de personas en particular, sino que son consecuencia de los procesos y formas de funcionamiento de la sociedad y sus instituciones, lo cual, además de dar cuenta de la complejidad de esta problemática, representa un retroceso en cuanto al respeto de los derechos humanos universales.

Es por ello que, identificar y atender a los migrantes que sufren estas formas de opresión es importante, porque, aunque en los instrumentos que tienen por propósito el respeto y garantía de los derechos humanos, exigen el respeto de los derechos humanos para todos, estos no hacen distinción por sexo, edad, orientación sexual, identidad, expresión de género, estado de salud, color de piel, etnicidad, idioma, religión, opinión política, origen nacional, entre otros.

Lo anterior contribuye a que los migrantes que, por razones migratorias, ya son vulnerables, pero, además, también experimentan alguna de las situaciones anteriores causantes de opresión, experimenten situaciones de vulnerabilidad exponencialmente mayores que otros. Esto es, en los entresijos de las sociedades, se encuentran situaciones en las que diversas condiciones se entrecruzan y refuerzan entre ellas ocasionando mayores situaciones de opresión a los migrantes. De allí la necesidad de incorporar la visión de interseccionalidad al estudio de las migraciones como colectivos vulnerables. Esto, permitirá facilitar o aumentar la posibilidad de identificar los migrantes que se encuentran en situación de vulnerabilidad y estudiar las situaciones desde su complejidad.

La mirada de la migración como colectivo vulnerable desde la perspectiva de la interseccionalidad permitirá, no sólo reflexionar sobre cómo la vulnerabilidad se constituye en un obstáculo que impide o dificulta a estos colectivos el disfrute pleno de sus derechos humanos, sino también, permitirá reflexionar sobre cuáles son las intersecciones que más dificultan la inserción laboral de estos migrantes y con ello, su libertad y calidad de vida.

Ejemplos de los cruces que la interseccionalidad permite visibilizar sería, el hecho de ser migrante y mujer. Aún más, si además de migrante y mujer, se es indígena. O si, se es migrante y mujer adulta. Ni hablar si una persona presenta todas estas condiciones, mujer, migrante, indígena y adulta. Cada combinación de condiciones desfavorables da origen experiencias distintas que dan lugar a discriminación y exclusión. La situación planteada viola el derecho de igualdad y no discriminación que plantea que todas las personas han de ser iguales en dignidad y derechos,

propios de los ODS.

A partir de las consideraciones anteriores, resulta fundamental considerar las intersecciones de identidades y experiencias que pueden influir en la discriminación y la desigualdad en el contexto migratorio. Esto implica analizar cómo factores como el género, la etnia, la edad, la orientación sexual, entre otros, se entrelazan para crear situaciones particulares con significados distintos y consecuencias distintas en cuanto a la posibilidad de inserción laboral principalmente, así como de integración en las sociedades de acogida.

2.1. Origen de la interseccionalidad

Kimberlee Crenshaw, investigadora estadounidense, especialista en derechos civiles, raza y racismo (civil rights, race and racism), activista del feminismo negro estadounidense, propuso el término interseccionalidad por primera vez en 1989 y publica su obra “interseccionalidad, identidad política y violencia contra las mujeres de color”⁵ en 1991.

La interseccionalidad es la propuesta de Kimberlee Crenshaw para abordar el hecho de que muchos de nuestros problemas de justicia social, como el racismo y el sexismo, a menudo se superponen, creando múltiples niveles de injusticia social. Comenta la autora Crenshaw que la experiencia que originó su teoría de la interseccionalidad fue su conocimiento del caso de una mujer llamada Emma de Graffery, cuya historia conoció mediante la sentencia escrita por un juez quien había desestimado la demanda de discriminación de raza y género de Emma Graffery contra una fábrica local de automóviles donde había solicitado ingresar como trabajadora siendo rechazada, hecho que le llevó a pensar que las razones por las cuales no fue contratada habían tenido fundamento en que era mujer de raza negra.

El argumento del juez para desestimar la demanda consistió en que el empleador tenía en su nómina de empleados hombres afroamericanos y también tenía mujeres. Sin embargo, lo que Emma estaba tratando de hacer evidente y que el juez no estuvo dispuesto a reconocer, era una realidad subyacente y poco evidente hasta ese momento. Por un lado, los afroamericanos que fueron contratados, generalmente para trabajos de mantenimiento en empleos industriales, eran todos hombres. Y, por otro lado, las mujeres que fueron contratadas, generalmente para trabajos de secretaria o de puestos visibles en la oficina principal eran todas blancas.

El tribunal no había sido capaz de ver cómo se unían estas políticas

⁵ *Idem.*

para poder detectar la doble discriminación a la que se enfrentaba Emma de Graffery. Pero el tribunal se negó a permitir que Emma interpusiera dos demandas simultáneas para contar su historia pues consideró que permitirle hacer eso supondría darle un tratamiento preferencial que se constituiría en una ventaja por tener dos oportunidades para manifestarse mientras que los hombres afroamericanos y las mujeres blancas solamente tenían una.

Emma estaba tratando de evidenciar que, ni los hombres afroamericanos ni las mujeres blancas necesitaban demostrar discriminación por más de una causa para contar sus historias. Estos demandaban atención o por raza en el caso de los hombres afrodescendientes, o por género, en el caso de las mujeres blancas.

Evidenciaba Emma que el hecho de ser víctima de una doble discriminación la colocaba en una situación de vulnerabilidad e invisibilidad aun mayor que la de las personas que sufren una de ellas. Ello porque sus experiencias eran muy distintas. Sin embargo, el tribunal no advertía esta situación, y en lugar de comprender lo que Emma trataba de evidenciar, sentenció el caso como no pertinente, con lo cual aumentó la doble exclusión.

El dilema que enfrentaba Emma no tenía nombre. Consideró Crenshaw que, si no había nombre para su dilema, este no podía ser evidenciado y menos aún, resuelto. Muchos años después, llegó a reconocer y comprender que el problema al que se enfrentaba Emma era un problema de encuadre. El marco que el tribunal estaba usando para ver la discriminación de género o para ver la discriminación de raza era parcial o distorsionado.

El desafío que enfrentaba era tratar de averiguar si había una narrativa alternativa que le permitiera hacer ver el dilema de Emma y rescatarla de las brechas en la ley para permitir a los jueces comprender su historia. Así, se le ocurrió que tal vez una simple analogía con una intersección podría permitir que los jueces vean mejor el caso de Emma.

Crenshaw⁶ explica que los caminos hacia la intersección serían la forma en que la fuerza laboral estaba estructurada por raza, también por género. El tráfico en esas vías serían las políticas de contratación y las otras prácticas que corrían por ellas. Ya que Emma era a la vez mujer y negra estaba en un lugar exacto donde esas vías se superponían, experimentando los impactos simultáneos del género y la raza. La leyes como una ambulancia que aparece y está lista para tratar a Emma en caso de ser negra o de ser mujer, pero no ambas cosas. La ambulancia la ayudaría sólo si ella está o en la carretera del género o en la de la raza, pero no en el lugar en que éstas vías se cruzan.

⁶ *Idem.*

En síntesis, la interseccionalidad explica la situación de desigualdad que vivían las mujeres en Estados Unidos en relación a la violencia de género y la discriminación que puede surgir en el mercado laboral. La desigualdad que viven las mujeres no es sólo por razón de género, sino también de clase y de raza. Entre estos ejes de desigualdad se produce un cruce, por lo tanto, esas mujeres viven como resultado, una desigualdad específica que se debe entender como tal.

Así, la teoría de la interseccionalidad propuesta por Kimberlee Crenshaw pretende visibilizar las desigualdades que se generan en el punto donde dos o más de ellas se cruzan generando, no la suma de las desigualdades, sino una potenciación de ellas. Por lo cual, la desigualdad resultante es específica y exponencial. Sin embargo, es imposible de captar en toda su magnitud desde la visión de una sola perspectiva de desigualdad o, desde dos o tres visiones de desigualdad separadas. Propone esta teoría que las experiencias de desigualdad sean estudiadas de manera específica para cada experiencia desde todas las desigualdades que confluyen a la vez.

