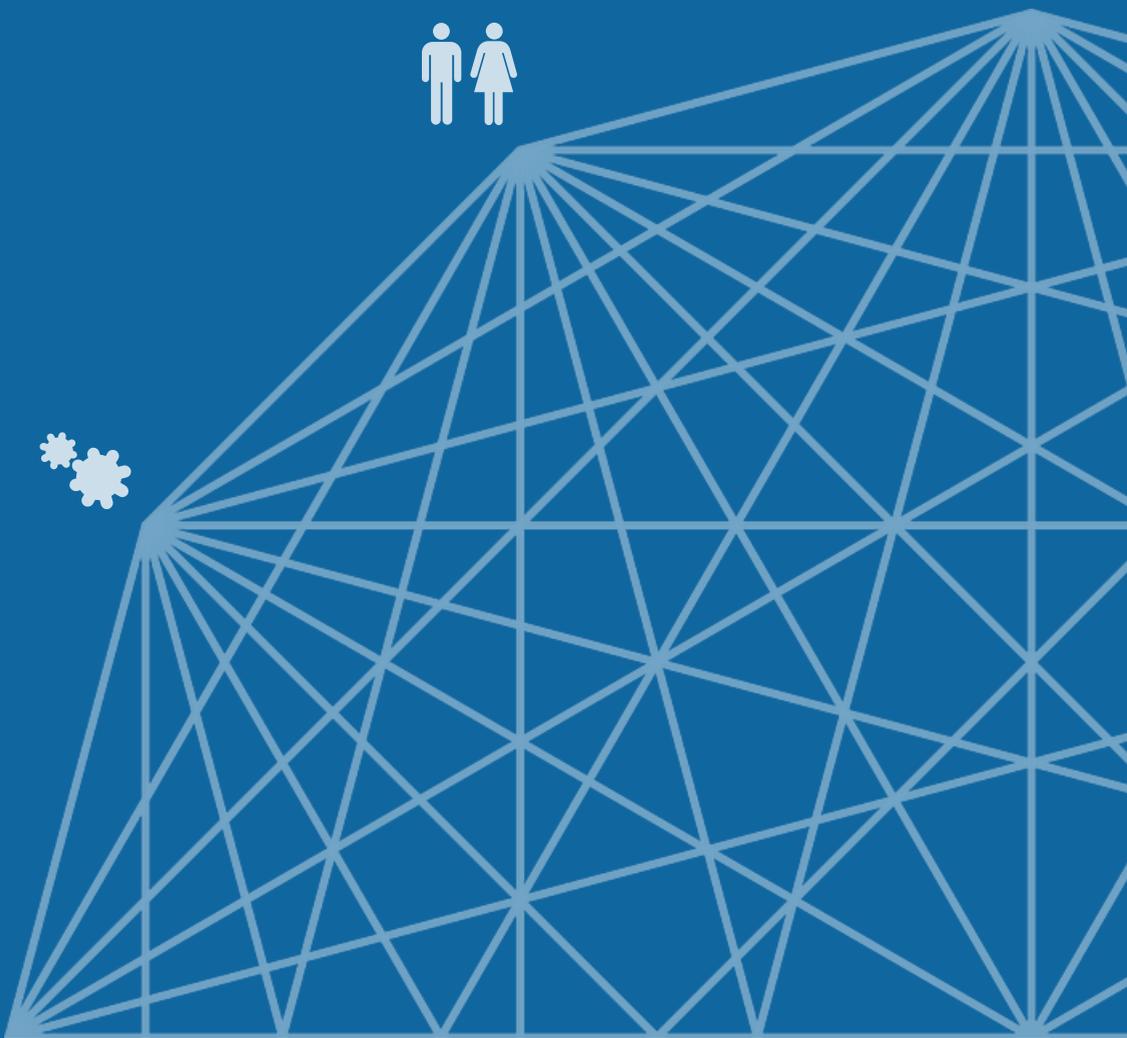


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Abril 2022. N° 5

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5

Sevilla, 2022

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)

Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)

Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)

Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)

Iluminada Fera Basilio (Universidad de Huelva)

Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)

Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)

María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)

Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)

Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)

Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)

Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)

María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)

Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)

José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)

Cristina Alessi (Università di Brescia)

Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)

Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)

Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)

Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)

Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)

Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)

Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)

Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)

Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)

María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)

Patrizia Tullini (Università di Bologna)

Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)

Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)

Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT

José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales

Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES.

Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación Open Acces y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de Trabajo, Persona, Derecho, Mercado no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

Este número de la Revista TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO se enmarca dentro de los resultados del Proyecto de Investigación FEDER-US 2018 denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479). Proyecto financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional Una manera de hacer Europa.



© Editorial Universidad de Sevilla
C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla
Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443 Correo electrónico: eus2@us.es
<https://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2022
<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>
Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.
Maquetación: Referencias Cruzadas.
referencias.maquetacion@gmail.com

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Jose M. Morales Ortega y M ^a Jose Asquerino Lamparero Presentación	11
--	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer Los contornos de la discriminación	19
<i>The contours of discrimination</i>	
Marzia Barbera Le nuove dimensioni della diseguaglianza e le risposte del diritto antidiscriminatorio.....	29
<i>Las nuevas dimensiones de la desigualdad y las respuestas del derecho antidiscriminatorio</i>	
Carmen Sáez Lara Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo	43
<i>Sexual orientation and identity in employment relationships</i>	
M ^a Luisa Pérez Guerrero La discriminación por razones sanitarias: el impacto del Covid-19 en las relaciones laborales	67
<i>Discrimination for health reasons: the impact of Covid-19 on labour relations</i>	
Patrizia Tullini La nuova proposta europea sull'intelligenza artificiale e le relazioni di lavoro	99
<i>La nueva propuesta europea sobre inteligencia artificial y relaciones laborales</i>	
Fernando Pérez Domínguez La prohibición de toda forma de discriminación en el empleo en la jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales derivada del procedimiento de reclamaciones colectivas (art. 1.2. Cser)	109
<i>The prohibition of all forms of discrimination in employment in the european committee of social rights case law from collective complaints procedure (art. 1.2 Esc revised)</i>	

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

COMUNICACIONES

Ma Teresa Arévalo Quijada, Patrocinio Fernández Geniz y Dolores Gómez Domínguez	
Pobreza, exclusión social y colectivos discriminados en España y en la Unión Europea.....	151
<i>Poverty, social exclusion and discriminated groups in Spain and in the European Union</i>	
Antonio Álvarez del Cuvillo	
El problema de la discriminación inversa: ¿es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?.....	187
<i>The problem of reverse discrimination: is it possible to discriminate members of dominant social groups?</i>	
Guadalupe Medina Casado	
La dimensión social y económica del desarrollo sostenible, sin discriminación	211
<i>The social and economic dimension of sustainable development, without discrimination</i>	
María José Gómez-Torres	
La ordenación de las relaciones personales en los institutos de educación secundaria (ies) de Andalucía: el plan de convivencia.....	233
<i>The organisation of personal relations in Andalusian high schools: the coexistence plan</i>	
Juan Carlos Álvarez Cortés	
Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio	255
<i>Bringing the regulation of widowhood benefits for common-law couples closer to the protection afforded by such benefits to married couples</i>	
Andrea Elena Grigore	
El velo islámico, eterna causa de discriminación	269
<i>The islamic veil, an eternal cause of discrimination</i>	
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz	
Edad, discriminación positiva y “kaldor-hicks”	283
<i>Age discrimination, positive discrimination and “kaldor-hicks”</i>	

Juan María Roldán Conesa	
Trabajadores maduros: la era digital y la edad como motivos de discriminación social y laboral.....	297
<i>Mature workers: the digital age and age as reasons for social and labor discrimination</i>	
M ^a Iluminada Ordóñez Casado	
Los trabajadores maduros y las nuevas tecnologías.	
¿Una causa de discriminación?.....	315
<i>Mature workers and new technologies. A cause of discrimination?</i>	
María Gema Quintero Lima	
¿Discriminatoria? Regulacion de la relacion laboral especial de trabajo domestico.....	329
<i>Discriminatory? Regulation of the legal framework of domestic work</i>	
Normas para los autores de la Revista	357
Compromiso ético para la publicación de artículos.....	363

PRESENTACIÓN

Los días 16 y 17 de marzo de 2022 se celebró, en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad Hispalense, el Congreso Internacional denominado *Discriminación y nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales* organizado por el Proyecto de Investigación *Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social* (US-1264479) financiado con fondos FEDER. Se quiere aprovechar estas páginas para agradecer la inestimable colaboración en la organización y realización de este Congreso de otras entidades, instituciones y proyectos y, muy especialmente, del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, ya que su participación permitió configurarlo como acto CoFE –Conferencia sobre el Futuro de Europa–. Lo que cooperó a fortalecer la dimensión europea, que impregnó a este evento científico.

Como se desprende de su nombre, se abordó unas nuevas, o quizás no tanto, realidades, que están siendo, con gran habitualidad, causas de discriminación. O, cuando menos, exigen el cuestionamiento de si, en efecto, lo son; a fin de no engrosar inadecuadamente la configuración de la discriminación. Por ello, no es de extrañar que todas las ponencias e intervenciones partieran de la delimitación y determinación de esa nueva realidad como factor de discriminación, como presupuesto imprescindible, para poder aplicar los instrumentos de la tutela antidiscriminatoria.

El Congreso se estructuró en distintos paneles, que contaron con la participación de profesores e investigadores tanto del ámbito nacional como internacional; algunas de cuyas intervenciones se recogen en este número, que se completa con las comunicaciones elegidas, de entre las presentadas, por su calidad y adecuación con el objeto del Congreso.

Tales paneles fueron los siguientes: a) Marco general de la discriminación –M^a Fernanda Fernández López, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Abraham Barrero Ortega–, b) Diversidad sexual y de género –Blanca Rodríguez Ruíz, Alicia Rivas Vañó, Carmen Sáez Lara y Jose M. Morales Ortega; y que se acompañó de una mesa de debate, en la que participaron representantes de la FELGTBI+, UGT y REDI, que aportaron una visión muy cercana de la realidad del colectivo LGTBI+ en las empresas–, c) Apariencia externa, pobreza y adicciones –Javier Calvo Gallego,

Carmen Aguilar del Castillo y Ana Domínguez Morales–, d) Enfermedad y discapacidad –Miguel A. Martínez-Gijón Machuca y M^a Luisa Pérez Guerrero–, y e) Revolución tecnológica y discriminación –Álvaro Sánchez Bravo, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Adrián Todolí, M^a José Asquerino Lamparero y Patrizia Tullini–; y, por último una conferencia de clausura a cargo de Marzia Barberá –presentada por Jesús Cruz Villalón–. Como se puede apreciar, una nómina de primer nivel.

Hay que indicar que parte de estas intervenciones sirvieron para dar difusión a previas investigaciones contenidas en la monografía titulada *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Excluidas éstas, gran parte de las restantes son las que se contienen en esta publicación, las cuales se presentan por bloques temáticos. Empezando, como no podría ser de otro modo, por las referentes a la teoría general de la discriminación y la tutela antidiscriminatoria para, a continuación, acudir a causas concretas como los/as trabajadores/as LGTBI+, el COVID y las nuevas tecnologías.

Entrando ya en este número de la Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado que, aunque configurado, a efectos editoriales, como número ordinario, en puridad, se trata de un monográfico que, por supuesto, tiene como hilo conductor la discriminación y, más exactamente, algunas de sus expresiones en el contexto de las relaciones laborales. En concreto, aquellas nacidas de las nuevas realidades, ya que, como es sabido, estas últimas introducen otros factores de discriminación, a los que inexorablemente hay que prestar atención. Así, se está poniendo de manifiesto el dinamismo y la evolución del concepto pues, de lo contrario, se estaría dejando fuera de la tutela determinadas realidades necesitadas de protección. Ello obliga, igualmente, a que los catálogos de causas de discriminación sean permeables a estas nuevas realidades pues, aunque algunas de ellas puedan tener cabida en las típicas cláusulas de cierre, lo cierto es que no todas son posibles de reconducir a dichas cláusulas; y de ser factible, ello tampoco elimina, siempre y en todo caso, posibles problemas interpretativos y aplicativos. Pese a esto último, lo deseable es la señalada adecuación de dichas enumeraciones a tales realidades. Es más, y no hay que olvidarlo y por centrarlo en el art. 14 de la Constitución, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido que dicho precepto no contiene una enumeración cerrada, lo que le permite adecuarse y amoldarse a esas nuevas realidades. Como es natural, esta adaptación debe realizarse a todos los niveles territoriales; de ahí que las declaraciones internacionales y comunitarias, cualesquiera que sean sus formulaciones y vinculaciones jurídicas, deben, del mismo modo, atender a esos nuevos factores discriminatorios y, sin embargo y en relación con algunos de ellos, la tónica general es que no están tomando carta de naturaleza en dichos catálogos supranacionales.

Muchas de esas realidades son fruto de una característica fundamental de las sociedades actuales como es la diversidad, que forma parte de la fisonomía de los individuos y de concretos colectivos. Estos hechos diferenciales se convierten en elementos

inherentes de las personas condicionando su desarrollo vital y, por lo que aquí importa, profesional. Tales hechos, en la mayoría de las ocasiones, son el factor causante de la correspondiente discriminación, con sus nefastas consecuencias personales, sociales y económicas. Y lo más grave es que dicha discriminación, en la mayoría de las ocasiones, es producto de unos prejuicios colectivos, más o menos arraigados en parte de la sociedad, y anclados en ancestrales problemas culturales y educacionales. Siendo así y en la medida en que la empresa es un ecosistema de la sociedad, esa diversidad y esa discriminación van a estar presentes en los centros de trabajo, por lo que tales factores discriminatorios despliegan todos sus efectos en cuanto impeditivos del acceso al empleo, de la promoción en el mismo o, sencillamente, de la permanencia del/la trabajador/a en el mercado de trabajo.

Pese a que son muchas y muy variadas tales realidades, en esta presentación se va a prestar atención a aquellas, que son objeto de los correspondientes estudios doctrinales contenidos en este número. No obstante, no se quiere dejar de pasar la oportunidad de subrayar el déficit de tratamiento, a todos los niveles, de otras realidades discriminatorias como son la aporofobia, la apariencia externa o las adicciones. Déficit, que se ha intentado cubrir, al menos parcialmente, con otras publicaciones y ponencias derivadas del señalado Proyecto de Investigación.

Dicho ello, se va a comenzar con la incuestionable discriminación sufrida por el colectivo LGTBI+; con respecto a la cual hay que extraer tres conclusiones. En primer lugar, que, sin duda, no se trata de una nueva realidad; como mucho, de una realidad históricamente desatendida e ignorada, cuando no criminalizada; sobre la que los prejuicios sociales y, en consecuencia, empresariales, siguen existiendo y, para ello, basta con acudir a los datos, que demuestran la discriminación en general, y la laboral en particular. Datos que, con toda seguridad, son inferiores a los reales, ya que la invisibilidad de este colectivo –construida sobre una errónea acepción del derecho a la intimidad– le lleva a no denunciar todos los casos de discriminación.