En consecuencia, la teoría de la interseccionalidad propone una manera de comprender las relaciones sociales examinando la intersección de formas de discriminación. Esto significa, reconocer que los sistemas sociales son complejos y que muchas formas de opresión, como el racismo, el sexismo y la discriminación por edad, pueden estar presentes y activas al mismo tiempo en la vida de una persona. Los abordajes cotidianos para construir equidad tienden a focalizar en una sola forma de discriminación, por ejemplo, el sexismo, y desde allí trabajan para tratar sólo ese problema específico. Pero, mirar la carrera de una mujer blanca, joven y sin discapacidad, puede mejorar con protecciones de equidad de género. Una lesbiana mayor, negra y discapacitada podría continuar siendo obstaculizada por el racismo, la discriminación por edad, el capacitismo y la homofobia en su trabajo.

La interseccionalidad se trata de entender y tratar todas las posibles obstrucciones al bienestar de un individuo o un grupo. Pero no es tan simple como solamente sumar las opresiones y tratar cada una individualmente. El racismo, el sexismo y el capacitismo existen por su cuenta, pero cuando se combinan componen y transforman la experiencia de opresión. La interseccionalidad reconoce que las opresiones únicas existen, pero también se dedica a comprender como cambian al combinarse dando origen a nuevas formas de vulnerabilidad específicas en cada caso.

La teoría interseccional, actualmente, es aplicada atravesando un rango de divisiones sociales para la comprensión de las dominaciones asociadas a las personas blancas, la masculinidad y la heterosexualidad. La interseccionalidad no trata solamente sobre la multiplicidad de identidades,

y no es una respuesta simple para resolver los problemas respecto a la equidad y la diversidad. Es, sin embargo, un mapa de referencia esencial cuando nos comprometemos realmente con las problemáticas relacionadas a los privilegios y el poder y, consecuentemente, trabajamos para sacarlas a la luz.

La interseccionalidad significa escuchar a los otros, examinar nuestros propios privilegios y hacer preguntas sobre quien podría ser excluido o afectado de forma adversa en nuestro trabajo. Significa tomar medidas para invitar, incluir y poner en el centro las voces y el trabajo de quienes están marginalizados.

2.2. Tipos de interseccionalidad

Kimberlee Crenshaw, desarrolla la interseccionalidad en tres puntos: interseccionalidad estructural, interseccionalidad política e interseccionalidad representacional. La interseccionalidad estructural refiere a las formas en que la intersección entre raza y género para las mujeres de color hace que sus experiencias de violencia doméstica y de violación sean cualitativamente diferentes a las experiencias de las mujeres blancas

La interseccionalidad política aborda como, tanto el pensamiento feminista como el pensamiento antirracista, a menudo han contribuido paradójicamente a marginar el tema de la violencia contra las mujeres de color porque ha habido una tendencia en el pensamiento feminista que no reconoce las vivencias de la diversidad étnico-racial y también ha habido una tendencia en el pensamiento antirracista que no reconoce las vivencias por género o por diversidad sexual.

La interseccionalidad representacional habla de la construcción cultural de las mujeres de color donde aborda como las controversias sobre la representación de las mujeres de color en la cultura popular también pueden eludir su ubicación particular produciendo así una fuente de desempoderamiento interseccional.

La interseccionalidad es una perspectiva de análisis inicialmente enfocada en cómo se intersectan las categorías raza y género en tanto identidades políticas, para dar cuenta de las experiencias de violencia de las mujeres de color.

Resalta que las identidades son múltiples. Las discriminaciones son resultado de la intersección de violencias estructurales, políticas y representacionales. La intersección de categorías como raza, género, clase social, sexualidad, nacionalidad, estatus migratorio delimitan las experiencias de todo sujeto. Y con esto podemos reconocer precisamente que las

identidades son múltiples, pero así mismo podemos dar cuenta de las opresiones múltiples como resultado del cruzamiento de estas categorías. Cuando hablamos de opresiones múltiples estamos hablando de formas de violencia simbólica y física como las diversas discriminaciones que actúan de manera interrelacionadas (racismo, sexismo, misoginia, homofobia/lesbofobia/bifobia, transfobia, xenofobia, aporofobia, gordofobia, capacitismo), es decir, al estar los sujetos categorizados en términos de género, raza o etnia, clase, sexualidad se nos coloca en ciertos rango de superioridad en inferioridad, pues, tanto el género, la clase y la raza son sistemas de clasificación que de manera binaria nos van marcando y produciendo el imaginario de que lo masculino es superior a lo femenino, lo blanco es superior a los no blanco, etc.

Estos sistemas son inseparables porque las categorías también lo son, no somos sólo género, sino que también estamos categorizados en clases social, sexualidad, origen, etc. De esta manera, entre más se nos ubique en los rangos de menor valor para estos sistemas binarios, mayores serán las opresiones. Es decir, las experiencias de violencia indiscriminación no son iguales para dos mujeres si una de ellas es blanca heterosexual y la otra de ellas es una mujer racializada y lesbiana.

Las categorías han sido pensadas como separadoras y como binarias. La separación categorial es una separación entre categorías que en realidad son inseparables, por ello, propone un pensamiento que vinculado a lo interseccional le llama categorial.

Crenshaw⁷ manifiesta que con el objetivo de reunir los diferentes aspectos de un análisis interseccional, no hay que perder de vista que las subordinación racial y sexual se refuerzan mutuamente, de manera que, las mujeres racializadas, es decir, las mujeres no blancas, comúnmente, son marginadas por una política de raza y por una política de género, por ello, una respuesta política a cada forma de subordinación debe de ser, al mismo tiempo, una respuesta política a ambos sistemas.

La interseccionalidad es una respuesta intelectual porque complejiza el análisis en torno a las desigualdades y las violencias. Y, es una respuesta política porque reconoce y problematiza la inseparabilidad categorial y la simultaneidad de las violencias. La simultaneidad de las violencias hace sujetos como inferiores en los sistemas de clasificación social como son el género, raza, clase y sexualidad, entre otros.

⁷ *Idem.*

2.3. La interseccionalidad en el abordaje de la migración

Los estudios interseccionales, que consideran múltiples ejes de identidad y cómo estos se cruzan y afectan las experiencias de las personas, ofrecen una perspectiva valiosa para abordar la integración socio-laboral de los inmigrantes. Reconocer la interseccionalidad implica entender que las dificultades que enfrentan los inmigrantes no se deben solo a su estatus migratorio, sino también a cómo este interactúa con otros factores como la clase social, el género, la raza y la etnia.

La integración socio-laboral efectiva requiere de políticas que no solo reconozcan estas intersecciones, sino que activamente las aborden. Esto podría incluir la implementación de programas de formación profesional que sean sensibles a las barreras culturales y lingüísticas, así como la creación de redes de apoyo que conecten a los inmigrantes con empleadores dispuestos a reconocer y valorar la diversidad de habilidades y experiencias que aportan.

La universalidad de las prestaciones sociales es un principio que puede ayudar a superar la distinción entre inmigrantes regulares e irregulares, promoviendo una sociedad más inclusiva. Al garantizar que todos los residentes, independientemente de su estatus migratorio, tengan acceso a un nivel básico de protección social, se reconoce su dignidad y contribución potencial a la sociedad.

En este sentido, Cabello Roldán⁸ invoca el derecho constitucional a una existencia digna, lo cual es fundamental. Este derecho debe ser la piedra angular de las políticas de integración, asegurando que todas las personas, sin importar su origen o estatus, tengan la oportunidad de vivir con dignidad y acceder a los niveles de protección que el Estado de Bienestar debe proporcionar.

Para lograr esto, es crucial que los estudios interseccionales informen las políticas públicas, asegurando que las medidas adoptadas sean inclusivas y equitativas. Esto significa que las políticas deben diseñarse con una comprensión profunda de las complejas realidades que enfrentan los inmigrantes, y con el compromiso de abordar las desigualdades estructurales que perpetúan su marginalización.

⁸ A. CABELLO ROLDÁN, *Reseña de “El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social”*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 6.

3. La fenomenología para el estudio de la realidad social

La fenomenología tiene sus orígenes en la fenomenología del espíritu de Hegel, aunque fue Husserl quien la propuso como método y filosofía. A partir de allí han surgido varios fenomenólogos inspirados en la propuesta de Husserl con algunas diferencias de estas, entre ellos Heidegger, Scheeler, Schütz, entre otros.

El austríaco, de origen judío, Alfred Schütz, nació en Viena en 1899. Fue filósofo y sociólogo. A partir de 1933 vivió exiliado en Estados Unidos hasta su muerte en 1959, en este país dictó clases de fenomenología en la Nueva Escuela de Investigación Social de Nueva York donde influye y recibe influencia de los pragmatistas de la Escuela de Chicago para dar forma a su propuesta de promover el estudio fenomenológico en la sociología. Fue estudioso de leyes, sociología, filosofía y economía. Su obra aportó el estudio fenomenológico a la sociología, razón por la cual recibe el nombre de fenomenología del mundo social o sociología fenomenológica. Fue predecesor de la obra de filósofos más conocidos y reconocidos que él como Luckmann y Berger. La inquietud que orientó las indagaciones de Schütz fue conocer, desde las acciones cotidianas, qué tanto es posible comprender cómo actúan los actores sociales, la génesis de sus acciones, qué orienta sus acciones, entre otras del mismo orden de la cotidianidad e intersubjetividad.

La propuesta de Schütz⁹ constituye una tradición filosófica y una escuela o corriente de pensamiento de la sociología que exhibe un enfoque microsociológico y microsociológico sobre el que Hernández y Galindo¹⁰ comentan que «propone una lectura de la realidad social a partir de la intersubjetividad que tiene lugar en el mundo de la vida cotidiana».

Lo anterior implica que la fenomenología social coloca su foco de atención en los procesos y dinámicas que se desarrollan en la vida cotidiana de los individuos y el sentido común que emerge del mundo social, donde el sentido común se refiere al conocimiento central o de primer orden socialmente construido en colectivo y acumulado a lo largo de la evolución de la humanidad y que es aceptado por el mundo social.

Alfred Schütz fundamentó su fenomenología social en la fenomenología de Husserl y la sociología comprensiva de Max Weber, autores de quienes Husserl fue discípulo. En este orden de ideas, de la fenomenología husserliana Schütz tomó la reducción fenomenológica con

⁹ A. SCHÜTZ, M. NATANSON, *El problema de la realidad social*, Amorrortu, 1974.

¹⁰ Y. HERNÁNDEZ GALINDO, R. GALINDO SOSA, *El concepto de intersubjetividad en Alfred Schütz*, en *Espacios Públicos*, 2007, n. 20, p. 228.

epojé, mientras que de la sociología comprensiva tomó la teoría de la acción racional y la teoría del tipo ideal.

3.1. Aportes de la fenomenología Husserliana a la fenomenología social

Schütz fue seguidor de Edmund Husserl, fundador de la fenomenología como método y como filosofía. La palabra fenomenología proviene de las palabras griegas *phainómenon*, que significa fenómeno, lo que se muestra o manifiesta; y de la palabra *lógos* que significa estudio o tratado. De allí que, la fenomenología es el tratado de los fenómenos o hechos como estos se manifiestan en la conciencia.

La propuesta de Husserl es la fenomenología trascendental, con la cual propone una forma de estudiar los hechos como se presentan a la conciencia subjetiva de una manera tal que permita comprender la conciencia trascendental orientada por la intencionalidad de la misma.

De la propuesta de su maestro Husserl, Schütz rescata para la suya aspectos teóricos y metodológicos. En términos teóricos, se apoya en su teoría del mundo de la vida y la actitud natural. Sobre el mundo de la vida, Husserl sentó las bases de la relación que existe entre el hombre y el mundo de tal manera que, no es posible comprender al hombre sin su relación con el mundo, ni al mundo sin su relación con el hombre¹¹. Además, el hombre vive en el mundo vital, práctico y natural sin cuestionamientos sobre la existencia del mundo y el lugar que en él ocupa, a esto le llamó Husserl actitud natural. En este sentido, cuando el hombre pretende un acercamiento a la verdad sobre el mundo de la vida, cambia la actitud natural, pues toma conciencia del mundo, de su posición en el mundo y de su relación con éste. De ahí que, dicho acercamiento sólo es posible mediante un diálogo intersubjetivo «en el encuentro del hombre con la facticidad que define su mundo circundante» que, además, es dependiente de la historicidad de los implicados en dicho conocimiento.

Por su parte, en términos metodológicos Schütz asume la reducción fenomenológica con epojé para su propuesta de método fenomenológico. Esto es, cuando el hombre toma conciencia, abandona la actitud natural, requiere acercarse a la realidad desconectando sus conocimientos previos sobre el fenómeno que estudia para abordarla con sus ideas a priori entre paréntesis.

¹¹ D. HERRERA RESTREPO, *Husserl y el mundo de la vida*, en *Franciscanum*, 2010, n. 153, p. 250.

3.2. Aportes de la sociología comprensiva de Max Weber a la fenomenología social

De la obra de Max Weber, clásico de la teoría sociológica, economista y filósofo, Schütz rescata, en lo teórico, la teoría de la acción racional de cuyos elementos toma el sentido social y la relación medios-fines. Mientras que, en lo metodológico, toma la teoría del tipo ideal. En este sentido, en lo teórico, la teoría de la acción racional establece que todas las acciones que cometen los individuos son acciones productoras de sentido, es decir, tienen sentido para ellos (para quienes realizan las acciones), para lo cual necesitan medios que les permitan llegar a un fin. Esto es, todas las acciones que comenten los actores sociales siempre tienen sentido para ellos, utilizan medios y persiguen un fin o propósito.

Sin embargo, la teoría de la acción racional weberiana no es tomada por Schütz sin críticas a la misma. Mientras Weber¹² asumía que los individuos persiguen un fin con cada acción, de allí lo referido a la acción racional, Schütz opinó que, si bien es cierto que gran parte de las acciones de los humanos son racionales, no todas estas lo son, sino que, también hay acciones no racionales. En ocasiones las acciones tienen otros orígenes distintos a los racionales, como emocionales, hormonales, entre otros, que incluso pueden formar parte del sentido común. Por otra parte, aunque toma de Weber que el sentido común puede dar aparentemente el mismo sentido a un hecho social, también es cierto que cada uno podría darle sentido completamente distinto.

Además, Schütz plantea la existencia de dos niveles de sentido orientadores de la acción racional: el sentido mentado y el sentido común. El primer nivel, el sentido mentado o subjetivo, es el sentido orientador de la acción que se encuentra en la mente del individuo, es subjetivo. Por su parte, el segundo nivel de sentido es el que orienta la acción y que es compartido con el mundo social, Schütz lo denomina sentido común. Cuando el sentido que orienta la acción del individuo es sólo mentado, pero no es compartido con el mundo social, carece de sentido común. Aunque tenga sentido para el individuo, puede ser catalogado como locura. Sin embargo, plantea Schütz que, al aceptar que el mundo de la vida es intersubjetivo, podemos aceptar la existencia de otros mundos con otras realidades.

Adicional a lo anterior, toda acción racional puede o no ser social, lo cual se encuentra en función de si la misma implica interacción con otro ser

¹² M. WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1983.

social o se encuentra orientada en función de una alteridad o no para resolver un problema. En otras palabras, toda acción racional es una acción social si, y solo si, se dirige u orienta en función de un otro, a la alteridad, a otros.