En segundo lugar, que se desconoce y, por ello, se desatiende la propia diversidad dentro de este colectivo. Una desatención que conduce, principal aunque no exclusivamente, a la falta de adopción de medidas y protocolos de actuación para las personas trans, cuya situación las hace, dentro de este colectivo, todavía más vulnerables. Prueba de ello, son sus altísimos índices de desempleo, que las aboca a la exclusión social y, con ella, a la pobreza. Es más, esta desatención hace que dicha diversidad no esté presente en los distintos catálogos de causas de discriminación, pese a que lo sean sus hechos diferenciales. Lo habitual, a todos los niveles, es que se circunscriba a la orientación sexual pero no se incorporen –o no se haga con el suficiente rigor técnico– la identidad y la expresión de género.

Y en tercer lugar, que ni a nivel legal –más allá de las genéricas cláusulas antidiscriminatorias–, ni convencional –es llamativo y alarmante que, en términos generales, la negociación colectiva no haya sido permeable a la realidad laboral LGTBI+-,

ni empresarial –a través de las acciones de responsabilidad social– se están adoptando medidas antidiscriminatorias. Podría decirse que las existentes, cuando las hay, se limitan a meras declaraciones programáticas o declaraciones de intenciones, sin que vayan acompañadas de medidas reales, cuantificables y evaluables. Cuando no se trata de una mera transcripción de la norma antidiscriminatoria, la que, con ser importante, no es suficiente. A lo que hay que sumar que esta desatención encierra algo mucho más preocupante como es el desinterés de todos los sujetos competentes, pese a la ineluctable y urgente necesidad, por intervenir en la lucha contra la discriminación LGTBI+.

Pese a este breve y desesperanzador balance, no puede ocultarse que, en los últimos años, de mano de las grandes empresas y de las multinacionales, se está produciendo un cambio de tendencia. Sólo el tiempo permitirá comprobar si está siendo efectivo y, sobre todo, si se va a mantener como principio inspirador de las políticas empresariales. Ahora bien, tampoco cabe ser especialmente optimista, ya que las medidas adoptadas suelen enmarcarse dentro de los conceptos, nacidos de la gestión de los recursos humanos, de diversidad e inclusión. En efecto, discriminación –o, mejor dicho, la lucha contra la discriminación–, diversidad e inclusión son conceptos íntimamente relacionados, pero no intercambiables y, por ser así, las medidas adoptadas tampoco lo son. Pese a ello, podría aceptarse el siguiente apriorismo: las empresas antidiscriminatorias no tienen por qué ser diversas e inclusivas y, por el contrario, las empresas inclusivas y diversas, por pura lógica, deben ser antidiscriminatorias. Sin embargo, cuando se desciende a las medidas empresariales de diversidad e inclusión se descubre que su mayoría se mueven más en una concepción utilitarista de la responsabilidad social, lo que devalúa la acción empresarial. De ahí que no resulte sorprendente que se haya afirmado, y se comparte en esta presentación, que, lamentablemente, no se trata, en muchas ocasiones, más que de meras campañas cosméticas.

Desgraciadamente, la pandemia mundial provocada por el COVID está dejando numerosas consecuencias a todos los niveles y en todos los ámbitos; de ahí que el mundo de las relaciones laborales no haya quedado ajeno a las convulsiones generadas por esta crisis sanitaria. En un primer momento, obligó a una batería de medidas, con las que hacer frente a esta realidad; algunas de cuyas adaptaciones y transformaciones fueron analizadas en el primer número de esta Revista. El monográfico dedicado a la crisis sanitaria y económica derivada del COVID, fue el pistoletazo de salida de esta publicación y, ahora, en este número, se retoma, ya que entre sus consecuencias está la posible discriminación sufrida por los/as trabajadores/as, que han adoptado la decisión de no someterse al proceso de vacunación, lo que está generando una importante litigiosidad y, a la postre, resoluciones judiciales. Pronunciamientos que, por ahora, parecen no estar manteniendo una línea homogénea, lo que viene a complicar aún más, si cabe, el tratamiento y la configuración de esta posible

causa de discriminación. Y ello, además, por la decisión de determinadas empresas de obligar, so pena de adoptar medidas como la propia extinción contractual, a sus trabajadores/as a vacunarse. Toda esta construcción, con toda seguridad, va a servir, de una u otra manera, a resolver hoy y en un futuro situaciones similares que, esperamos, no tengamos que volver a padecer.

Nada se descubre al afirmar que la revolución tecnológica que estamos viviendo, como en el caso precedente, está afectando a todos los órdenes de la vida; siendo especialmente significativas sus repercusiones en el mundo del trabajo. Y ello, no sólo desde la alteración de los procesos productivos, lo que está teniendo importantes consecuencias en la delimitación y vida de la relación laboral, sino también, y no menos relevante, desde la perspectiva de la discriminación. Por lo que aquí importa, la inteligencia artificial, los algoritmos, la reputación digital son elementos que encierran —y no debería ocultarse, ni minusvalorarse— atentados al derecho a la no discriminación. Sólo una acertada regulación de tales instrumentos puede neutralizar sus consecuencias; una regulación que, por ahora, no parece ser la adecuada, al dejar demasiados frentes abiertos, además de exigir unos conocimientos, que no siempre se poseen y, por todo ello, permitiendo, de manera más o menos subrepticia, decisiones discriminatorias.

El uso de los algoritmos es, sin duda, uno de los casos más paradigmáticos; y estos despliegan toda su efectividad, por ejemplo, en los procesos de selección —aunque también durante la vida de la relación laboral—. Ahora bien, no debe pasar desapercibido, ni, por supuesto, ignorarse de ningún modo, que tales algoritmos, con todo y pese a todo, son creados por personas, que, entendámonos, actúan al dictado empresarial y, por hacerlo, dichas reglas matemáticas pueden encerrar prejuicios, pueden encerrar sesgos discriminatorios. Y, por hacerlo, se hacen imprescindibles instrumentos más férreos de control —que los previstos en las actuales propuestas nacionales o comunitarias— y, sobre todo, de información y conocimiento, ya que si, circunscribiendo la cuestión a la selección de personal, en los procesos “presenciales” se desconocen las variables de la decisión empresarial; en estos otros, ni que decir tiene, la situación se hace más compleja, por no decir imposible, lo que va a impedir, en la mayoría de las ocasiones, la posibilidad de poner en marcha la tutela antidiscriminatoria. Y todo ello, para terminar, con una idea de cierre. En puridad, tales algoritmos no son causa de discriminación, lo que son es el instrumento para detectar esas causas y, en consecuencia, discriminar.

No se quiere finalizar sin hacer, aunque sea muy brevemente, alguna referencia a las comunicaciones presentadas al Congreso, y recogidas en este número. Estas tienen como características la variedad temática y la interdisciplinariedad, lo que, sin ningún género de dudas, enriqueció al Congreso y, ahora, a esta publicación. En esta dirección, hay que mencionar la existencia de un trabajo dedicado al análisis estadístico de diversas causas de discriminación, y otro, desde el enfoque de la pedagogía, a

la discriminación en el entorno de los centros educativos. Igualmente, se han abordado temas amplios con la discriminación inversa y el empleo inclusivo; y otros, más concretos como las aportaciones sobre las parejas de hecho, el uso del velo islámico o la edad. Se quiere destacar, por su actualidad, el trabajo dedicado a las empleadas del hogar que, como es sabido, tras la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha declarado discriminatoria la denegación legal de la protección por desempleo de este colectivo de trabajadoras.

A todos/as los/as participantes en este número de la Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, queremos darles nuestro más sincero agradecimiento por sus interesantes e ilustrativos trabajos.

Jose M. Morales Ortega
Universidad de Málaga

M^a José Asquerino Lamparero
Universidad de Sevilla

Coordinadores del número 5 de la
Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



ARTÍCULOS
DOCTRINALES

LOS CONTORNOS DE LA DISCRIMINACIÓN

THE CONTOURS OF DISCRIMINATION

Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer
Consejero de Estado

RESUMEN: Partiendo de la necesaria distinción entre la acepción vulgar y jurídica del concepto de discriminación, imprescindible, para no hipertrofiarlo, se analizan, en estas páginas, dicho concepto, haciendo un recorrido por su evolución y diferenciación con otras figuras con la finalidad de delimitarlo y, al tiempo, hacerlo aplicable a las nuevas realidades. Todo ello, desde su incidencia, en los centros de trabajo; y construido sobre las bases de la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, puesto que son los efectos de la acción discriminatoria, y no la intencionalidad, los que cualifican el atentado a este derecho fundamental.

PALABRAS CLAVES: Discriminación, igualdad, derecho fundamental, tutela anti-discriminatoria, discriminación indirecta, intencionalidad, víctima, acomodamiento razonable, acción positiva, discriminación por asociación, discriminación múltiple

ABSTRACT: Starting from the necessary distinction between the vulgar and legal meaning of the concept of discrimination, essential, in order not to hypertrophy it, this concept is analyzed in these pages, going through its evolution and differentiation with other figures with the purpose of delimiting it and, at the same time, make it applicable to the new realities. All this, from its incidence, in the workplace; and built on the foundations of freedom, equality and dignity of the person, since it is the effects of the discriminatory action, and not intentionality, that qualify the attack on this fundamental right.

KEYWORDS: Discrimination, equality, fundamental right, anti-discriminatory protection, indirect discrimination, intentionality, victim, reasonable accommodation, positive action, discrimination by association, multiple discrimination.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 19-27
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.01>

Agradezco a los organizadores la invitación a participar en este importante encuentro. Y a la profesora y amiga María Fernanda Fernández cuya cariñosa presentación agradezco, ha facilitado mi tarea al dejar centrado el tema que trataré de desarrollar como pórtico de este importante encuentro sobre la discriminación ante las nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales. La discriminación es un tema muy actual y muy oportuno su estudio ya que la pandemia ha puesto en primer término el problema de las desigualdades no solo en el campo del trabajo y del empleo. Las condiciones de trabajo y los derechos laborales se han visto afectados por la pandemia, pero también porque ella ha facilitado el desarrollo de nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales, que van a tener un considerable impacto en la discriminación también en el campo del empleo desde el que sobre todo voy a tratar de enfocar el tema.

Afrontar las nuevas discriminaciones y su tratamiento jurídico obliga a replantear el concepto jurídico de discriminación, un término de uso corriente que se usa extensivamente para referirse a situaciones que no tiene nada que ver con ella, pues el empleo usual y extensivo del término con frecuencia se refiere a situaciones que no pueden calificarse jurídicamente como discriminatorias.

Existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico de discriminación. En el concepto vulgar, la discriminación alude a diferencias intencionadas y a comparaciones, mientras que en el concepto jurídico, como vamos a ver, puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto en la víctima. Una premisa para acercarnos a la discriminación es reconocer la distinción y la disfunción entre los modelos legales y vulgares de discriminación. El desconocimiento de esos planos es responsable de muchas controversias y paradojas que existen en torno a la discriminación en el plano político, doctrinal o ideológico. Por eso, como juristas, tenemos la función y la responsabilidad de delimitar el concepto de discriminación, teniendo en cuenta que ese concepto ha ido cambiando con el tiempo, y en función también de la perspectiva o el factor discriminatorio objeto de consideración.

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. El Derecho de la Unión Europea ha sido un factor decisivo para clarificar y hacer evolucionar el concepto de discriminación y su alcance, especialmente en los lugares de trabajo, un terreno abonado decisivo para la evolución del derecho antidiscriminatorio.

El Derecho del Trabajo ha influido mucho en la configuración del concepto de discriminación porque ha sido en los lugares de trabajo donde los fenómenos

discriminatorios se han detectado más fácilmente y donde ha tenido que delimitarse el supuesto calificable como discriminatorio. En el plano internacional la doctrina del Comité de Libertad Sindical interpretando los Convenios núm. 87 y 98 OIT ha reflejado una casuística variada sobre discriminaciones antisindicales, pero de esa casuística ha deducido conceptos y criterios para calificarlas. Respecto a otros motivos, el libro colectivo “Discrimination in employment”, coordinado por Folke Schmidt, en el que contribuyeron grandes laboristas de la época como Gino Giugni, Lord Weddeburn, Spiro Simitis, y otros, ya ofreció un panorama de los posibles motivos de discriminación en el empleo en un listado que con el tiempo se ha visto ampliado.

La tutela discriminatoria originaria se centró inicialmente en diferencias por razones étnicas o por razones de género o por motivos religiosos, y en el ámbito laboral, además, por razones de pertenencia o acción sindical. Pero ya en estos motivos se entrecruzan y confluyen tres elementos que están en el trasfondo de la noción de discriminación.

El más claro, pero no el único, es el de la desigualdad de trato, aun no superado especialmente en temas de género, pero también, y ganando importancia, el del ejercicio de libertades, un caso típico es el de la discriminación antisindical cuya prohibición es presupuesto del ejercicio de esa libertad, pero hoy en día aparecen otras libertades que pueden ser violadas en los centros de trabajo, algunas de ellas planteando problemas específicos como el de la libertad religiosa.

Pero la discriminación no es solo igualdad y libertad. También y sobre todo tiene su base en la protección de la dignidad de la persona, porque esa dignidad es la que en última instancia fundamenta todo el derecho antidiscriminatorio. Cuando una persona de color se sentó por primera vez en un autobús en un sitio reservado para los blancos es posible que lo hiciera no tanto por gozar de esos asientos sino por considerar contrario a su dignidad personal ser excluida del uso de esos asientos, aunque ese sencillo acto haya tenido una trascendencia fundamental en la lucha contra la discriminación racial.

La discriminación aparece en las grandes declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, aunque en el Convenio de Roma el art. 14 no lo consideraba autónomamente sino como apoyo de los derechos incluidos en el TEDH. Es en este contexto donde se inserta el importante art. 14 CE, colocado formalmente fuera del listado de los derechos fundamentales pero susceptibles de amparo constitucional, lo que va a ser relevante para su interpretación por la jurisprudencia constitucional.