En cuanto a lo metodológico, Schütz asume como estrategia metodológica el establecimiento de tipos ideales propuestos por Weber, la cual propone seguir una construcción ideal analítica que permite un pensar abstracto orientador del análisis. Construir mentalmente una idea o concepto que, aunque no pertenece a la realidad, permite describirla.

3.3. La fenomenología social

El mundo de la vida cotidiana de Schütz, según Natanson, es «el mundo del ejecutar diario en que nace cada uno de nosotros, dentro de cuyos límites se desenvuelve nuestra existencia, y que solo trascendemos al morir»¹³. El mundo en el que nacemos, nos desenvolvemos y morimos ejecutando acciones guiadas por un sentido común construido por todos en nuestra historicidad. En este mundo social, los individuos son actores sociales que acumulan experiencias intersubjetivas propias que se integran a las experiencias del mundo cultural.

«El mundo social tiene su propia estructura única, puesto que deriva el mundo de la vivencia social directa, del de los contemporáneos, de los predecesores y de los sucesores»¹⁴. Se trata de un mundo impregnado de las experiencias previas propias y ajenas que se viven y construyen en intersubjetividad inmersos en la vida cotidiana según el sentido común que se va formando conforme los hechos se van sucediendo en interrelaciones sociales intersubjetivas derivando en la construcción de la realidad social. Este mundo, contexto socio-temporal, es ofrecido a nuestra experiencia e interpretación, fundamentada en un acervo de experiencias previas sobre él, nuestras o transmitidas en intersubjetividad de forma incuestionada.

A la noción de sentido común weberiana, Schütz propone el reconocimiento de que el mismo es incidido por la forma como el individuo vive, comprende e interpreta los factores culturales, históricos y personales que bien valen la pena tomar en cuenta. Esto es, le suma el sentido fenomenológico husserliano, dando como resultado su propuesta de fenomenología social.

¹³ A. SCHÜTZ, M. NATANSON, *El problema de la realidad social*, cit., p. 15.

¹⁴ A. SCHÜTZ, *La construcción significativa del mundo social: Introducción a la sociología comprensiva*, cit., p. 165.

De lo anterior se obtiene la importancia que para la fenomenología social tiene la historicidad de la vida del individuo, en palabras de Schütz¹⁵, su situación biográfica dada por su cúmulo de experiencias la cual es interpretada exclusivamente por él desde sus experiencias previas mediante lo que el autor denomina «acervo de conocimiento a mano» el cual conforma el sentido común y que está impregnado de tipificaciones en las que se apoya para interpretar el mundo en el que vive en una realidad social que requiere interpretar.

En este sentido, la realidad social emerge de la conjunción de los objetos, individuos y sucesos que se dan en el mundo social, entre los cuales, a su vez, se generan relaciones e interacciones para conformar el mundo social.

Sobre los hechos o acciones¹⁶ planteados como la exteriorización o manifestación de la conciencia de forma manifiesta y latente según una dualidad de intereses, los individuales y los de sentido común, objetivada, natural, práctica y presente en todas las culturas. Además, «Todo hecho es un hecho extraído de un contexto universal por la actividad de nuestra mente. Por consiguiente, se trata siempre de hechos interpretados, ya sea que se los considere separados de su contexto mediante una abstracción artificial, o bien insertos en él. En uno u otro caso, llevan consigo un horizonte interpretativo interno y externo»¹⁷. Interpretación que es guiada por tipos ideales que permiten acercarnos a la realidad del mundo social.

La fenomenología social persigue comprender el sentido o significado que los individuos otorgan a las acciones sociales, sean estas sus propias acciones o las acciones de los demás. Para cumplir con su propósito de comprensión de acciones sociales, la fenomenología social identifica tipos ideales por medio de los cuales construye e interpreta el significado de las acciones dentro de un contexto que posee un sentido común, en intersubjetividad y en consideración de la historicidad.

Para lograr la interpretación de los hechos sociales es necesario suspender la conciencia que nos aparta del sentido común proveniente de la vida cotidiana, esto es epojé o suspensión de la conciencia. Schütz propone cuestionar el sentido común permanentemente buscando detrás de lo evidente cómo aparecen en la conciencia los fenómenos del mundo de la vida¹⁸.

La fenomenología social dota al investigador de herramientas conceptuales en la forma de categorías de análisis como la realidad social,

¹⁵ A. SCHÜTZ, M. NATANSON, *El problema de la realidad social*, cit.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 36-37.

¹⁸ *Ibidem*.

el mundo de la vida, la acción social, la cotidianidad, los tipos ideales, la intersubjetividad, sujeto y el sentido común, para explicar lo que conocemos como realidad y que cada individuo puede comprender de manera muy diferente independientemente de lo que la realidad es en sí.

4. Interfaz metodológica fenomenología social-interseccionalidad para el estudio de la migración en colectivos vulnerables de discriminación

A continuación, desarrollo una mirada fenomenológica, interseccional y compleja mediante una metódica investigativa en la que se conjugan dichas propuestas teóricas y metodológicas.

Payares define interfaz metodológica como:

un recurso investigativo, cuya actividad intermetodológica, en lugar de interdisciplinaria, consiste en entrelazar las partes de los momentos del método de los pensadores para generar teoría de un mismo tema, con el propósito de producir conocimiento con el aporte de los estudiosos considerados.

La interfaz metodológica es un camino que se transita considerando, por un lado, los momentos del método para la generación de teoría de uno de los filósofos de la interfaz (esta es la cara filosófica), con las categorías teóricas que interese estudiar del otro filósofo o autor próximo al foco de estudio seleccionado (esta es la cara teórica), para buscar el intercepto entre ambos actores. De esta forma el Doctorante, adquiere confianza en el proceso de investigación que inicia, con la claridad de qué aspectos está compartiendo en lo teórico y en lo metodológico¹⁹.

Siguiendo las orientaciones de Payares²⁰, los autores pensadores que aportan a esta metódica fenomenológica interseccional son: Alfred Schütz con su fenomenología social; y Christina Ewig²¹, quien aporta la interseccionalidad, sus tipos y formas de abordarlas.

La fenomenología del mundo social, inscrita en la corriente de pensamiento idealista subjetiva, propone el estudio, descripción y

¹⁹ L. PAYARES LOYO, *Diseño de la interfaz metodológica*, en L. PAYARES LOYO (comp.), *De teorías y métodos en el marco de las leyes de Scolari*, Fondo Editorial Servando Garcés, 2021, p. 31. *Vid.* OIT, *Competencias profesionales para un futuro más ecológico*, p. 10.

²⁰ L. PAYARES LOYO, *op. cit.*, p. 31.

²¹ C. EWIG, *La interseccionalidad como método y análisis*, ponencia al Seminario Internacional *Interseccionalidades: Reflexiones Teóricas y Metodológicas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 16 noviembre 2021.

comprensión de los fenómenos, de la acción humana, como éstos se ofrecen a la consciencia, tal como se manifiestan en esta, sobre la base de la experiencia diaria. Cómo el individuo interpreta y da sentido en su conciencia a los hechos sociales, cómo se comunican, como se nombran, como se comprenden e interpretan para dar sentido al mundo social.

Schütz plantea «el descubrimiento en profundidad de las presuposiciones, estructura y significación del mundo del sentido común»²². De allí que esta fenomenología tiene un enfoque microsocial al prestar especial atención a los sujetos, sus intersubjetividades, su cotidianidad y el sentido común. Estos sujetos llevan a cabo acciones racionales subjetivas que tienen sentido para ellos mismos (sentido mentado), que pueden o no estar en conformidad con el sentido común. Acciones que se orientan hacia un fin (acción racional) y que interactúan con el mundo de la vida impregnado por el sentido común.

Para la fenomenología social, el individuo es una unidad fundamental del mundo social que ejecuta acciones sociales y racionales según genera un conocimiento fundamental o sentido común enmarcado en un repositorio de conocimiento disponible y que genera nuevo conocimiento en intersubjetividad con una alteridad a la cual influye, a la vez que es influido por la misma. El mundo del sentido común o conocimiento fundamental ha sido y es posible gracias a la comunicación y a la socialización de una cultura que nos antecede, así como a la interacción con nuestros semejantes. El sentido común tiene la facultad de generar patrones de comportamiento lo cual facilita la intersubjetividad y sugiere formas de actuación que llegan a ser consideradas naturales, normales o lógicas, aun cuando puedan no serlo.

De lo anterior inferimos que la fenomenología de Schütz nos sirve para comprender el comportamiento de las personas en su vida cotidiana, en el mundo real en el que viven a partir de los significados que otorgan a las acciones que forman parte de la cultura, pero que también se van construyendo en el curso de las interacciones y por medio de la experiencia en la vida cotidiana mediante la comunicación y el lenguaje. Entonces, la fenomenología social permite el estudio de nuestra experiencia de la vida como una experiencia compartida día a día y cara a cara entre alteridades.

El estudio fenomenológico de la migración es fundamental porque posibilita la comprensión de las experiencias y percepciones de los migrantes. A través de su vida cotidiana, se puede discernir el significado que ellos atribuyen a sus acciones sociales y a las de otros. Este proceso es clave para la construcción del entendimiento colectivo sobre la migración

²² A. SCHÜTZ, M. NATANSON, *El problema de la realidad social*, cit.

en la sociedad.

La experiencia migratoria es única para cada persona y esta es determinada por múltiples factores como la cultura, idioma, género, edad, entre otros, tanto del migrante como de la sociedad a la cual pretende integrarse. La combinación de todos estos factores determina las acciones, las vivencias y los significados que se otorgan a estas. Esto es importante, entre otras razones, porque cada migrante percibe su realidad a través de la interpretación que hace de las experiencias que vive en la medida en que se integra a la nueva sociedad; a la vez que, la manera como se percibe dentro de la nueva sociedad contribuye a crear su realidad, y esto a su vez, abona a la forma como construye su identidad en el nuevo contexto en el que se encuentra. En este proceso van emergiendo relaciones con la cultura de la sociedad de acogida que van delineando la formación de una nueva identidad.

Entonces, la importancia de estudiar el fenómeno migración desde una visión fenomenológica radica en que esta permite comprender cómo las experiencias que el migrante vive inciden en su autopercepción, en su identidad, en la forma y posibilidades de inserción. Lo que, al considerarlas, permitirá generar políticas migratorias más humanas.

Por otra parte, los debates en la interseccionalidad se han vuelto centrales en la teorización sobre género y migraciones captando la atención de investigadores a nivel global y latinoamericano. Siendo una de las contribuciones teóricas más importantes de los estudios feministas. La interseccionalidad, como herramienta analítica para estudiar, entender y responder a la manera en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegios. Es decir, una metodología indispensable para el trabajo en los campos del desarrollo y los derechos humanos.

La interseccionalidad surgió de luchas feministas negras en estados unidos, las cuales se han expandido hacia las investigaciones enfocadas a estudiar aspectos laborales migrantes. Aunque todas las mujeres de alguna u otra manera sufren discriminación de género, existen otros factores como la raza, el color de la piel, la casta, la edad, la etnicidad, el idioma, la ascendencia, la orientación sexual, la religión, entre otros que se entrecruzan entre sí para generar situaciones particulares con experiencias y significados distintos.

De allí que, la interfaz se plantea desde una mirada interseccional en la comprensión de que cada migrante posee diversas identidades que se interceptan para definir su experiencia en el contexto en el cual se desenvuelve. Así, cada migrante posee identidades según sea su género, sexo, raza, nacionalidad, posición económica, nivel de estudios, red de

apoyo, orientación en cuanto al proceso de migración, entre otros, todas las cuales dan forma a su experiencia migratoria pues, contribuyen a que dicha experiencia sea más o menos positiva o negativa según la combinación de sus identidades le coloque en posición de poder o de oprimido.

Derivado de lo anterior, la interseccionalidad emerge como una herramienta analítica clave para discernir cómo las identidades múltiples de los migrantes influyen en sus experiencias y en la discriminación que pueden enfrentar. Esta perspectiva permite una comprensión más profunda de cómo las políticas migratorias afectan de manera diferenciada a los individuos, dependiendo de la interacción de sus diversas identidades. En este contexto, el derecho a la igualdad y no discriminación se erige como un derecho fundamental que, opera como un eje central que impulsa el principio de la dignidad humana²³. Este derecho fundamental permea todas las esferas de la acción política y social, adquiriendo una relevancia transversal que impacta significativamente en la cotidianidad, incluyendo las dinámicas laborales dentro de las organizaciones.

En este sentido, el aporte de los autores participantes de la metódica investigativa como propuesta para el abordaje de la migración internacional consiste en lo siguiente: metodológicamente, la fenomenología social trasciende lo descriptivo para construir sentido comprendiendo e interpretando (*verstehen*) el sentido de la acción social con lo cual, Schütz introduce un giro metodológico en la ciencia social. Dicha comprensión e interpretación de la acción social se propone lograrla mediante la creación de tipos referentes o tipos ideales con acciones ideales que permitan el análisis desde una perspectiva científica.

La fenomenología social es el camino a recorrer para interpretar los significados que los informantes clave otorgan a sus experiencias vividas como migrantes, por lo que, su aporte consiste en el círculo hermenéutico.

Por otra parte, la interseccionalidad es una teoría feminista, una metodología para la investigación. Las personas pertenecen a más de una comunidad a la vez y pueden experimentar opresiones y privilegios de manera simultánea. Por ejemplo, una mujer puede ser una médica respetada, pero sufre violencia doméstica en casa. El análisis interseccional, aporta el abordaje de las formas en el que racismo, el patriarcado, la

²³ Cfr. F. VILA TIerno, [La importancia de la conciliación en el seno de las empresas](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, n. 7, que cita a Monereo: «el derecho de igualdad y no discriminación, como derecho fundamental inespecífico, es un eje que actúa sobre el resto a través de un principio esencial como es el de la dignidad (Monereo). Y así, es posible observar como las políticas de igualdad cada vez tienen más peso, cómo éstas adquieren un carácter transversal, afectando a todos los aspectos de la vida diaria, entre otros, a las relaciones laborales en las empresas».

opresión de clases y otros sistemas de discriminación crean desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las mujeres. Los problemas de la interseccionalidad se resumen en cuatro: el abordaje metodológico; la indefinición respecto al sujeto de la interseccionalidad; el hecho de tomar las categorías como género, etnicidad, raza, clase social, sexualidad, etc.; y, la confusión entre identidades y estructuras interseccionales.

Esos problemas no invalidan sus aportes y potencialidades, al contrario, permiten consolidar la interseccionalidad como una perspectiva clave para el estudio de los sujetos sociales y sus experiencias de desigualdad y resistencia. De lo anterior tenemos que, la interseccionalidad aporta la manera cómo distinguir las diferentes formas de interseccionalidad que se pueden presentar en los procesos migratorios lo cual permitirá reconocer las identidades que al interceptarse dan lugar a las relaciones de poder/dominación a nivel individual, estructural y política en los mismos.

Del solapamiento de los aportes de los teóricos invitados a participar de la metódica de investigación, emergen las relaciones entre ellos y los análisis que producen. Así, del solapamiento entre la fenomenología social y la interseccionalidad emerge el análisis de las identidades de los migrantes que, al interceptarse, dan origen a distintos grados de relaciones de poder/dominación que determinan las experiencias vividas por los migrantes, así como la manera como estos se autoperciben y construyen sus identidades dando origen a sus aportes intersubjetivos a las experiencias del mundo cultural que conforman el sentido común de la vida cotidiana.