La primera aplicación del art. 14 CE por nuestro Tribunal Constitucional fue en un caso de despido, que en la demanda fue calificado como discriminatorio al entenderse debido a motivos sindicales al haberse acordado por el empleador tras anunciar dos trabajadores su candidatura a las elecciones a representantes de personal por una lista sindical. El despido fue calificado por la jurisdicción laboral como simplemente

nulo por razones formales, no considerando probado el motivo antisindical. En la demanda de amparo, invocando los arts. 14 y 28.1 CE y los Convenios al respecto de la OIT, solicitaron del Tribunal Constitucional la nulidad radical del despido por vulnerar derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo sin que quepa la indemnización sustitutiva de la readmisión. La Sentencia 38/1981, de la que fue ponente don Jerónimo Arozamena, acoge los argumentos de la demanda de amparo presentada por Tomás Iglesias, colaborador entonces de la cátedra, en la que el asunto fue largamente debatido.

La Sentencia aborda temas de gran interés en cuanto a la invocabilidad de los Convenios de la OIT en cuanto al alcance de la libertad sindical respecto a la participación en las elecciones a representantes a nivel de empresa, pero sobre todo en cuanto a la protección frente a los actos de discriminación en un caso que afecta a candidatos en curso en un proceso electoral interfiriendo en ese proceso. Es aquí donde la STC 38/1981 da dos pasos decisivos en cuanto a la protección eficaz contra los actos discriminatorios, primero respecto a la carga de la prueba imponiendo al empresario la carga de probar que el despido está justificado y que obedece a motivos razonables extraños a todo propósito de la libertad sindical y, en segundo lugar, respecto a la remoción de los efectos de la discriminación, restableciendo al demandante en la integridad de su derecho, lo que en el caso se cumple afirmando la nulidad radical del despido que comporta necesariamente la readmisión del trabajador.

Esta Sentencia reflejaba una visión de la discriminación como un problema individual del despido (aunque en su trasfondo tuviera una dimensión colectiva sindical) y como problema individual fue tratado reconociendo en el caso la existencia de un supuesto de discriminación directa por motivos sindicales. Sin embargo, la noción individualista de discriminación directa por motivos sindicales se va aplicar desde el art. 14 CE a todo tratamiento desfavorable por un motivo personal o social, o sea por una característica individual o por la pertenencia no ya a un sindicato sino a una organización religiosa, a un partido político, etc.

Se trataría, y así se decía entonces, de “poner entre paréntesis”, o sea ignorarlas y no tenerlas en cuenta, unas características u opciones personales, considerando ilícito e irreprochable su toma en cuenta para establecer diferencias. Ello suponía poner el acento tanto en la diferencia de trato como en el elemento intencional o volitivo. Ello podía dificultar la prueba de la existencia de tal elemento, pero nuestro Tribunal Constitucional trató de facilitarla, al desplazar el punto de atención en los efectos más que en los motivos, teniendo en cuenta el elemento comparativo.

Ese enfoque individualista tenía el inconveniente de ignorar el carácter sistémico de la discriminación, el hecho de que las diferenciaciones por los motivos incluidos en el art. 14 CE, también las establecidas por normas jurídicas, reflejaran una concepción de un pretendido “estado natural de las cosas”, en las que las diferencias se consideraban razonables, especialmente las diferencias entre hombres y mujeres. Así

lo entendió durante algún tiempo el Tribunal Supremo norteamericano para denegar como discriminatorias diferencias de trato por razón de sexo, lo que por mojigatería denominó por razón de género la secretaria de la profesora Ginsberg, para hablar más púdicamente de la discriminación por razón de sexo, un cambio de término que ha tenido éxito y sobre todo una gran trascendencia jurídica.

Es curioso que el asunto que dio lugar a este cambio terminológico tuvo era relativo a un caso en que el demandante era un varón soltero que cuidaba a su madre y al que no se le permitía deducir los gastos de enfermera porque la norma fiscal tenía una perspectiva androcéntrica que sobreentendía que ese cuidado familiar correspondía siempre a mujeres o, en su caso, a hombres viudos. Por ello, el caso se defendió como un asunto colectivo, en cuanto la regla fiscal reflejaba una determinada concepción del rol social de la mujer.

La trascendencia de la decisión judicial norteamericana no fue solo que el órgano judicial admitiera que la regla fiscal tenía un trasfondo discriminatorio sino también que la discriminación trascendía del caso y que tenía una dimensión colectiva. Ello suponía que la prohibición de discriminación de género no trataba tanto o solo de proteger a individuos discriminados sino a grupos o colectivos que sufren un perjuicio por sus condiciones personales o sociales, en particular las mujeres por el mero hecho de serlo. Aunque el perjudicado en el caso fuera un varón, la norma fiscal presuponía que el cuidado familiar correspondía a la mujer por el hecho de serlo y, por ello, como grupo desfavorecido por la regla cuestionada. Es llamativa la diferencia de enfoque con las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre el viudo discriminado en materia de pensión de viudedad, en la que nuestro Tribunal Constitucional, desde una visión individualista, no criticó la medida por el trasfondo androcentrista de la regla, que presuponía que solo las mujeres, por su función social de amas de casa, tenían acceso a esa prestación. La norma legal daba por entendida esa función social y, con ello, la perpetuaba. Un cambio de visión lo refleja la STC 209/1988 que reconoció el derecho a no ser discriminado en materia de contribución sobre la renta por razón de ser una persona casada obligada a presentar una declaración conjunta, doctrina confirmada por la STC 45/1989 que declaró la nulidad de la regla fiscal que no permitía una declaración separada de cada uno de los cónyuges. En esta Sentencia se alegan diversos preceptos constitucionales, pero en el trasfondo de todo el tema está una discriminación basada en un pretendido “estado natural de las cosas” en relación con el rol social “normal” no productivo de las mujeres.

La dimensión colectiva permitió trascender el problema de la discriminación más allá de una cuestión singular de igualdad o paridad de trato. Aunque haya una conexión natural entre igualdad de trato y no discriminación, la prohibición de discriminación trasciende de la mera aplicación del principio de igualdad. Así lo declaró la STC 128/1987 al afirmar que la cláusula antidiscriminatoria representa “una

explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas”.

La progresiva objetivación de la noción de discriminación, en relación con los motivos psicológicos o intencionales, se acompaña también de una reducción de la importancia del elemento comparativo. Hemos partido de una interdicción de diferencias que requería una comparación con el tratamiento “normal”, pero aparecen supuestos de discriminación en los que la comparación no resulta necesaria o posible, y en ello ha tenido mucha influencia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al aplicar directivas antidiscriminatorias en materia de empleo en las que las víctimas lo eran precisamente por ser tratadas igual que los demás, cuando ellos eran o se sentían diferentes.

En suma, ha cambiado el significado de la discriminación. La misma ya no se limita a la consideración individual de la ilicitud o arbitrariedad de diferencias de trato por razón de sus motivos, sino que parte de una consideración colectiva de fenómenos sociales que crean víctimas discriminadas por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales. Ello implica que la prohibición de la prohibición de discriminación progresivamente haya ido poniendo el acento más que en el elemento subjetivo de la intención del discriminador en el elemento objetivo de las consecuencias que supone la diferencia adoptada para la víctima y también para las personas iguales que la víctima. Ello permite el reconocimiento de discriminaciones aun en supuestos en los que falte un elemento de comparación sobre el que medir una diferencia de trato.

En esta transformación del concepto de discriminación ha tenido una importancia relevante la aceptación de la noción de discriminación indirecta, que por su naturaleza tiene siempre una dimensión colectiva. Esa prohibición de discriminación indirecta, de origen jurisprudencial, está hoy recogida en las normas jurídicas, pero sigue siendo importante su delimitación tanto por los tribunales ordinarios o constitucionales como por la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo.

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 colectiva. Un caso típico es el del trabajo a tiempo parcial, si la mayoría de las personas que lo realizan son mujeres, y si la regulación jurídica del mismo es menos favorable que la del trabajo a tiempo completo, no tendremos más remedio que decir que aquí hay un problema de desigualdad

desfavorable de trato, de discriminación indirecta aunque no haya habido ninguna intención ni en el legislador ni en el empleador de lograr ese resultado desfavorable.

Con ello se pone en duda la aparente “neutralidad” de uno y otro, pero al hablarse de neutralidad nos encontramos con un nuevo elemento que incide en el tema de la discriminación, en cuanto la igualdad no puede ser entendida siempre como uniformidad o desconocimiento de las diferencias. Marzia Barbera se ha referido al perfil diferenciador de la igualdad que requiere eliminar eventuales influencias negativas de la categoría natural o social de pertenencia, removiendo obstáculos de partida y garantizando iguales oportunidades. También nuestro Tribunal Constitucional se ha abierto a esta idea cuando ha defendido la constitucionalidad de las medidas de acción positiva como forma de compensar o resarcir situaciones de partida desfavorables para conseguir una igualdad de resultados, en una justicia diferenciada en función de los grupos de pertenencia.

La característica personal reaparece en nuevos supuestos de discriminación, como son la discriminación por edad en materia de empleo de la que se ha ocupado frecuentemente el TJUE, o la discapacidad. Una particularidad de estos casos es la importancia de los posibles motivos de justificación al permitir la Directiva de la Unión Europea diferenciaciones razonables por razón de edad o por razón de discapacidad, a la vez que en este último caso se impone un deber al empleador de ajuste o acomodamiento razonable, una noción que supera la noción de proporcionalidad y que se ha debido aplicar también a otros motivos discriminatorios, y también aquí aparecen medidas de acción positiva, como imponer el empleo de un porcentaje de discapacitados.

La tutela antidiscriminatoria se está preocupando también por lo que cabría llamar la tutela de las diferencias. Frente a la clásica demanda igualitaria, se postula tener en cuenta para ciertos temas la diferencia biológica de sexo, ante un marco de regulaciones, que la ignoran por estar pensadas sobre un modelo androcéntrico. Los procesos corporales femeninos han sido elementos claves para fundar las desigualdades de las mujeres y, sin embargo, los permisos por menstruación, que están reconociendo algunos ordenamientos o algunas prácticas de empresa encuentran dificultades por la orientación “androcéntrica” de las normas y de las prácticas empresariales. Medidas adecuadas al respecto pueden ser significativas para el incremento de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo.

Otro fenómeno social que está incidiendo profundamente en la tutela antidiscriminatoria es resultado de la migración extraeuropea, que no solo ha supuesto importación de personas sino importación de diversas culturas y creencias que esas personas quieren mantener vivas en el país de llegada. Las sociedades se han hecho más abiertas, plurales y tolerantes, pero el fenómeno religioso está creando problemas y conflictos en los lugares de trabajo. El Derecho del Trabajo originariamente ha partido desde la perspectiva negativa, la de la neutralidad de la empresa, de una no injerencia de ejercicio externo de esas libertades fuera del centro de trabajo, pero esa

neutralidad implica una restricción del ejercicio de esas libertades en los centros de trabajo. Hoy se plantea si la tutela antidiscriminatoria además de la lucha contra las desigualdades rechazables debe también proteger determinadas libertades, no solo la libertad sindical sino también, entre otras, la libertad religiosa.

La realidad del multiculturalismo y sobre todo la existencia de ciertas confesiones religiosas o convicciones personales (por ejemplo en materia alimenticia), cuya práctica puede afectar al momento del trabajo, está planteando nuevos desafíos sobre la incidencia de esos derechos en el centro de trabajo, lo que en el fondo plantea si para la protección de las convicciones religiosas en el puesto de trabajo existe un derecho a la diferencia. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea están exigiendo un grado de proporcionalidad o de acomodamiento razonable en los supuestos de limitaciones de vestimenta por motivos religiosos, de descanso semanal sabático, etc. en los que el concepto de discriminación ha sido utilizado para respetar la diversidad, un tema polémico y lleno de aristas, que afecta más que a la discriminación a la tutela de las libertades.

A todo ello se une el fenómeno de la llamada discriminación múltiple se trata de los casos, no infrecuentes, en los que una persona es víctima por diversos factores, etnia, sexo, religión, discapacidad, etc., situación en la que esos factores se entrecruzan, lo que no siempre facilita su delimitación y tratamiento.

La tutela antidiscriminatoria se está haciendo así más compleja, no se trata solo de derruir muros diferenciadores, de prohibir la toma en cuenta de ciertas circunstancias personales o sociales sino también de respetar y reconocer la existencia de diferencias y un buen ejemplo ha sido el tema de la discapacidad, cuyo tratamiento sobrepasa con mucho la discriminación clásica, porque además de aplicarla se completa con medidas específicas de protección que se han extendido también a la llamada discriminación por asociación en cuanto a personas afectadas por la conexión con una persona discapacitada (STJUE 306/06, Coleman).

Los elementos de igualdad, libertad y dignidad y la perspectiva de víctima han permitido conectar el derecho antidiscriminatorio con fenómenos paralelos como el de la protección frente al acoso (especialmente de origen sexual) o la indemnidad o no retorsión frente al denunciante, o proteger situaciones de desventaja o de conexión. Pero a mi juicio, existe el riesgo de que esa apertura a nuevos cambios tenga implicaciones negativas sobre el derecho antidiscriminatorio, perdiendo su originaria y permanente razón de ser, que va más allá de una perspectiva de mejora distributiva de bienes y derechos, en una sociedad que ha de reconocerse tiene una base pluralista. Hago más las palabras de María Fernanda Fernández sobre la necesidad de tomarse en serio la tutela antidiscriminatoria y de no contaminarla con cuestiones extrañas que pueden requerir reconocimiento de derechos o adaptaciones de reglas, pero no son susceptibles, salvo que efectivamente se sufra un victimismo, de medidas de tutela antidiscriminatoria en sentido propio.

La línea de conexión sobre la que se basa la tutela discriminatoria tiene un necesario fundamento axiológico, parte de unos valores que los juristas del trabajo debemos asumir y defender frente a una lógica puramente economicista y de mercado. En estos dos días vais a intercambiar ideas y a discutir cuestiones de las que derivarán mejoras y progresos en la tutela antidiscriminatoria o en otras tutelas que desbordan el campo propio de ésta. Estoy seguro del éxito de vuestro trabajo colectivo tanto por los temas elegidos como por las personas que van a desarrollarlos, de lo que ya me congratulo de antemano.

LE NUOVE DIMENSIONI DELLA DISEGUAGLIANZA E LE RISPOSTE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

LAS NUEVAS DIMENSIONES DE LA DESIGUALDAD Y LAS RESPUESTAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Marzia Barbera

Dipartimento di Giurisprudenza - Università di Brescia
marzia.barbera@unibs.it

ABSTRACT: L'articolo descrive il che modo in diritto antidiscriminatorio risponde alle nuove diseguaglianze attraverso l'adattamento delle sue categorie tradizionali e l'uso di nuove categorie, prevalentemente a opera della giurisprudenza.

KEYWORDS: Nuove diseguaglianze; discriminazioni tipiche e atipiche; discriminazioni intersezionali; new inequalities; typical and atypical discriminations; intersectional discriminations.