5. Conclusión

Tras analizar en profundidad la migración desde una perspectiva interseccional, se concluye que abordar la igualdad y la discriminación en este contexto requiere un enfoque integral que considere la diversidad de identidades y experiencias de los migrantes. La interseccionalidad emerge como una herramienta fundamental para comprender cómo factores como el género, la etnia, la edad y la orientación sexual se entrelazan para influir en las experiencias migratorias y en la forma en que se experimenta la discriminación.

El enfoque fenomenológico interseccional propuesto busca profundizar en la comprensión de las políticas migratorias y en las vivencias de los migrantes, destacando la importancia de evitar tratamientos injustos y promover la igualdad en un contexto marcado por desigualdades estructurales. Se ha evidenciado la necesidad de considerar las múltiples dimensiones que influyen en las experiencias migratorias para garantizar un

abordaje equitativo y respetuoso de los derechos de todos los individuos involucrados.

En última instancia, se destaca la importancia de seguir promoviendo investigaciones y acciones que tengan en cuenta la interseccionalidad y la diversidad de identidades en el ámbito migratorio, con el objetivo de construir sociedades más inclusivas, justas y respetuosas de la dignidad de todas las personas, independientemente de su origen, género, etnia u otras características.

Una mirada fenomenológica e interseccional mediante una metódica investigativa en la que se conjugan dichas propuestas teóricas y metodológicas permite analizar cómo la interseccionalidad y la fenomenología social revelan las complejas identidades de los migrantes y las dinámicas de poder que influyen en su experiencia migratoria y sus posibilidades de inserción laboral. Al entender estas interacciones, se podría abordar la discriminación laboral reconociendo la diversidad de experiencias y contribuciones de los migrantes, y cómo estos elementos se entrelazan para formar su realidad. La integración socio-laboral de los inmigrantes es un desafío complejo que requiere un enfoque interseccional. Al adoptar políticas que reconozcan y aborden las múltiples identidades y experiencias de los inmigrantes, y al garantizar la universalidad de las prestaciones sociales, podemos avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa que honre el derecho de todos a una existencia digna.

6. Bibliografía

- CABELLO ROLDÁN A. (2023), *Reseña de “El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social”*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 6
- CRENSHAW K. (2017), *Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in antidiscrimination law*, en M. MCCANN (ed.), *Law and social movements*, Routledge
- EWIG C. (2021), *La interseccionalidad como método y análisis*, ponencia al Seminario Internacional *Interseccionalidades: Reflexiones Teóricas y Metodológicas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 16 noviembre 2021
- GONZÁLEZ COBALEDA E. (2021), *El derecho a un trabajo digno de la mujer trabajadora e inmigrante en España desde un análisis jurídico*, en A. NADAL MASEGOSA (coord.), *Migración y desarrollo: teoría, educación, diagnósticos y didácticas*, Servicios Académicos Intercontinentales
- HERNÁNDEZ GALINDO Y., GALINDO SOSA R. (2007), *El concepto de intersubjetividad en Alfred Schütz*, en *Espacios Públicos*, n. 20, pp. 228-240

- HERRERA RESTREPO D. (2010), [*Husserl y el mundo de la vida*](#), en *Franciscanum*, n. 153, pp. 247-274
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2022), [*Saldos migratorios*](#)
- PAYARES LOYO L. (2021), *Diseño de la interfaz metodológica*, en L. PAYARES LOYO (comp.), *De teorías y métodos en el marco de las leyes de Scolari*, Fondo Editorial Servando Garcés
- A. SCHÜTZ (1993), *La construcción significativa del mundo social: Introducción a la sociología comprensiva*, Paidós
- SCHUTZ A., NATANSON M. (1974), *El problema de la realidad social*, Amorrortu
- VILA TIerno F. (2023), [*La importancia de la conciliación en el seno de las empresas*](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 7, pp. 9-12
- WEBER M. (1983), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica

Reseñas Bibliográficas



La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada

*Una reseña por Rafael García García**

Djamil Tony Kahale Carrillo

[La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada](#)

BOE, 2023

ISBN: 978-84-340-2945-3

Esta obra, que recoge el resultado del trabajo de investigación defendido en el concurso para optar a la plaza de Catedrático de Universidad (área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) publicado en la Resolución de 26 de mayo de 2022, de la Universidad Politécnica de Cartagena, por la que se convoca concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios (en *BOE*, 31 mayo 2022, n. 129), y adjudicado mediante la Resolución de 1 de septiembre de 2022, de la Universidad Politécnica de Cartagena, por la que se nombra Catedrático de Universidad a Don Djamil Tony Kahale Carrillo (en *BOE*, 26 septiembre 2022, n. 231), está publicada en agosto de 2023 por la colección de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

En ella, el autor realiza una visión crítica y muy completa de la regulación de esta relación laboral, culminada en nuestro ordenamiento jurídico por RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

Este análisis se desarrolla a través de cinco capítulos que giran en torno a la necesidad e importancia de este sector y de su regulación, el recorrido

* Profesor de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad Católica de Murcia (España).



que ha venido teniendo en nuestro ordenamiento hasta llegar al actual marco normativo, el análisis del mismo, las referencias a su regulación en otros países (Portugal, Francia, Argentina, Bélgica, Italia, México y Perú) que constituyen una muestra representativa de nuestro entorno más cercano, geográficamente como Europa, y culturalmente, como América latina.

Finaliza este análisis con la aportación de propuestas de mejora que se derivan de este análisis minucioso y exhaustivo. Así, el autor inicia la obra con una introducción que fundamenta la importancia de este sector, su peso en el PIB y el importante número de trabajadores empleados en el mismo, en un porcentaje que, además, viene siendo creciente desde el año 2013, hasta el obligado parón constituido por la reciente pandemia de Covid.

Además del peso que representa en la economía, hace referencia el autor a la alta participación de la población española en eventos culturales y otras actividades asociadas al sector cultural. Un sector que, además, contribuye a la cohesión social y territorial. Sin embargo, en esta introducción se pone también de manifiesto como esta gran importancia en términos tanto económicos como sociales, no ha venido siendo correspondida con una estructura empresarial y de empleo adecuadas a su nivel.

Se enfrenta, además, el sector, a importantes retos como son la transformación digital y la transición ecológica y, especialmente, la puesta al día de un marco regulatorio capaz de proporcionar una protección eficaz en términos de propiedad intelectual y, especialmente, de garantía de los derechos de los propios artistas, lo que pasa por acometer reformas en su marco regulatorio en órdenes como el tributario y, por supuesto, el laboral y de protección social.

Recoge esta introducción, en fin, importantes datos nacionales e internacionales sobre la estructura laboral de este sector, en cuanto a los porcentajes de trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena, así como las conclusiones de instituciones como la UNESCO, que llama la atención sobre la intermitencia, fluctuación e incertidumbre de sus ingresos, que puede llevar a la precariedad y a la reducción de sus contribuciones y, por ende, sus derechos sociales.

En ese mismo sentido, y a propósito de la reciente pandemia, se manifiesta la OIT, que hace notar la gran influencia de la industria cultural en la capacidad para soportar largos confinamientos como los sufridos en muchos países y, en contraste, el gran impacto negativo sufrido en sus ingresos, que ha tenido como resultado, en demasiados casos, el desánimo y el abandono de estas actividades, de cuya necesidad e importancia se ha dado buena muestra.

Deja muy claro el profesor Kahale Carrillo en esta introducción, en suma, la gran necesidad de acometer una reforma del marco laboral que, por una parte, tenga en cuenta la forma singular y atípica en que se desempeñan estas labores, así como lo incierto e intermitente de sus ingresos y, por otra parte, pueda garantizar una mínima protección social que no haga caer a estos trabajadores, con tanta frecuencia, en la precariedad y en el desánimo.

En el segundo capítulo de esta obra, el autor aborda un recorrido normativo del sector cultural tanto internacional como nacional, que permita poner en antecedentes la necesidad de la reforma y puesta al día, y analizar, críticamente, con el contexto y la perspectiva histórica adecuada, si esa regulación es la que realmente necesita el sector, y si responde a los diferentes retos que se van a presentar, y ha tenido en cuenta aquellos aspectos que, históricamente, han venido constituyendo sus principales carencias y campos de batalla.

Este capítulo nos muestra, de manera exhaustiva y rigurosa, la evolución en la regulación de un sector al que tradicionalmente no se ha dado, por los legisladores, el lugar que corresponde teniendo en cuenta su peso tanto real, en la economía, como específico, de conformidad con su importancia social y cultural. Parece, en su inicio, un sector marginal y orillado por los legisladores, reservado a legislaciones de carácter secundario. Este capítulo nos viene mostrando como, partiendo de ese inicio, históricamente, se ha ido recogiendo sucesivamente por legislaciones de mayor rango e importancia.

El estudio de esta evolución normativa no se circunscribe a nuestro ordenamiento jurídico particular como corresponde al enfoque y la intención del libro de realizar un estudio comparado que permita recoger y comparar soluciones para aportar conclusiones y propuestas de mejora.

En consecuencia, el Doctor Kahale Carrillo realiza primero un recorrido por el panorama internacional, a través de instrumentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales, de lo más universal a lo particular, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, haciendo referencia a los derechos genéricos sociales, culturales, laborales, económicos y de participación en la vida cultural, y la protección de sus intereses derivados de sus derechos relativos a las obras artísticas y culturales. En segundo lugar, se recoge el Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se recoge el derecho a trabajar en una ocupación libremente escogida, la remuneración, la participación en la vida cultural y a la protección de intereses morales y culturales derivados de las producciones científicas, literarias y artísticas.

De manera más específica, la obra referencia, en tercer lugar, la

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, en el marco de la UNESCO, así como a la Recomendación sobre la participación de la población en general, en la vida cultural y su contribución a ella, las cuales reconocen la importancia de la diversidad cultural y la participación en la misma, a través de la libre creación, y la generación de mecanismos y marcos legales que permitan democratizar esta participación de las personas en la cultura, y del acceso a la misma.

Seguidamente, se hace referencia al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de la Naciones Unidas (derecho de los pueblos a sus recursos), así como la Declaración de los Derechos del Niño (no trabajar hasta que no tenga edad adecuada, libre desarrollo de la personalidad), para pasar al análisis de instrumentos que abordan la problemática de los artistas, de manera ya mucho más específica, y en este sentido, se analiza el Convenio Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que tratan, básicamente, de las definiciones de obra literaria y artística, y se centran en la protección de los derechos de autor y el control sobre las obras.

Por fin, la obra finaliza este panorama internacional con la Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista, adoptada en el seno de la UNESCO y centrada ya en la mejora de la situación profesional, personal y económica de los artistas, mediante la aplicación de políticas y medidas relacionadas con la formación, la seguridad social, el empleo, los ingresos y las condiciones impositivas, la movilidad y la libertad de expresión. Asimismo, realiza una definición de artista y les reconoce el derecho a organizarse en sindicatos u organizaciones profesionales para la defensa de sus intereses. Se trata, no de privilegiar al artista, sino de conseguir que, a pesar de las diferencias que implica su actividad, pueda alcanzar los mismos derechos que otros colectivos laborales.

La obra comienza el recorrido por la evolución de la legislación en España con el análisis del Código Civil, que realiza la primera referencia a la regulación de la relación de servicios de los artistas en espectáculos públicos (como arrendamiento de servicios). La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, por su parte reconoce en el artículo 3.11 a los «teatros, con respecto de su personal asalariado» como sitios que dan lugar a la responsabilidad del patrono en los accidentes de trabajo. Amplia además el ámbito del accidente de trabajo a cualquier sector.

Este recorrido nos muestra también como regulaciones específicas de Derecho Laboral, como el Código de Trabajo (1926), o la Ley relativa al

Contrato de Trabajo (1931) van recogiendo la actividad de trabajadores artísticos o intelectuales dentro de su ámbito de aplicación. Por su parte, el Reglamento de Espectáculos Públicos de 1935 realiza ya una definición de actores en la que incluye toda persona (de uno u otro sexo) que tome parte en espectáculos públicos. Analiza, además, el autor, diferentes regulaciones de espectáculos concretos (Reglamentación Nacional de Trabajo para el espectáculo taurino, Reglamentación Nacional de Trabajo en la Industria Cinematográfica, Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore, contempladas ya como regulaciones laborales), hasta llegar al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Artistas, de 1975 (definiendo las actividades que entran en ese régimen especial), o a la Ordenanza Laboral para la actividad de Profesionales de la Música, como paso previo para abordar el análisis del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que incorporaba ya como relación laboral de carácter especial la de los artistas en espectáculos públicos, regulada en principio por el RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

Otras normas que analiza de forma somera son los Estatutos de los Trabajadores de 1995, y 2015, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, de ese mismo año, el Real Decreto de Medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía de 2018, que van poco a poco mejorando las condiciones de desempeño de esta actividad, en materia laboral y de Seguridad Social, como hace el RD 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

Se analiza también, a continuación una regulación de carácter muy específico y transitorio como fueron la Medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (2020), y otros avances como la creación de Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto del Artista (2021), hasta llegar al Estatuto del Artista (2022), el RD-Ley 5/2022, complementado con normas que se analizan como las Medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (2023) y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el RD 439/2007, de 30 de marzo, para dar cumplimiento a las medidas contenidas en el Estatuto del Artista en materia de retenciones (2023).

Una vez esbozada esta evolución del tratamiento de esta relación

laboral por organismos internacionales y por las diferentes normativas que, históricamente, la han regulado en nuestro específico ordenamiento español, la obra centra su tercer capítulo en realizar una regulación detallada del vigente RD-Ley 5/2022.

Este análisis se acomete haciendo previa mención a la importancia del sector, así como otras consideraciones (diferencias en cuanto al género, etc.) aportando diferentes datos, y la consideración positiva que merece la utilización de un lenguaje no sexista, así como un segundo apartado respecto de la consideración de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos como relación laboral especial, lo que la hace merecedora de un tratamiento especial respecto tanto de la relación ordinaria como de las restantes relaciones especiales. Ello debido a las particulares características de los trabajadores (que han de contar con aptitudes artísticas) y que realiza un trabajo para el público (por definición fluctuante, ya que debe tener aceptación por este, y se debe a modas, etc.). Estas características, entre otras, devienen en una relación especial. Se hace hincapié en que ello se debe a la particular flexibilidad respecto de la nota de “dependencia” que debe presidir cualquier relación laboral, entre otras, que en esta obra se analizan, de la misma forma que se detiene el análisis en las principales características (objetivas y subjetivas) de esta particular relación.

Con la reforma, especifica la obra, «se abre el abanico para incluir al personal técnico y auxiliar en espectáculos artísticos. Por tanto, se considera como relación laboral especial a las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales; así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». De esta forma, se modifica el concepto de “participación en espectáculo público” y se adapta la normativa a la realidad productiva del sector.

Realizadas estas consideraciones, el estudio de la concreta normativa comienza, como no puede ser de otra manera, con el análisis del ámbito de aplicación, que se centra en el estudio de los conceptos de espectáculo público, en las actividades artísticas susceptibles de ser desempeñadas ante un público (lo que descartará, con carácter general, actividades artísticas como pintura o escultura. Aspectos cuyas particularidades se va a entrar a analizar en este apartado). El criterio, por tanto, lo marca más el concepto de espectáculo que el de actividad artística. Introduce aquí el autor un interesante e ilustrativo cuadro comparativo entre la anterior regulación y la nueva, respecto del ámbito de aplicación, donde podemos comprobar como este ámbito se ve ampliado a las actividades auxiliares, entre otras diferencias significativas. Se pueden, asimismo, excluir algunas actividades

(en el ámbito privado –concepto que se ha de delimitar, y así se detiene a hacerlo el autor, o aquellas prestadas de forma autónoma– cuya diferenciación también se aborda). Hay, además, otras actividades como los presentadores o locutores de TV, cuya relación se presenta como laboral común, no especial. Tampoco será artística la actividad de los redactores de informativos, como tampoco un montador de videos.