RESUMEN: El artículo describe cómo el derecho antidiscriminatorio responde a las nuevas desigualdades mediante la adaptación de sus categorías tradicionales y el uso de nuevas categorías, principalmente por parte de la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVES: Nuevas desigualdades; discriminación típica y atípica; discriminación interseccional; nuevas desigualdades; discriminaciones típicas y atípicas; discriminaciones interseccionales.

SOMMARIO: 1. LA SELETTIVITÀ DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA E I TENTATIVI DI SUPERARLA. 2. L'ADATTAMENTO DELLA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE. 3. LE DIVERSE RAGIONI DELLE SCELTE DELLA GIURISPRUDENZA. 4. LE DISCRIMINAZIONI INTERSEZIONALI.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 29-41
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.02>

SUMARIO: 1. LA SELECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA Y LOS INTENTOS DE SUPERARLA. 2. LA ADECUACIÓN DE LA NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 3. LAS DIFERENTES RAZONES DE LAS OPCIONES DE JURISPRUDENCIA. 4. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL.

1. LA SELETTIVITÀ DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA E I TENTATIVI DI SUPERARLA

La tutela antidiscriminatoria è stata storicamente una tutela selettiva: protegge da alcune disparità di trattamento, non da tutte; protegge alcuni gruppi, non tutti. In parte, questo è il retaggio dell'origine della tutela antidiscriminatoria, che nasce come risposta del diritto a fenomeni specifici di disuguaglianza e subordinazione sociale o come conseguenza di specifici fenomeni storici. Per altra parte, la selettività è un elemento costitutivo dell'idea liberale di eguaglianza sottostante alla legislazione antidiscriminatoria. Quest'idea non presuppone l'eguaglianza di tutti in tutti gli aspetti: non tutte le differenze vanno abolite ma solo quelle negatrici dell'eguale valore morale delle persone. Differenze legate al reddito e alle condizioni sociali, di per sé, non sono considerate discriminazioni; mentre lo sono quelle legate a caratteristiche costitutive dell'identità della persona, scelte o ascritte che siano.

Tuttavia, se questa concezione di eguaglianza può apparire una concezione astratta, non lo è affatto il processo di identificazione dei fattori di discriminazione. Che cosa ha portato a considerare una differenza illegittima, prima o al posto di un'altra, non è stato una sua qualità naturale o permanente ma il significato che questa differenza ha assunto in un determinato contesto storico, all'interno di una data comunità.

Così, nel diritto internazionale, i divieti di discriminazione hanno tutelato, in origine, i gruppi di minoranza lasciati senza tutela dagli stati nazionali nella divisione fra le grandi potenze dello spazio geografico; l'*Equality clause* sancita dal 14 emendamento della Costituzione nordamericana è nata come specifica risposta alla sistematica esclusione dai diritti civili degli afro-americani solo formalmente inclusi, dopo l'abolizione della schiavitù, nel cerchio della cittadinanza; nel diritto dell'Unione europea, il sesso e la nazionalità sono stati inizialmente presi in considerazione in quanto caratteristiche soggettive suscettibili di incidere sul processo di integrazione economica; le direttive UE sui lavori atipici degli anni novanta aprono verso discriminazioni nascenti da particolari status contrattuali; il Trattato di Amsterdam, al nuovo articolo 13 del Trattato CE (ora art. 19 TFUE), menziona per la prima volta razza e origine etnica, religione, opinioni personali, orientamento sessuale, età, disabilità, come nuovi fattori vietati per adeguare l'ordinamento sovranazionale a un sentire comune di condanna di forme di discriminazione ormai avvertite come odiose; la Carta dei diritti fondamentali UE aggiunge alla lista nuovi fattori, quali le caratteristiche genetiche, il patrimonio, la nascita per combattere le disuguaglianze di

destino e le nuove, possibili disegualianze nascenti dalla manipolazione della natura umana a opera della tecnica; la stessa *ratio* di tutela dalla faccia oscura dell'innovazione tecnologica spinge oggi a combattere le discriminazioni algoritmiche.

In altre parole, la discriminazione ha sempre avuto un significato specifico *in base al contesto cui il diritto si riferisce*. Il diritto fa sempre una diagnosi sociale quando etichetta una classificazione come discriminazione. L'elenco dei fattori vietati rinvia immediatamente all'esistenza di fenomeni storici di stigmatizzazione e di negazione del valore intrinseco della persona umana; a strutture politiche e sociali diseguali; a una disparità di potere, di capacità di mobilitazione, di rappresentazione degli interessi di gruppo; a situazioni radicate di svantaggio e vulnerabilità sociale. Si tratta di situazioni di disegualianza strutturale, di natura collettiva, diverse da fenomeni sporadici e transitori di svantaggio, che possono colpire chiunque ed essere il prodotto di circostanze fortuite o di decisioni isolate.

Sè selettiva, la tutela antidiscriminatoria è anche una tutela di carattere dinamico. Poiché le categorie della discriminazione sono socialmente e storicamente determinate esse sono, per lo stesso motivo, categorie mobili.

È questo contenuto variabile nel tempo della tutela antidiscriminatoria che rende arduo rispondere alla domanda sul carattere tassativo o meno dei divieti di discriminazione. Ragioni testuali (che guardano alla lettera della norma e alla volontà espressa dal legislatore) e funzionali (che guardano all'effettività della tutela, che appare tanto maggiore quanto più essa è selettiva) faranno propendere per la prima opzione interpretativa, per la tassatività. La tutela antidiscriminatoria appare, in questo caso, come sottosistema normativo avente caratteri distintivi propri che occorre non forzare, pena la perdita della sua *ratio*, della sua tenuta sistematica e della sua stessa legittimità. Se, invece, si adotta un approccio teleologico, se cioè si guarda alla *ratio* della tutela antidiscriminatoria, allora si leggeranno i fattori tipizzati come categorie solo esemplificative, suscettibili di essere integrate in via giurisprudenziale da altri fattori che rispondano alla medesima *ratio* che ha mosso il legislatore a vietare quelli enumerati.

Si prospetta in questo caso la possibilità di un ampliamento del sistema di tutela antidiscriminatoria, vale a dire a un'estensione in via interpretativa della tutela ad altre ipotesi di discriminazione non contemplate dal legislatore, a patto che tale apertura sia guidata dal controllo argomentativo, sulla base di un uso accorto dell'interpretazione estensiva o analogica. Ci si troverà, nel far questo, a camminare su uno stretto crinale, in cui, da una parte, vi sono bisogni di tutela da atti ingiusti arbitrari non pienamente soddisfatti dalla normativa vigente e che il diritto antidiscriminatorio potrebbe viceversa accogliere; dall'altra parte, vi sono, invece, esigenze di coerenza sistematica che portano a preservare i confini della fattispecie tipica denominata discriminazione, affidandone l'ampliamento a un processo interpretativo controllato sotto il profilo funzionale.

Per chi studia il tema della discriminazione è difficile non vedere come il sistema antidiscriminatorio conosca da tempo questa apertura a forme non espressamente tipizzate di discriminazione. Si tratta di una tendenza dotata di più solide argomentazioni nelle giurisdizioni che adottano un modello a lista aperta, come, nel contesto italiano, fa l'art. 3 Cost. e, nel contesto sovranazionale, fanno l'art. 14 della Cedu e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE. In questi casi, espressioni quali «condizioni personali» o «ogni altra condizione» o incisi quali «in particolare» che precedono la lista dei fattori espressi, consentono di ampliare la tutela a gruppi non esplicitamente menzionati e di adeguare il dato normativo alla mutevole realtà sociale. Così, a partire dal riferimento a «ogni altra condizione» contenuta nell'art. 14 della Convenzione, la Cedu ha esteso la tutela offerta dalla clausola antidiscriminatoria a gruppi non nominati, come gli omosessuali (Corte Edu 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*) e i disabili (Corte Edu 30 aprile 2009, *Glor. C. Svizzera*).

Nell'ordinamento dell'UE questa tendenza trova maggiori ostacoli, perché l'art. 21 della Carta non è considerato norma attributiva di competenze e tale da ampliare le competenze dell'Unione a combattere le discriminazioni derivanti dall'art. 19 TFUE.

Tuttavia, i percorsi giurisprudenziali seguono spesso vie più tortuose di quelle delineate dagli estensori della Carta e dai suoi interpreti. Si prenda il caso della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di discriminazione basata sulla disabilità. Dopo aver escluso, nella sentenza *Chacon Navas* (CGUE, 11 luglio 2006, C-13/05), la possibilità di ampliare tale nozione in modo da farvi rientrare la malattia, nella sentenza *H.K.* e averla poi ulteriormente ristretta nel caso *Z* (CGUE, 18 marzo 2014, causa C-363/12), richiedendo che la disabilità lamentata abbia riflessi diretti sulla vita professionale, la Corte ha aperto verso un'interpretazione estensiva facendo ricorso alla Convenzione Onu sulla disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009. Aderendo al modello sociale più ampio fatto proprio dalla Convenzione e ritenendo che le sue disposizioni «*formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell'ordinamento giuridico dell'Unione*» e che «*la direttiva 2000/78 deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a tale Convenzione*». la Corte è arrivata ad affermare che anche la malattia possa rientrare nella nozione di disabilità ove comporti anch'essa una limitazione di lunga durata. (CGUE, 11 aprile 2013, *HK Danmark*, causa C-335-11).

Allo stesso modo, leggendo la nozione di soluzione ragionevole di cui all'articolo 5 della direttiva 2000/78/Ce alla luce dell'ampia nozione di accomodamento ragionevole di cui all'articolo 2, quarto comma, della Convenzione Onu, la Corte ha affermato che l'elenco delle soluzioni ragionevoli non è tassativo e, pertanto, la riduzione dell'orario di lavoro può rientrare fra tali misure, sempre che questa non rappresenti un onere sproporzionato per il datore di lavoro, per procedere poi a

fornire al giudice nazionale una serie di indicazioni utili al fine di compiere tale valutazione.

Tali diversità di esiti conferma, una volta di più, come, nonostante gli sforzi di specificazione dei redattori dei Trattati e della Carta, la determinazione delle competenze è spesso vaga e sempre contestabile e rimane quindi indeterminata e aperta.

La stessa variabilità emerge in tutte le circostanze in cui la Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare la questione in riferimento sia al quadro normativo originario, che a quello successivo all'ampliamento della lista dei fattori vietati seguito alla modifica del Trattato CE e all'inserimento dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE), fornendo risposte di segno contrastante. Nel caso *P.* (CGUE, 30 aprile 1996, causa C-13/94), i giudici hanno letto in senso evolutivo il fattore sesso fino a ricomprendervi ogni questione relativa all'identità di genere, a cominciare dal cambiamento di sesso, ritenendo che tollerare una discriminazione fondata sulle scelte di genere significa andar contro il rispetto della dignità e della libertà della persona. A un paio d'anni di distanza, nel caso *Grant* (CGUE, 17 febbraio 1998, causa C-249-96), gli stessi giudici hanno ritenuto di non potersi sostituire al legislatore, ormai abilitato a prendere iniziative a questo riguardo dal nuovo articolo del Trattato, e di non poter operare altre estensioni in via interpretativa del concetto nel senso di includervi anche l'orientamento sessuale. La Corte ha assunto un orientamento restrittivo anche in riferimento ai fattori razza e origine etnica e disabilità, introdotti dalle direttive degli anni duemila. Nel caso *Kamberaj* (CGUE, 24 aprile 2012, causa C-571/10), la Corte ha ritenuto non applicabile il divieto di discriminazioni razziali ed etniche alle discriminazioni basate sulla nazionalità, di cittadini di paesi terzi, fattore esplicitamente estraneo all'ambito di applicazione della Direttiva 43/2000, escludendo anche la possibilità considerarle quali discriminazioni indirettamente fondate su razza e origine etnica, motivi vietati dalla Direttiva, che sarebbe, come dirò meglio più avanti, una delle strade attraverso cui dare rilievo a fattori non citati dall'ordinamento (si pensi alle discriminazioni delle lavoratrici part-time, ora vietate espressamente dalla direttiva n. 97/8 e prima ricondotte alle discriminazioni indirette di sesso (v. CGUE, 13 maggio 1986, *Bilka*, causa 170/84) e alle discriminazioni algoritmiche, considerate dalla giurisprudenza italiana un'ipotesi di discriminazione indiretta (basata, nel caso specifico, sulle convinzioni personali).

Un ampliamento dell'operatività dei divieti di discriminazione si è avuta, viceversa, a seguito dell'elaborazione da parte della CGUE del concetto di discriminazione per associazione. Questa volta il lavoro interpretativo della Corte ha inciso non sui fattori protetti ma sulla nozione di discriminazione, ma l'esito è stato comunque quello di un'estensione dell'ambito dei soggetti protetti. Nella sentenza *Coleman* (CGUE, 31 luglio 2008, causa C-303/06), la Corte ha affermato che dalla Direttiva 2000/78 non risulta in alcun modo che il principio della parità di trattamento che

essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili. La Direttiva, al contrario, ha come obiettivo di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità, comprese quelle che colpiscono le persone in qualche modo associate ai disabili, perché, come nel caso in questione, se ne prendono cura. Sono tutte le discriminazioni connesse alla disabilità, sulla base dunque di un nesso di causalità oggettivo, a recare danno alla coesione sociale e non solo quelle che colpiscono in modo diretto i disabili.

La Corte è tornata sulla nozione di discriminazione per associazione nel caso *Chez* (CGUE, 16 luglio 2015, C-83/14), in tema di discriminazioni a danno dell'etnia rom, interpretando in senso oggettivo e non soggettivo il nesso di causalità che lega il trattamento o l'effetto svantaggioso al fattore protetto. La condizione obiettiva dell'essere di origine rom può danneggiare non solo gli appartenenti a tale etnia ma anche coloro i quali si trovano a condividere con i rom le proprie condizioni di vita, circostanza che determina la condivisione di un trattamento meno favorevole o di un particolare svantaggio.

2. L'ADATTAMENTO DELLA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE

Come ho accennato prima, in altri casi è stata la nozione stessa di discriminazione a consentire un ampliamento del perimetro della tutela antidiscriminatoria a discriminazioni non tipizzate. Ho già menzionato due esempi in cui questo è accaduto: quello, ben noto, delle lavoratrici part-time e l'altro, forse meno noto, delle discriminazioni algoritmiche.

Nella prima decisione giudiziale italiana in tema di discriminazioni algoritmiche, il Tribunale di Bologna con ordinanza del 31 dicembre 2020, ha ritenuto discriminatoria la condotta della società *Deliveroo*, accusata di discriminare i lavoratori attraverso un algoritmo che stabiliva l'accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale sulla base di un algoritmo (l'algoritmo Frank) che utilizzava statiche relative alla "partecipazione e affidabilità" dei lavoratori penalizzando quanti si astenevano dal lavoro per partecipare a uno sciopero.