Una vez analizado de manera detallada el ámbito de aplicación, se entra a analizar quien tiene capacidad para contratar una relación de estas características, atendiendo específicamente a aquellos casos en los que se puede contratar a menores de 16 años, lo que, en determinados casos, constituye la única excepción permitida por nuestro ordenamiento jurídico a su prohibición de trabajar, así como a las especificaciones en materia de nacionalidad, que no difieren de las establecidas con carácter general.

El tercer aspecto analizado es la forma del contrato, que ha de ser escrita, con independencia de su modalidad y duración. Se analizan, en fin, las diferencias en materia de forma, mediante un cuadro comparativo entre la anterior y la vigente redacción de la norma. El siguiente aspecto analizado es el periodo de prueba, donde se recogen algunas diferencias en algunos contratos de baja duración (y siempre superior a 10 días).

La obra avanza hasta el estudio de las diferentes modalidades de contrato, indefinidos o temporales, que están en consonancia con las necesidades temporales de la empresa (por actuaciones, por tiempo, por temporada, por fases de producción o por el tiempo en que una obra se mantiene en cartel). Pudiéndose firmar diferentes prórrogas.

El profesor Kahale Carrillo investiga todos estos aspectos con inclusión de comparativas entre la anterior y la actual regulación, y un estudio exhaustivo de la casuística, en la que nunca hay que perder de vista la necesidad de que el contrato firmado se ajuste a las verdaderas necesidades que motivaron la contratación.

Es muy interesante finalmente, el análisis de la aplicación de la legislación sobre contratos temporales (encadenamiento y sucesión, conversión en fijos discontinuos) a los firmados por estos trabajadores, así como de la posible existencia de fraude de ley. El estudio de estos aspectos está acompañado por abundante jurisprudencia. Terminado este minucioso análisis, la obra pasa a centrarse en la regulación de los derechos y deberes de las partes, y la mención expresa de algunos de ellos, así como de los posibles pactos de exclusividad, las posibilidades de revocación y consecuencias de su incumplimiento.

Por su parte, y por lo que respecta a la retribución, se estudia cómo se puede fijar mediante convenio o contrato, así como en las disposiciones sobre salario mínimo interprofesional. También se analiza qué percepciones

se han de considerar salariales, con referencias al Convenio OIT n. 95 o al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, así como a abundante jurisprudencia y doctrina científica.

La jornada, que se analiza a continuación, parte también de la regulación específica de la relación especial, y se observa, a la luz de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos aplicables, tanto la duración como los aspectos que se pueden considerar como jornada o trabajo efectivo, y que se hace con aquellos tiempos de desplazamiento y giras. Respecto de vacaciones y descansos, se hace también un análisis de su duración o la posibilidad de que estos se acumulen.

Por fin, en este apartado relativo al régimen de esta relación especial en nuestro ordenamiento jurídico laboral español, el análisis se centra en la extinción de este contrato, que, realizada la correspondiente comparativa, se comprueba como mantiene prácticamente la misma redacción que ya tenía en la regulación anterior, aunque ahora la indemnización por finalización de contrato temporal es tasada, sin dejarse ya todo el protagonismo en la determinación de la misma a los convenios colectivos. Se analiza también la necesidad de periodo de preaviso, así como de los días de antelación necesarios para el mismo.

Se analizan también la jurisdicción competente y el régimen aplicable al personal técnico y auxiliar, al que no son aplicables todos los preceptos del Real Decreto, sino que solo se aplica al ámbito de aplicación de dicha norma; así como la forma del contrato de trabajo, el período de prueba y la duración y modalidades del contrato de trabajo.

Por fin, se recoge una referencia y somero análisis de las disposiciones adicionales y finales, las dos primeras respecto de adaptaciones de aplicación de regímenes de Seguridad Social, categorías y grupos de cotización, bases, y sus modificaciones de los reglamentos de cotización, y otros aspectos. Este análisis se realiza también comparando, mediante tablas, la redacción anterior y la actual, lo que resulta muy práctico e ilustrativo para comprender y anotar cada uno de esos cambios.

Se analizan también las demás disposiciones (compatibilidad de actividad con el cobro de pensiones, cotización de pensionistas, aplicación de legislación anterior a personas acogidas a la misma en cuanto a la compatibilidad con la percepción de pensión y cobro de derechos de propiedad intelectual, cotización de artistas con bajos ingresos, percepción de prestaciones de desempleo, entre otros aspectos, lo que, finalmente, resulta en un texto muy minucioso y exhaustivo, que permite tener una visión completa de la regulación, con análisis de los aspectos que puedan resultar más oscuros y un importante apoyo en doctrina y jurisprudencia.

La tercera parte de esta obra viene referida a analizar la regulación extranjera de los siguientes países: Portugal, Francia, Bélgica, Italia, México y Perú; siempre teniendo un propósito práctico, el de presentar un panorama de derecho comparado y extraer conclusiones que permitan ofrecer propuestas de mejora para el caso español, que más adelante, y a modo de conclusión, se desarrollarán. El autor ha escogido cuatro países de nuestro entorno geográfico más próximo (Portugal, Francia, Bélgica e Italia) y dos de nuestro entorno cultural e idiomático (México y Perú).

El análisis de la regulación en estos países, necesariamente somero y centrado en los aspectos fundamentales, se realiza centrandolo el foco en la norma (o normas) de referencia, el ámbito de aplicación (colectivos y actividades afectados, definiciones) aspectos formales y técnicos de consideración especial (como el registro de profesionales de la cultura en Portugal, el carné o visa de artista belga o, en fin, el Registro Nacional de Trabajadores y Organizaciones de la Cultura y las Artes de Perú, por ejemplo), régimen de contratación y prestación de servicios (derechos y deberes, duración, jornada, aspectos salariales), finalización del contrato y régimen de cotización y protección social.

La finalidad es llamar la atención sobre aquellos aspectos más diferenciales o, en fin, de aquellas prácticas sobre las que se puedan tomar referencias positivas para propuestas de mejora que llevar a nuestro ordenamiento en futuras reformas legislativas

En ese sentido y para facilitar su comprensión, el apartado se cierra con una serie de propuestas de mejora que, en primer lugar, analizan a través de unas tablas de enorme interés que nos muestran, de una manera muy visual, las principales peculiaridades en las regulaciones de cada una de las legislaciones escogidas, así como unas tablas de medidas de protección que garantizan la cobertura específica de las necesidades para personas trabajadoras a tiempo parcial, económicamente dependientes o temporeros.

Por fin, esta comparativa de medidas se amplía a las que los diferentes países fueron adoptando para hacer frente a la pandemia de Covid, en un sector que sufrió de manera particularmente importante sus efectos, dado que, si exceptuamos algunos espectáculos televisivos, quedaron prácticamente suprimidos los espectáculos públicos.

En sus últimas páginas, se recogen aquellas propuestas que, a juicio del autor y a manera de conclusiones, habría de tener en cuenta el legislador para hacer frente a los desafíos planteados por la regulación de tan especial e importante sector, y que se han analizado en la comparativa entre los diferentes ordenamientos de los países seleccionados.

Una obra, en fin, muy completa que, realiza un análisis minucioso y exhaustivo, de altura técnica pero comprensible que, desde luego, ha de ser

el texto de referencia para todos aquellos que se quieran acercar a comprender y conocer la problemática y regulación de este colectivo, los diferentes cambios que ha sufrido, especialmente en su última reforma, y las enseñanzas que podemos extraer de otras regulaciones de nuestro entorno geográfico más o menos cercano.

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.