Quello che ancora non è chiaro è quali siano gli strumenti più adatti a governare il *management* tramite algoritmi. Non ne sappiamo ancora abbastanza, tanto per cominciare, non solo perché i giuristi non sfuggono a quel *deficit* di cultura scientifica che costituisce uno delle debolezze della formazione tradizionale, ma anche perché questi sistemi sono spesso così complessi da risultare comprensibili solo a chi li ha costruiti. Se davvero il *management* attraverso algoritmi assicurasse obiettività e neutralità ai processi decisionali che si svolgono dentro le organizzazioni lavorative, lo si potrebbe considerare un'alternativa preferibile alla discrezionalità che connota larga parte di tali processi. Viceversa, gli algoritmi rimettono in questione proprio

i concetti di obiettività e neutralità. Il problema, infatti, è che anche gli algoritmi sono “artefatti” e, come tutti gli artefatti realizzati dagli umani risentono del sistema di significati, concetti, idee, giudizi, precomprensioni che noi apprendiamo dalla nascita, a cominciare dall’apprendimento stesso del linguaggio.

Gli studi di semantica dimostrano che possiamo intenderci l’un l’altro non solo attraverso la logica o le argomentazioni ma già solo attraverso il modo in cui parliamo, le parole che usiamo, perché alle parole sono annesse già dei significati. Ne deriva che spesso nel mercato del lavoro digitale si riproducono esattamente gli atteggiamenti discriminatori che si riscontrano nei lavori “tradizionali”, poiché le menti che programmano gli algoritmi non sono diverse da quelle che, normalmente, scelgono chi assumere, promuovere, remunerare di più, licenziare e così via.

Rendersene conto non è semplice, perché, come si è detto, il linguaggio stesso degli algoritmi non ci è chiaro: il primo degli ostacoli nei quali i ricorrenti e i difensori del caso di cui si discute qui si sono imbattuti è stato proprio la mancanza di trasparenza dell’algoritmo. Ma allora se, fino alla fine della causa, l’algoritmo che decide delle occasioni di lavoro in *Deliveroo* è rimasto un oggetto fondamentale sconosciuto, come ha fatto la magistrata che ha deciso la causa a concludere nel senso dell’illegittimità del suo uso?

La risposta per i cultori del diritto antidiscriminatorio è nota da tempo. Il diritto antidiscriminatorio agisce *sulle conseguenze degli atti*, quando l’esistenza di un nesso causale fra quegli atti e lo svantaggio prodotto sugli appartenenti a una *suspect class* fa presumere l’esistenza di una discriminazione. Nella formazione di questa presunzione, come la Corte di Giustizia ha chiarito da *Danfoss* (CGUE, 17 ottobre 1989, causa 109/88), in poi, la mancanza di trasparenza dei meccanismi decisionali assume essa stessa rilevanza probatoria (anche se non decisiva), giacché, come affermato in *Meister* (CGUE, sentenza *Meister*, 19 aprile 2012, causa -415/10), nell’assolvimento dell’onere della prova gravante su chi allega una discriminazione, deve essere garantito che il diniego di fornire informazioni da parte del convenuto non rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal diritto antidiscriminatorio.

Nel caso *Deliveroo*, quel che il giudice ha accertato è che i lavoratori che scioperavano in virtù delle loro convinzioni sindacali perdevano occasioni di lavoro, subivano, cioè, uno svantaggio fondato su uno dei fattori ricompresi fra quelli protetti dalla legge.

Quel che ne è seguito è la dichiarazione di illegittimità della condotta del datore di lavoro in quanto condotta indirettamente discriminatoria: «il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa...implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta».

La decisione sembra dar ragione a quella posizione dottrinale secondo la quale, proprio perché gli algoritmi sono una scatola nera difficile da decifrare, può risultare altrettanto difficile dimostrare una discriminazione diretta, vale a dire un trattamento meno favorevole da parte dell'algoritmo di un singolo o di un gruppo, basato sui fattori vietati. Questo problema si ritiene possa essere superato ricorrendo alla nozione di discriminazione indiretta, che consente di colpire criteri o pratiche apparentemente neutri idonei a mettere i membri di una categoria protetta in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone (il che lascia però spazio alla giustificazione, cosa che non accade nel caso delle discriminazioni dirette).

In effetti gli algoritmi, se pur resi "ciechi" ai fattori protetti, sono in grado di identificare dei "proxy" di tali fattori, vale a dire caratteristiche che valgono come indicatori, come misura di un fattore vietato. Il problema che si pone è se tale identificazione sia frutto o meno di una decisione consapevole da parte di chi usa l'algoritmo. In questo caso, i confini fra discriminazione diretta e indiretta diventano labili.

3. LE DIVERSE RAGIONI DELLE SCELTE DELLA GIURISPRUDENZA

Come si accennava prima, spesso è il testo di legge a guidare l'interprete verso soluzioni testuali o teleologiche. Tuttavia le scelte ermeneutiche dipendono da un complesso gioco di fattori che va oltre la specifica vicenda oggetto del giudizio. Se, in via generale, può affermarsi che la distinzione fra modelli a lista chiusa e modelli a lista aperta va attenuandosi, il dibattito sui pregi e i difetti di ciascuno di essi si mantiene vivo, rinviando a questioni di carattere generale, che attengono ai rischi e ai pregi dell'attivismo giudiziario e rispecchiano mutevoli equilibri fra potere politico e potere giudiziario e, negli ordinamenti multilivello, fra attori nazionali e sovranazionali.

Una pronuncia in tema di discriminazione emblematica dell'ampia portata delle questioni che vengono affrontate e delle conseguenze delle decisioni giudiziali è la sentenza *Bostock* della Corte Suprema nordamericana (*Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. (2020)), in cui la Corte era stata chiamata a decidere se fosse possibile invocare il *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964 – che proibisce qualsiasi discriminazione basata su sesso – anche nel caso di un licenziamento dovuto all'orientamento sessuale o al cambiamento di sesso del lavoratore. La decisione con cui la maggioranza della Corte ha risposto affermativamente, rovesciando l'orientamento espresso dalle corti di merito, è stata scritta dal giudice Gorsuch, noto per le sue posizioni conservatrici e per l'essere uno degli esponenti di spicco del "testualismo" in senso forte (o originalismo), fautore di una interpretazione strettamente letterale della legge e della Costituzione. «Quando i termini espliciti di uno statuto ci danno una risposta e considerazioni extratestuali ne suggeriscono un'altra, non c'è dubbio. Solo la parola scritta è legge e tutti hanno diritto di

beneficiarne», scrive il giudice Gorsuch. Una sentenza che segna un deciso passo in avanti nella protezione delle minoranze omosessuali e transgender diventa così, paradossalmente, l'occasione per far guadagnare posizioni al costituzionalismo conservatore, che potrà avvalersene anche in altre arene decisionali e per altri scopi. Conta poco che, nel caso in questione, a prevalere sia stata davvero “la parola scritta”, suscettibile, lo si è visto, di molteplici interpretazioni. Conta di più, anche in vista di future decisioni, far affermare il testualismo come dottrina prevalente nel massimo organo giudiziario del sistema giuridico.

4. LE DISCRIMINAZIONI INTERSEZIONALI

Fino ad adesso mi sono soffermata sulle risorse che il diritto antidiscriminatorio offre per estendere la portata della tutela a situazioni nuove. Non voglio, tuttavia, eludere le principali obiezioni mosse alla costruzione giuridica del significato di discriminazione, vale a dire la sua scarsa capacità di identificare e combattere le fonti strutturali delle disuguaglianze sottostanti la discriminazione perpetrata ai danni di alcuni gruppi sociali. A queste obiezioni si potrebbe rispondere osservando che anche il concetto tradizionale di discriminazione diretta, che si riferisce al trattamento diverso di un singolo individuo per uno dei singoli motivi vietati, rinvia in realtà ad una *spiegazione* strutturale della disparità. Le nozioni di pregiudizio e stereotipo, che sono il nucleo del divieto di discriminazione diretta, si riferiscono ad una dimensione di gruppo, ad una dimensione strutturale. Il problema, semmai, è che, per azionarsi, il divieto di discriminazioni dirette richiede che, tutte le altre condizioni essendo eguali, l'elemento differenziatore sia unicamente quello vietato, circostanza che si verifica di rado nel caso delle discriminazioni tipiche, che influenzano la condizione complessiva di vita e di relazioni con gli altri dei gruppi oggetto di discriminazioni.

Lo stesso non si può dire, però, quando si considera la nozione di discriminazione indiretta. La discriminazione indiretta comporta necessariamente una diagnosi di disuguaglianze sistemiche, strutturali, perché il comportamento illecito si riferisce alla combinazione dei motivi vietati di differenziazione con altri fattori strutturalmente connessi ad essi. È questa combinazione che produce il diverso impatto (oggi “*un particolare svantaggio*”) proibito. Questo significa estendere la catena causale che collega la condotta ritenuta illecita ai fatti sociali che ne sono origine ed è per questa ragione che viene dato più spazio alle giustificazioni dell'autore della condotta. Tuttavia, diversamente dal caso delle discriminazioni dirette e delle molestie, in quello delle discriminazioni indirette, una difesa è, in linea di principio, ammissibile.

Potrebbe la nozione di discriminazione multipla (o intersezionale), come è stato suggerito, consentire di prendere in considerazione vari fattori discriminazione, connessi l'uno all'altro e tali da amplificare, se incrociati, lo svantaggio sofferto e arrivare,

per questa strada, alle radici strutturali della disegualianza? L'ipotesi è testualmente prevista solo nel Considerando 14 della Direttiva 43/2000 e nel Considerando 3 della Direttiva 78/2000 in relazione alle discriminazioni multiple che colpiscono le donne; ma è stata poco o per nulla presa in considerazione dalla Corte di Giustizia e dalle corti nazionali. La dottrina, viceversa, attribuisce alla nozione la capacità di riflettere e combattere il carattere complesso della disegualianza. Le discriminazioni intersezionali esprimono, infatti, una realtà sociale ove i gruppi socialmente svantaggiati sperimentano varie forme di discriminazione che interagiscono fra loro, fino a non essere più distinguibili e separabili, e le identità soggettive sono attraversate da varie appartenenze. Bandire il velo dai luoghi di lavoro, ad esempio (v. CGUE, 14 marzo 2017, *Achbita*, causa C-157/15), può implicare una discriminazione fondata sulla religione ma anche riflettere pregiudizi di genere e razziali. Il diritto fatica a riflettere questa realtà, come mostra la difficile applicazione giurisprudenziale di tale nozione di discriminazione, dovuta anche a un apparato normativo che, a cominciare dalle regole sull'onere della prova, tende a favorire una rappresentazione unidimensionale della discriminazione. La Corte di Giustizia, nel caso *Parris* (CGUE, 24 novembre 2016, causa C-443/15), non ha accolto il suggerimento dell'Avvocato generale Kokott di adottare, nell'esame del caso, la prospettiva delle discriminazioni intersezionali, il che ha concorso a determinare il rigetto della domanda. Ma lo stesso Avvocato generale non aveva fornito indicazioni su come condurre, dal punto di vista operativo, un'analisi di tipo intersezionale, a partire da come compiere un giudizio di proporzionalità che includa due o più fattori.

La Proposta di direttiva che dovrebbe estendere l'ambito di applicazione dei divieti sanciti dalla Direttiva 2000/78 oltre il lavoro (Proposta di direttiva Com/2008/426 fin) il cui iter normativo è al momento interrotto, non prevede disposizioni in merito alle discriminazioni intersezionali. Lo fanno, invece, gli emendamenti alla Proposta presentati dal Parlamento europeo (Parlamento europeo, Risoluzione 2 aprile 2009 sulla Proposta COM (2008) 426 fin), che stabiliscono un divieto sistematico di discriminazioni intersezionali che attraversa tutti i fattori vietati, il che denota che, a livello di dibattito politico sovranazionale, il problema è ormai emerso. Non può dirsi lo stesso del contesto nazionale. In Italia neppure uno dei più recenti interventi normativi in tema di discriminazione (l. n. 162/21) fa menzione delle discriminazioni intersezionali.

Sono stati sollevati numerosi dubbi sui reali guadagni che porterebbe l'adozione della nozione di discriminazione intersezionale. La critica mossa da questo approccio al diritto antidiscriminatorio tradizionale è radicale: il diritto antidiscriminatorio - si dice - si mostra refrattario a riconoscere la connessione fra tra varie categorie sociali che determinano la discriminazione. E tuttavia, a mio avviso, i divieti di discriminazione hanno un forte valore diagnostico proprio perché sono in grado di mostrare in modo preciso, non vago, le "direzioni di causalità", ovvero come una variabile dipendente Y

sia spiegabile dalla variabile esplicativa X, e portare perciò ad una stima più robusta delle relazioni di causa-effetto. Il che è qualcosa che le spiegazioni olistiche spesso non sono in grado di fornire perché ci consegnano immagini suggestive, in cui tutto è legato a tutto, tutto si spiega con tutto, in una sorta di equilibrio vizioso. E se tutto è spiegato da tutto, è anche difficile individuare un punto di rottura di questo l'equilibrio.

Ad esempio, nei casi in cui associazioni e individui hanno sfidato in tribunale gli autori di diversi casi di discriminazione istituzionale contro i migranti, lo svantaggio subito da questi ultimi nasceva certamente da diversi fattori strutturali (inclusa la povertà o la scarsità di mezzi), ma ciò che risultava decisivo come fattore di svantaggio era proprio il fatto di non essere cittadini, di avere una razza o origine etnica diversa, di appartenere perciò a una minoranza non rappresentata nel processo politico, i cui interessi potevano più facilmente essere annullati dal prevalere di interessi più forti.

Una seconda osservazione è che l'esigenza di trovare un soggetto a cui comparare la propria situazione può rivelarsi particolarmente difficile quando quello di cui si ha bisogno è un soggetto che presenta la combinazione opposta di fattori.

Infine, un'altra ragione per cui la categoria dell'intersezionalità può risultare problematica è che solleva immediatamente il problema della misura in cui categorie e tipologie di soggetti possono moltiplicarsi e riconfigurarsi e come la legge può gestire questa proliferazione.

Tuttavia, nonostante questi dubbi sulla bontà euristica della nozione, vi è almeno una ragione per cui la discriminazione multipla intersezionale può risultare una categoria utile al diritto antidiscriminatorio: quella di cogliere un fatto che le categorie tradizionali tendono a ignorare e cioè, come osserva Sandra Fredman (*Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Bruxelles, European Commission, 2016, p. 31), che le persone hanno identità multiple e che le diverse identità non sono omogenee, cosa che le teorie "essenzialiste" tendono a dimenticare. È stata soprattutto la critica delle femministe di colore alle femministe della classe media bianca a porre in luce come l'"essenzialismo" si traduca nel rendere universale quella che è invece una esperienza di vita, di classe, di status sociale particolare. Lo stesso accade con altre categorie, come la religione o l'etnia. Pensare alle categorie del diritto antidiscriminatorio come a delle *singole* identità presuppone che queste identità siano fisse, immutabili e determinate soprattutto dalla percezione soggettiva del sé, e oscura altre differenze di tipo oggettivo, come ad esempio le differenze di classe o di reddito.

La nozione di discriminazione intersezionale ricorre un paio di volte nel diritto dell'Unione Europea. L'ipotesi è testualmente prevista nel Considerando 14 della Direttiva 43/2000 e nel Considerando 3 della Direttiva 78/2000 in relazione alle discriminazioni multiple che colpiscono le donne; ma è stata poco o per nulla presa in considerazione dalla Corte di Giustizia e dalle corti nazionali.

Nel sistema italiano la si ritrova qualche volta nella normativa di recepimento delle direttive (come gli artt. 1 del decreto 215/2003 e del decreto 216/2003) e in alcune decisioni che, pur non menzionando le discriminazioni intersezionali o utilizzando espressamente un'analisi di tipo intersezionale, fanno riferimento a più fattori cumulati di discriminazione. È il caso di alcune sentenze della Corte costituzionale italiana che hanno ritenuto discriminatoria l'esclusione dei cittadini di pesi terzi da alcuni benefici sociali sulla base sia della loro nazionalità che della loro condizione di disabili (sentenza n. 306/2008; n. 432/2005; n. 54/1998) e di una recente sentenza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2021 che ha ritenuto la condotta del datore di lavoro che aveva imposto nuovi orari di lavoro incompatibili con la cura di con figli in tenera età discriminatoria sulla base sia del genere che della condizione di genitore e *care giver*.

In riferimento alla Spagna si può menzionare una decisione dell'Alta Corte della Galizia (sentenza 3041/2008) nella quale i giudici hanno confermato l'invalidità del licenziamento di un dipendente perché l'azienda aveva violato «il suo diritto alla parità di trattamento “senza discriminazioni” per motivi di genere, (...) opinione o qualsiasi circostanza personale o sociale» (articolo 14 del codice spagnolo Costituzione) e il suo diritto alla “libertà ideologica”».

È difficile prevedere quale possibilità vi sia che la nozione di discriminazione intersezionale venga accolta nel diritto positivo. Anche la Proposta di Direttiva che dovrebbe ampliare il campo di applicazione della Direttiva quadro non la menziona, nonostante la raccomandazione avanzata in tal senso dal Parlamento europeo. Se davvero l'apporto che tale nozione può dare alla teoria della discriminazione è quella di portare i giudici a considerare il contesto complessivo in cui ciascun fattore di discriminazione si situa, forse si potrebbe chiedere alle corti di adottare in qualsiasi circostanza almeno un'analisi di tipo intersezionale, sulla base quanto meno dei fattori espressamente tipizzati.

Mi sembra che vada in questo senso anche la proposta del gruppo di esperti europei sulla discriminazione. Nel suo rapporto sulle discriminazioni intersezionali, prima menzionato, Sandra Fredman suggerisce che ciascun fattore venga interpretato in senso estensivo, in modo da catturare le strutture di potere stratificato che si celano dietro le condotte discriminatorie.

Questo genere di approccio, in verità, è già impiegato ogni volta che il giudizio di discriminazione si allarga *all'insieme* delle condizioni che definiscono le caratteristiche del gruppo svantaggiato, come è accaduto nei casi primi menzionati. Nel caso deciso dal Tribunale di Bologna era forse possibile che non tutte le donne fossero discriminate dal nuovo regime di orario, ma certamente chi era donna e madre lo era; e nel caso deciso dalla Corte Costituzionale era possibile che non tutti gli stranieri fossero disabili svantaggiati dalle condizioni di accesso ai benefici previsti per i disabili, ma certamente chi era straniero e disabile lo era. In altre parole, più è

possibile includere nel giudizio di discriminazione le diverse identità delle persone, più cresce la possibilità di una tutela effettiva dalle discriminazioni

Torniamo così ruolo cruciale dell'interpretazione nel diritto antidiscriminatorio, al potente armamentario di strumenti ermeneutici che possono essere messi in campo anche a diritto invariato per affrontare le nuove dimensioni della diseguaglianza.

ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

SEXUAL ORIENTATION AND IDENTITY IN EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

Carmen Sáez Lara
Universidad de Córdoba
ORCID: 0000-0001-6311-1398
dt1salac@uco.es

RESUMEN: El mundo del trabajo y de la empresa sigue mostrándose como un espacio hostil para las personas LGTBI y, de forma muy especial, para las personas trans. La discriminación en el trabajo por causa de orientación e identidad sexual se manifiesta, al igual que en la sociedad, con diversa intensidad en relación con las personas de estos colectivos. Se trata de una forma de discriminación con rasgos propios, como son el ocultamiento preventivo, la auto segregación, y la LGTBI fobia, determinante de altas dosis de violencia en el trabajo. Desde el conocimiento de estos rasgos de la discriminación hacia las personas LGTBI, se analiza, en el presente trabajo, el marco normativo de la tutela antidiscriminatoria laboral y su aplicación judicial, identificándose sus principales insuficiencias.

Igualmente, no es positiva la valoración de la futura Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que es claramente insuficiente para abordar los rasgos definitorios de la discriminación por orientación e identidad sexual, en el acceso al empleo y la ocupación. Las medidas laborales se regulan, al igual que las vigentes normas autonómicas, como acciones propias de las políticas públicas, sin que se explicita la causa de esta “autolimitación competencial” del legislador estatal, en materia laboral. No se establecen obligaciones para las empresas, las personas trabajadoras, ni sus representantes sindicales. La Ley tampoco fija obligaciones a la negociación colectiva, para alcanzar la igualdad efectiva de las personas LGTBI. No se han cumplido las reivindicaciones,

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 43-65
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03>

en fin, de que la LGTBI fobia sea considerada como riesgo psicosocial y de que se establezcan protocolos y medidas de actuación necesarias para su prevención.

En definitiva, la valoración, desde la perspectiva jurídico-laboral de esta ley, nos debe llevar finalmente a reflexionar sobre la obligación del Estado de garantizar la igualdad, en el ámbito de las relaciones privadas, dada su responsabilidad en la protección de los derechos humanos, también en las empresas.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, empleo y ocupación, igualdad LGTBI

ABSTRACT: The world of work and business continues to be a hostile space for LGBTI people, especially transgender people. Discrimination in the workplace on the grounds of sexual orientation and identity manifests itself, as in society, with varying intensity in relation to people from these groups. It is a form of discrimination with its own characteristics, such as preventive concealment, self-segregation, and LGBTI phobia, which is a determinant of high doses of violence at work. Based on the knowledge of these features of discrimination against LGBTI people, this paper analyses the regulatory framework of anti-discrimination protection in the workplace and its judicial application, identifying its main shortcomings.

Likewise, the assessment of the future Law for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of LGBTI people's rights is not positive, as it is clearly insufficient to address the defining features of discrimination based on sexual orientation and identity in access to employment and occupation. Labour measures are regulated, as in the current regional regulations, as actions belonging to public policies, without the cause of this "self-limitation of competences" of the state legislator in labour matters being made explicit. No obligations are established for companies, nor for workers and their trade union representatives. Nor does the law establish obligations for collective bargaining to achieve effective equality for LGBTI people. Finally, the demands that LGBTI phobia be considered as a psychosocial risk have not been fulfilled, nor have the necessary protocols and action measures been established for its prevention.

In short, the assessment of this law from a legal-labour perspective should finally lead us to reflect on the State's obligation to guarantee equality in the field of private relations, given its responsibility for the protection of human rights, also in companies.

KEY WORDS: Discrimination, employment and occupation, LGBTI equality

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL 2. LOS RASGOS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL 3. MARCO NORMATIVO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL 3.1. La Directiva 2000/78 y la prohibición de discriminación por orientación sexual 3.2. Jurisprudencia europea sobre tutela antidiscriminatoria laboral de las personas LGTBI 3.3. Marco

normativo laboral en España 3.4. Resoluciones judiciales sobre tutela laboral de personas LGTBI 4. EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL

En la lucha del colectivo LGTBI por la consecución de la igualdad de derechos de las personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales, e intersexuales, la tutela antidiscriminatoria laboral constituye un hito relevante¹. La prohibición de discriminación en el trabajo se sitúa, efectivamente, junto con la despenalización de las conductas homosexuales y el reconocimiento de un estatuto familiar idéntico, entre parejas homosexuales y heterosexuales, entre los avances más significativos en el camino hacia la igualdad. Además, este último, la equiparación de estatutos familiares es necesaria para garantizar la prohibición de discriminación laboral. Sólo el reconocimiento de un estatuto familiar idéntico o equiparable, entre familias homoparentales y heterosexuales, (matrimonio o uniones civiles equiparables y adopción de menores) puede garantizar que la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral sea real, como presupuesto necesario para el acceso a determinados derechos laborales y de Seguridad Social, vinculados al derecho de familia².

En todo caso, debe destacarse que la tutela antidiscriminatoria del colectivo LGTBI, en el mundo del trabajo, se inserta en el marco de un tardío reconocimiento en la agenda política y normativa de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual a nivel internacional, en la UE y en España. El tratamiento jurídico e incluso político de la tutela antidiscriminatoria del colectivo LGTBI no se inicia prácticamente hasta este siglo XXI. Baste recordar que no encontramos en la agenda de la ONU referencia alguna, hasta que, en 2003, Brasil presentara al Consejo de Derechos Humanos un proyecto de resolución sobre derechos humanos y orientación sexual, que sería retirado ante la falta de acuerdo. E igualmente, en el seno de la OIT, será en el Informe global sobre la igualdad laboral del año 2007, la

1. Efectivamente, la igualdad de derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI) es una demanda histórica del rico tejido asociativo LGTBI. En Estados Unidos en los años sesenta del siglo XX los grupos de liberación homosexual (*gay Liberation Group*) actuarían como grupo de presión. En España la primera organización de defensa de los derechos de la comunidad LGBT fue en 1970 el Movimiento Español de Liberación Homosexual (MELH), inicialmente llamado Agrupación Homófila para la Igualdad Sexual (AGHOIS). Amich Elías, 2007, 199-219.

2. En España, el matrimonio igualitario se alcanzaría con Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, si bien, el camino hacia el reconocimiento del matrimonio homosexual encontraría su origen en el previo desarrollo de los registros autonómicos y locales de uniones de hecho, Rey Martínez, 2005, 111-156.

primera vez que la Secretaría General incluya la cuestión de la discriminación por razón de la orientación sexual³.

Pues bien, hasta la fecha, la principal fuente de esta tutela antidiscriminatoria en el mundo del trabajo es la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que, aunque constituya el primer desarrollo normativo de la tutela antidiscriminatoria por razón de orientación sexual, no es un desarrollo específico, pues aborda distintas causas de discriminación en el empleo y la ocupación. Junto con esta norma, el avance en los derechos laborales y de protección social ha sido posible gracias a la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa a los derechos de las familias homoparentales. En España, la trasposición de la Directiva ha asegurado la protección jurídica de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el empleo y el trabajo, que la doctrina constitucional ha extendido a la prohibición de discriminación por identidad sexual⁴. En estos momentos, además, está en fase de proyecto una norma integral sobre la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Sin embargo, como se señalara desde la OIT en 2012, en los resultados del proyecto PRIDE (sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género), incluso cuando la protección jurídica está en vigor, la realidad es que muchos trabajadores y trabajadoras LGBT siguen enfrentando situaciones de discriminación, e incluso de acoso en el trabajo; lo que lleva a que muchas personas oculten su orientación sexual o se encaminen a sectores con un entorno laboral más tolerante.

Por tanto, con carácter previo al estudio del marco normativo y de su aplicación por los órganos judiciales es preciso analizar la realidad y caracteres de la discriminación de las personas LGTBI, en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, pues solo así podremos testar la adecuación del actual marco normativo y, sobre todo, de la proyectada norma general a nivel estatal para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

3. Informe global del Director General de la OIT, La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Ginebra, 2007.

4. Se habla de orientación sexual para hacer referencia a una manifestación de la sexualidad del individuo que alude al objeto de los deseos sexuales o afectivos. La identidad sexual y/o de género se define como la vivencia interna e individual del sexo y/o género, tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceras personas, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento y pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido (art. 3c) Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía).

2. LOS RASGOS DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Hasta la fecha, son limitados y relativamente recientes los análisis relativos a la discriminación de las personas LGTBI en el trabajo. En un estudio del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades de 2017⁵ se pondría de relieve que, bajo las siglas LGBT⁶, existen realidades muy diversas, y que, en el ámbito laboral, se reproduce la diferente visibilidad y normalización que gays, lesbianas, bisexuales o transexuales muestran en la esfera social global. En concreto, la percepción sobre la discriminación hacia las personas trans resultaría especialmente significativa⁷. Pues bien, de este estudio considero necesario destacar la idea presente en los grupos y entrevistas, de que la discriminación se debe a la presencia minoritaria de “perfiles homófobos”. Un porcentaje reducido, en torno a un 4-6% de individuos de cualquier organización, tiene la potencialidad de generar situaciones de discriminación hacia las personas LGBT. En espacios limitados, o reducidos como son los laborales, solo con que exista un individuo homófobo existe riesgo de sufrir situaciones de discriminación. Por lo que se refiere a los rasgos más destacados de esta discriminación, en primer lugar, el “ocultamiento preventivo” ante el temor a sufrir alguna situación discriminatoria es, sin duda, la principal manifestación de la no normalización de la diversidad sexual en el trabajo. En segundo lugar, la auto segregación, (hacia determinados sectores productivos que, por sus características, son más amigables con orientaciones de género LGBT) también determina la invisibilidad de la discriminación por esta causa.

En 2020, un estudio de la UGT sobre la discriminación LGTBI⁸ aportaría datos relevantes sobre esta discriminación y la escasez de herramientas para combatirla. Por ejemplo, las encuestas realizadas muestran que las personas trabajadoras LGTBI sufren algún tipo de violencia verbal (40%) y la han presenciado (75%) y 4 de cada 10 aseguran haber vivido alguna agresión personalmente o hacia otra persona LGTBI. Especialmente preocupante es la situación de las personas trans, pues un 20 por 100 afirman haber sufrido violencia sexual. Por lo que respecta al empleo, los datos también son significativos, el 90 por 100 consideran un inconveniente ser persona

5. IMIO, 2017, “Las personas LGTB en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género”.

6. El alcance de esa diversidad nos conduce directamente a las siglas LGTBI, siglas que identifican, a nivel internacional, a los hombres y mujeres homosexuales lesbianas o gays (LG), transexuales, transgénero y travestis (T), bisexuales (B) e intersexuales (I), incluyéndose en ocasiones en esas siglas también la Q, de la posición queer, y un símbolo+, que dejaría abierta la denominación colectiva a otras aproximaciones a la cuestión de la identidad sexual.

7. La percepción social es que la situación de gays, lesbianas o bisexuales es diferente de la que sufren las personas trans, percepción que es coincidente con la vivencia de los interlocutores de la investigación realizada.

8. Abad, y Gutiérrez, 2020.

LGTBI para encontrar empleo y el 86 por 100 considera necesario ocultarlo, por lo que existe una amplia percepción sobre las menores oportunidades laborales de personas LGTBI (casi el 75%) y las personas trans sufren una tasa de desempleo mucho mayor, casi del doble de la media del colectivo. Finalmente, también resulta relevante que más de la mitad de las personas LGTBI encuestadas desconocen la existencia de protocolos laborales de protección.

A nivel de la Unión Europea, la Agencia por los Derechos Fundamentales (FRA) en un estudio de 2020⁹ aporta datos contundentes, pues un cuarto de los entrevistados ocultaba en el trabajo que era LGTBI, (si bien aquellos que hablaban de ello con los compañeros de trabajo se sentían menos discriminados que aquellos que no lo hacían); el 21% declaró haber sufrido algún trato basado en prejuicios, en el trabajo, el doble de aquellos que declararon que fue durante la búsqueda de empleo cuando se produjo esta situación. Nuevamente, las personas trans (35%) e intersexuales (32%) sufrieron, en mayor número un trato discriminatorio¹⁰.

En consecuencia, los anteriores estudios muestran que tanto a nivel social, como dentro del colectivo LGBT, existe conciencia de que el espacio laboral sigue mostrándose como un espacio hostil para las personas LGBT y, de forma muy especial, para las personas trans. Se trata de una causa de discriminación en el trabajo que se manifiesta al igual que en la sociedad, con diversa intensidad en relación con las personas de estos colectivos. Una realidad diversa, dentro de los diversos colectivos, en la que las personas trans sufren peores cifras, tanto en el acceso al empleo, como en relación con el acoso y la violencia en el trabajo. Una forma de discriminación de las personas LGTBI con rasgos propios, como son el ocultamiento preventivo, la auto segregación, y la LGTBI fobia, que determina altas dosis de violencia en el trabajo.

Desde el conocimiento de estos rasgos de la discriminación se analizará el marco normativo y su aplicación judicial. Y como podemos ya adelantar los rasgos propios de estas formas de discriminación contrastan con la inexistencia de instrumentos *ad hoc* de tutela antidiscriminatoria, tanto en la Directiva 2000/78 como en la normativa de trasposición a nuestro derecho interno. Ello evidencia, a mi juicio, la exigencia, desde la perspectiva jurídico laboral, de una mayor construcción dogmática de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual¹¹. Las

9. FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2020, A long way to go for LGBTI. Esta Agencia ha venido publicando el EU LGBT survey, una serie de encuestas, que desde 2014 sirve de inspiración y diagnóstico preliminar de las posteriores actuaciones de la Comisión.

10. La tasa de ocupación de las personas trans es mucho menor a la del resto de grupos, si la media general en la UE era del 69%, la tasa para personas trans solo era del 51% según el estudio de la Comisión Europea en 2020, Legal gender recognition in the EU.

11. Incluso se aprecia en esta fase una evolución terminológica, por ejemplo, desde el concepto de “identidad de género” a “identidad sexual”. Así, Salazar Benitez, que había utilizado en 2015 la expresión “identidad de género”, (“La identidad de género como derecho emergente”, Revista de Estudios Políticos, 169) en 2019 afirma que “es menos confuso hablar de identidad sexual” (El derecho a

insuficiencias detectadas serán el marco de análisis del anteproyecto de ley, para comprobar si este cumple las exigencias que demanda la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI. Así podríamos, por ejemplo, enumerar, entre estas exigencias a la futura Ley estatal de igualdad LGTBI, la incorporación de medidas de tutela preventiva, de acciones informativas y formativas en la empresa, la inclusión de la LGTBI fobia entre los riesgos sicosociales en el trabajo o la obligatoriedad de Protocolo anti-acoso y Plan de Igualdad específicos.

3. MARCO NORMATIVO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA LABORAL

Desde una perspectiva internacional, hemos de hacer referencia en el marco de la ONU a los Principios de la Conferencia de Yogyakarta (Indonesia) en 2006, cuyo 12º principio establece el derecho de toda persona a no ser discriminado en el trabajo, por su condición sexual o de género, a percibir los mismos salarios y a disfrutar de las mismas condiciones laborales, oportunidades de promoción y protección frente al desempleo, dejando en manos de los Estados eliminarlas barreras a este derecho. En segundo lugar, resulta necesario hacer referencia a la favorable evolución de la doctrina judicial del TEDH, aplicando los artículos 8, 10 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en la tutela antidiscriminatoria (sobre la base del respeto a la vida privada, a los derechos familiares y a la publicidad de la orientación sexual); aunque no exista referencia expresa a la prohibición de discriminación por orientación o condición sexual en el citado Convenio de 1950. Y, finalmente, también debemos recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, prohíbe ya la discriminación por razones de orientación sexual, dentro de una cláusula abierta de prohibición de la discriminación que se formula (art. 21).

A nivel de la UE, con base en la prohibición de discriminación del actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹², es la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, la que desarrolla, como ya hemos indicado, la prohibición de discriminación, si bien solo referida a la orientación sexual, y sin referencia alguna a la identidad o condición sexual (artículo 1).

Como se constata, la orientación sexual se identifica como elemento de la diversidad sexual antes que la identidad sexual en sentido estricto, de modo que la

la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32).

Sobre los dilemas del concepto “género”, vid. Balaguer Callejón, 2021 y Rodríguez Magda, 2019.

12. El Tratado de Ámsterdam de 1997 incluyó la prohibición de discriminación por orientación sexual, en el entonces art. 13 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

homosexualidad es la cuestión que se aborda primero, por la tutela antidiscriminatoria; dando paso después al resto de reivindicaciones de personas del colectivo LGTBI. Y ello es así, en la normativa de la Unión Europea, aunque, paradójicamente, el Tribunal de Justicia pudo tutelar antes por razón de identidad que, de orientación sexual, al encontrar acomodo en la normativa relativa a la discriminación por razón de sexo, a la vista de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, la necesidad de tutela frente a la discriminación por orientación sexual resulta de la doctrina de la sentencia Grant de 1998¹³, en la que el TJCE reconoció la desprotección de las discriminaciones fundadas en la orientación sexual dado que, a diferencia de lo que sucedía con la transexualidad¹⁴, la discriminación por razón de sexo no la abarcaba¹⁵. El TJUE en la citada sentencia Cornwall de 1996, relativa a despido de una persona transexual, declaró que la extinción del contrato de trabajo constituía una discriminación por razón de sexo: “un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la operación”; lo que tal vez pueda evidenciar la sensibilidad del Tribunal de Justicia hacia las cuestiones de discriminación por razón de identidad sexual¹⁶.

Pues bien, analizaremos a continuación la Directiva 2000/78, a los efectos de determinar la adecuación del contenido de la prohibición de discriminación por orientación sexual a los rasgos identificados con anterioridad, al igual que el avance al respecto que pueda introducir la Estrategia Europea para la igualdad LGTBIQ en el ámbito laboral.

3.1. La Directiva 2000/78 y la prohibición de discriminación por orientación sexual

La Directiva 2000/78 garantiza la ausencia de discriminaciones directas e indirectas, en el empleo y la ocupación¹⁷, entre otras causas, por orientación sexual. Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por este motivo y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una orientación

13. STJCE de 17 de febrero de 1998, (C-249/96).

14. STJCE de 30 de abril de 1996 P.K., Cornwall, (C-13/94).

15. En igual medida, la STJCE de 31 mayo 2001 (Suecia contra Consejo de la Unión Europea) negó, en un asunto sobre complemento retributivo por cargas familiares, que las parejas de hecho inscritas como tales conforme a la legislación nacional sean equiparables al matrimonio, sin apreciación de discriminación por razón de la orientación sexual.

16. Por tanto, se afirmaría que “el sexo deja de ser un factor meramente biológico, para convertirse en una condición sociológica con relevancia para el Derecho”: Rivas Vañó, 2001, 196.

17. Definidos ampliamente en el art. 3 el ámbito del empleo y la ocupación a la que se extiende la prohibición de discriminación.

sexual determinada, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Finalmente, el acoso se define como un comportamiento no deseado relacionado con la orientación sexual, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2). La Directiva admite en términos generales como justificación de una discriminación directa la cuestión relativa a un requisito profesional esencial y determinante, es decir, cuando una característica relacionada con un motivo prohibido de discriminación, por la naturaleza de la actividad profesional o su contexto, sea un requisito esencial y determinante (art.4). Igualmente, en la Directiva 2000/78 se admiten las medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de orientación sexual, con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional (art. 7) y la traslación de la carga de la prueba (art. 10)¹⁸.

Como puede constatarse, la Directiva 2000/78 no contiene ninguna regla específica para la discriminación por razón de orientación sexual, como sí la contiene, por ejemplo, para la discriminación por razón de religión, por discapacidad o por edad. Los conceptos de discriminación directa, indirecta y acoso son los generales, así como la cuestión referente al requisito profesional esencial y determinante, las medidas de acción positiva y todo lo referido a recursos y cumplimiento¹⁹.

Sin embargo, como podrá comprobarse por la aplicación judicial, la discriminación preponderante en este ámbito es la directa, frente a la indirecta, a diferencia de lo que acontece en el terreno de la discriminación por razón de sexo. El acoso por orientación sexual, como ha podido verificarse en los análisis de encuestas antes analizados, puede resultar una situación relativamente común. De hecho, la doctrina judicial de otros países, como es el caso de EE. UU. alerta sobre el número de supuestos en los que las personas transexuales sufren esta forma de discriminación²⁰, lo que contrasta con la ausencia de supuestos sobre acoso laboral en nuestra jurisprudencia. De otra parte, la admisión de requisitos profesionales esenciales para justificar discriminaciones directas en el empleo no tiene aplicación en relación con la orientación sexual, frente a otros motivos vedados como el sexo, o, sobre todo, la edad, religión o convicciones, con un tratamiento específico en la Directiva 2000/78. En definitiva, de un lado, la falta de cualquier regulación específica en relación con la prohibición de discriminación, por razón de orientación sexual, contrasta con los especiales

18. La Directiva 2000/78 es parcialmente deudora de las elaboraciones comunitarias sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres (también en el ámbito del empleo y la ocupación); incorporando los conceptos de discriminación directa e indirecta o la inversión de la carga de la prueba, que ya contaba con regulación específica en el terreno de la prohibición de discriminación para razón de sexo.

19. Gómez Fernández, 2018, 3.

20. Cabeza Pereiro y Lousada Arochena, 2014, 69.

rasgos con que se manifiestas las diversas formas de discriminación por esta causa y, de otro, es precisa la garantía normativa de la prohibición de discriminación por identidad sexual.

Por ello, en una mirada de futuro, hemos de valorar, aunque situada en la política de la Unión, la Estrategia Europea sobre la igualdad LGBTIQ²¹, dirigida, a nivel laboral, a promover la inclusión y la diversidad en el centro de trabajo (apartado 1.2) pues, más allá de que se prohíba la discriminación, se afirma, unos entornos de trabajo diversos e inclusivos propician la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y contribuyen a que las empresas obtengan mejores resultados. Se parte pues de la idea, tan extendida en materia de igualdad y gestión de la diversidad, de la correlación existente entre la inclusión de las personas LGBTIQ y el rendimiento de los activos, la innovación y la productividad. La Comisión promueve la gestión de la diversidad a través de la Plataforma de la UE sobre las Cartas de la Diversidad²², actualmente, integrada por veintiséis cartas nacionales de la diversidad, que representan una red de alrededor de doce mil organizaciones, con más de dieciséis millones de personas empleadas²³.

Finalmente, y profundizando en las insuficiencias de la regulación comunitaria, hemos de recordar que la Directiva 2000/78, de conformidad con su considerando 22, ha de entenderse “sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil”. Consecuentemente, ello ha determinado obstáculos a la igualdad, en el acceso a derechos laborales y a derechos de protección social, que exige la equiparación de estatutos jurídicos, entre parejas homosexuales y heterosexuales. De esta forma, como se comprobará, la diferencia entre familias se alza entre las dificultades jurídicas para la aplicación plena del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. Veamos ahora la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre este tema y, a continuación, desde una perspectiva general, las resoluciones más importantes sobre tutela del colectivo LGTBI, en el ámbito laboral.

21. Por lo que se refiere a Estrategias para la Igualdad LGTBI, en nuestro país, hemos de destacar que se ha presentado la Estrategia Valenciana para la Igualdad LGTBI 2022-2027.

22. En nuestro país, la carta de la diversidad fue lanzada en marzo de 2009 por el Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad y la Fundación Alares con el apoyo del Ministerio de Igualdad de Oportunidades de España. Los signatarios superan las 1300 empresas.

23. En segundo lugar, la Comisión promoverá el uso del Fondo Social Europeo Plus (FSE+)³⁷ con el fin de mejorar la situación socioeconómica de las personas LGBTIQ más marginadas. En tercer lugar, recopilará información sobre los obstáculos para la plena igualdad, en el ámbito laboral y de la protección social, para el desarrollo de orientaciones dirigidas a los Estados y las empresas dirigidas a reforzar y mejorar la participación de las personas trans e intersexuales en el mercado laboral. Finalmente, la Comisión fomentará el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros y, con ayuda de la FRA, proporcionará datos fiables y comparables sobre este aspecto.

3.2. Jurisprudencia europea sobre la tutela antidiscriminatoria laboral de las personas LGTBI

Como ya hemos destacado, desde que la Sentencia Grant de 1998 evidenciara la necesidad de una normativa comunitaria sobre la tutela antidiscriminatoria por orientación sexual²⁴, la doctrina del Tribunal de Justicia ha evolucionado en favor de la tutela de los derechos de las personas LGTBI. A partir de Directiva 2000/78 y la Sentencia Maruko de 2008²⁵, el Tribunal asume una posición que, progresivamente, será cada vez más garantista. En las Sentencias Maruko de 2008 y Römer de 2010, el Tribunal de Justicia afirmará que la denegación de pensiones a las parejas registradas, cuando se concedían en caso de matrimonio, era constitutiva de una discriminación directa por orientación sexual, siempre y cuando matrimonio y pareja de hecho se encontraran en situación comparable²⁶. En un sentido similar, en la también relevante Sentencia Hay de 2013²⁷ se ha considerado discriminación directa la denegación a las personas homosexuales (inscritas como parejas de hecho) de un permiso y una prima por matrimonio, regulados en el convenio colectivo aplicable.

La sentencia Hay de 2013 implicaría un importante avance en la doctrina del TJUE porque, a partir de este momento, la negación del matrimonio homosexual va a derivar, como mínimo, en una presunción de asimilación de este a las uniones de hecho homosexuales²⁸. Para el Tribunal es una discriminación directa reservar para el matrimonio el derecho a ventajas en la remuneración o en las condiciones de trabajo (permiso y prima por matrimonio), cuando en ese Estado el matrimonio sólo es posible entre personas de distinto sexo. Y esa similitud o analogía al matrimonio deriva, precisamente, de que la pareja de hecho era la única posibilidad de unión legal

24. La STJCE de 31 mayo 2001, Suecia contra Consejo de la Unión Europea (2001\152), negó en un asunto sobre complemento retributivo por cargas familiares, que las parejas de hecho inscritas como tales conforme a la legislación nacional sean equiparables al matrimonio, sin apreciación de discriminación por razón de la orientación sexual, en tanto que lo realmente importante es la naturaleza del vínculo jurídico que les une.

25. STJCE de 1 abril 2008, Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, (C-267/06), relativa al acceso a la pensión de viudedad.

26. En la Sentencia de 10 mayo 2011, Römer, (C-147/08), la controversia se refería a una pensión de jubilación complementaria que se abonaba en mayor cuantía en caso de matrimonio. Los razonamientos jurídicos se centran en particular en comparar la situación de matrimonio con la de pareja de hecho registrada. Sin que sean necesariamente idénticas, han de ser, a juicio del Tribunal, al menos análogas. Todos estos pronunciamientos se producen sin perjuicio de que el Tribunal reconozca que el estado civil de las personas es una competencia de los Estados miembros y no de la Unión Europea. Un caso en el que no se observó discriminación directa (igual trato entre matrimonio y unión civiles) ni tampoco indirecta: Sentencia Parris, de 24 noviembre 2016 (C-443/15).

27. STJUE de 12 diciembre 2013, Frédéric Hay contra Maritime et des Deux-Sèvres, (C-267/12).

28. Benavente Torres, 2019, 42-43.

a disposición de las parejas del mismo sexo, con lo que, respecto de este colectivo, sí son situaciones comparables.

Es importante que, en todos estos casos, la discriminación se calificara como directa y no como indirecta, pues por tal motivo no cabe justificación alguna.

Se trata por lo demás de una evolución que también es apreciable en la doctrina judicial del TEDH que, abandonando la doctrina Mata Estévez de 2001²⁹, aprecia la existencia de una discriminación fundada en la orientación sexual, contraria a los arts. 8 y 14 y 53 del CEDH, cuando, conforme a la legislación interna aplicable al Estado, voluntariamente, se hayan creado derechos adicionales, que caigan en la esfera de dicho Convenio; en tal caso, salvo que concurra una justificación suficiente (solo admisible en términos muy restrictivos), no cabe establecer diferencias fundadas en la orientación sexual. El TEDH, aun cuando no impone el matrimonio, admite que el derecho a contraer matrimonio quedaría amparado por el art. 12 del CEDH y el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales, si el Estado firmante lo admitiese y considera “artificial mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de vida familiar a los efectos del artículo 8”³⁰. En definitiva, según este Tribunal, si bien los Estados si regulan tales parejas de hecho, gozan de un cierto margen de apreciación, no estando obligados a otorgarles el mismo estatus que el matrimonio; estas diferencias no pueden ser sustanciales, siendo el ámbito más problemático el de las relaciones paternofiliales³¹.

Así pues, el Tribunal de Justicia afirma actualmente, en su jurisprudencia consolidada, que los Estados miembros no están obligados a contemplar la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional³², toda vez que, en lo tocante al matrimonio, es preciso constatar que hoy en día no existe un consenso dentro de la Unión según el cual esta diferencia de trato no pueda justificarse³³. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que de la jurisprudencia

29. La STEDH, de 10 de mayo de 2001, Mata Estévez c. España, declaró que los Estados firmantes pueden establecer un régimen distinto para el matrimonio y para las parejas de hecho, y limitar aquél a las relaciones heterosexuales frente a las homosexuales, con las consecuencias que ello implica a efectos de acceder a la pensión de viudedad) sin vulnerar el art. 8 y 14 CEDH. Es más, en la sentencia admite un margen de apreciación del Estado tan amplio que alcanza a consagrar un trato diferente a efectos de pensión de viudedad entre las parejas de hecho heterosexuales que no pudieron casarse y las homosexuales.

30. STEDH de 22 enero 2008, E.B. contra Francia (2008\4: si pueden adoptar los solteros, pueden adoptar también los solteros homosexuales; STEDH de 24 julio 2003, Karner (2003\50) relativa a la subrogación en contrato de alquiler de la vivienda. STEDH de 7 de noviembre de 2013, Vallianatos y otros: equiparación de derechos entre las parejas de hecho heterosexuales, si están reguladas, y homosexuales.

31. STEDH de 24 junio 2010, Schalk and Kopf contra Austria.

32. Sentencias de 24 de noviembre de 2016, Parris (C-443/15), apartado 59, así como de 5 de junio de 2018, Coman y otros (C-673/16), apartado 37.

33. Conclusión 122 de la Abogada General en el Caso V.M.A. contra Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo», STJUE de 14 de diciembre de 2021 (C-490/20).

del TEDH³⁴ resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y en el de “vida familiar”, del mismo modo que la de una pareja heterosexual, que se encuentre en igual situación³⁵.

Finalmente, hemos de recordar otras sentencias del Tribunal de Justicia que han declarado la existencia de discriminación por orientación sexual en el acceso al empleo³⁶ o de discriminación en relación con la libertad de expresión en materia de empleo³⁷, así como alguna sentencia relevante en este tema del TEDH³⁸.

3.3. Marco normativo laboral en España

La tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI encuentra amparo en el art. 14 CE, pues la doctrina del Tribunal Constitucional, como se sabe, ha incluido, tanto la orientación sexual como la identidad sexual, entre las causas vedadas de discriminación del art. 14 CE. Unas causas que identifican diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han colado a sectores de población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y que no están tasadas, al prohibir el citado art. 14 CE la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así, hemos de señalar la STC 41/2006, de 13 de febrero, sobre prohibición de despido discriminatorio por razón de orientación sexual y la STC 176/2008, de 22 de diciembre, sobre prohibición de discriminación por identidad sexual, en un supuesto de negación o recorte indebido de derechos familiares a quien se define como transexual.

34. Que ha afirmado que la existencia de una «vida familiar» es una cuestión de hecho que depende de la realidad práctica de vínculos personales estrechos y que la posibilidad de que un progenitor y su hijo estén juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar: STEDH, de 12 de julio de 2001, K. y T. c. Finlandia (apartados 150 y 151).

35. Sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, (C-673/16), apartado 50 y jurisprudencia citada.

36. STJUE de 25 abril 2013, Asociața ACCEPT contra Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, (asunto C-81/12) al negársele un puesto a un futbolista del que se especulaba sobre su homosexualidad, situación que además fue defendida en los medios de comunicación por el propio directivo del equipo deportivo y aunque las declaraciones homófobas en materia de contratación sean realizadas por alguien que, desde un punto de vista jurídico, no ostenta capacidad alguna de contratación.

37. STJUE de 23 abril 2020, NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, Rete Lenford (C-507/18). Vulnera la Igualdad de trato en el empleo y la ocupación las declaraciones públicas efectuadas por una persona según las cuales su empresa (despacho de abogados) nunca contrataría a una persona homosexual. Es irrelevante que no esté en marcha un proceso de selección, o que la persona que realiza dichas declaraciones no tenga la capacidad necesaria para definir la política de contratación de personal, siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional no sea meramente hipotético. El derecho a la libertad de expresión está sometido a ciertos límites, como es garantizar el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

38. El TEDH consideraría contrario al Convenio, por falta de proporcionalidad, la prohibición absoluta de la presencia de homosexuales en el ejército: Sentencias Smith y Grady contra el Reino Unido, y Lustig-Prean y Beckett c/Reino Unido, ambas de 27 de septiembre de 1999.

Más concretamente, la trasposición de esta Directiva 2000/78 se produjo, como se sabe, a través de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en concreto en sus artículos 34 a 43, los cuales, además de establecer algunos principios generales, han modificado normas laborales básicas, introduciendo la prohibición de discriminación por orientación sexual, en los términos que se verán a continuación.

En el Estatuto de los Trabajadores³⁹ se reconoce así el derecho de los trabajadores a no ser discriminados, directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de orientación sexual (art. 4.c) ET) y a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de orientación sexual (art. 4.e) ET). Igualmente, declara la nulidad de 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 por razón de orientación o condición sexual (art. 17 ET). Finalmente, el ET considerará incumplimiento contractual causante de despido disciplinario el acoso por razón de orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (art. 54.2.g) ET)⁴⁰.

Además, la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI está presente en el Estatuto de los Trabajadores en el régimen jurídico de los derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral, pues los derechos de suspensión contractual por nacimiento y cuidado de hijos e hijas se configuran como un derecho de los progenitores (art. 48). En principio, pues nuestro régimen jurídico sobre conciliación entre la vida laboral y familiar pretende ser igualitario, cualquiera que sea el modelo de familia.

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁴¹ considera que son infracciones muy graves, las discriminaciones empresariales directas o indirectas en condiciones de trabajo (retribuciones, jornadas, formación, promoción) por orientación sexual, así como las decisiones del empresario de represalia ante acción judicial de igualdad (art. 8.12 LISOS); la solicitud de datos personales en procesos de selección o el establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio: discriminaciones acceso al empleo por motivos de orientación sexual (art. 16.1.c) LISOS); y el acoso por razón de orientación sexual, (dentro del ámbito de

39. 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.

40. El 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), también incorpora, como derechos de los empleados públicos, el del respeto de su orientación sexual, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo; y el derecho a la no discriminación por razón de género, sexo u orientación sexual. Vid art. 14, art. 53 y art. 95, EBEP).

41. Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

las facultades empresariales, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo y que, conocido no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo) (art. 8.13 bis LISOS).

Finalmente, por lo que respuesta a la tutela jurisdiccional de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual, la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (LRJS)⁴² 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 (art. 177 LRJS). Además, esta ley prevé que si en un proceso laboral se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón orientación sexual, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes: (art. 95.3 LRJS) así como la inversión de la carga de la prueba, pues, en caso de indicios fundados de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, el demandado habrá de acreditar, como se sabe, una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 96.1 LRJS). En el citado art. 69.1 LRJS se alude, acertada y expresamente, junto a la discriminación por orientación a la discriminación por razón de identidad sexual.

Además, en un marco general, la tutela antidiscriminatoria de las personas LGTBI ha tenido como protagonistas a las diversas leyes que, desde 2002, han ido promulgándose en las Comunidades Autónomas, dentro del ejercicio de sus respectivas competencias, dirigidas muchas de ellas, en particular, de protección de las personas transexuales⁴³.

Ahora bien, en materia laboral, la limitación de las competencias autonómicas implica que la tutela quede referida al ámbito de la promoción a través de políticas públicas, sin perjuicio de las competencias exclusivas en relación con el personal laboral de las Administraciones Autonómica y Locales. Como debe recordarse, la STC 159/2016, de 22 de septiembre⁴⁴ declararía que “solo el Estado tiene competencia para imponer a las empresas y a los representantes de los trabajadores el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, debiendo limitarse las Comunidades Autónomas a adoptar, en el ejercicio de sus competencias de ejecución, las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento” (FJ 3).

Así por ejemplo, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares

42. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

43. Por ejemplo, podemos citar 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.

44. Relativa a un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

en Andalucía, en cuanto a las medidas dirigidas a la Administración autonómica, incluye la promoción y defensa de la igualdad de trato en el acceso al empleo o una vez empleadas; el desarrollo de estrategias para la inserción laboral de las personas transexuales y transgénero; la prevención, corrección y eliminación de toda forma de discriminación por diversidad sexo genérica, en materia de acceso al empleo, contratación y condiciones de trabajo; la incorporación, en las convocatorias de ayudas y subvenciones de fomento del empleo, criterios de igualdad de oportunidades y especificar en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar, cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar; y la incorporación, a través de los agentes sociales en el ámbito de la negociación colectiva, medidas específicas de prevención de la LGTBI fobia en el ámbito laboral, todo ello en el marco de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En cuanto a las medidas referidas al mundo empresarial establece, entre otras, impulsar la elaboración de planes de igualdad, siempre con carácter voluntario, así como de fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que permitan medir la verdadera inclusión de las personas LGTBI, de manera que se pueda reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación.

Pues bien, la valoración sobre el marco normativo en nuestro país confirma algunas de las insuficiencias ya detectadas en la Directiva 2000/78. Al haberse realizado una trasposición “de mínimos”, la tutela antidiscriminatoria laboral se limita, expresamente, solo a la causa de orientación laboral, sin perjuicio, que la labor de construcción llevada a cabo por la doctrina constitucional permitiría extender el amparo constitucional, ex art. 14 CE, a cualquier discriminación laboral por razón de identidad sexual. En segundo lugar, faltan instrumentos específicos de protección, atendiendo a los caracteres de la discriminación laboral por esta causa, que se manifiesta en dificultades de acceso al empleo, en especial de personas trans, en formas de LGTBI fobia y en diferencias de trato perjudiciales que determinan el ocultamiento y la auto segregación laboral.

3.4. Resoluciones judiciales sobre tutela laboral de personas LGTBI

En el apartado de los derechos civiles, matrimonio y adopción, cuya relevancia es conocida a efectos de acceso a derechos laborales y de prestaciones sociales, hemos de partir de recordar algunas declaraciones emblemáticas de relevantes sentencias, aun cuando no resuelvan casos suscitados en el orden laboral. En primer lugar, la STC 198/2012, de 6 de noviembre declararía que la Constitución no consagra la heterosexualidad como la base de la unión matrimonial⁴⁵. Y, en segundo lugar, hemos también de destacar la STC 93/2013, de 23 de abril que descartó la inidoneidad genérica

45. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

de las parejas homosexuales para adoptar menores⁴⁶, pues como afirmará el TC “lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores”.

Ya más concretamente, hemos de recordar, un número importante de resoluciones relativas a la denegación de pensión de viudedad a la persona superviviente de parejas estables homosexuales, por no existir vínculo matrimonial, tras convivencia *more uxorio* y no existir, en aquel momento, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Se trata de sentencias que apelarían a la aplicación de la doctrina del TC y TEDH sobre el margen de apreciación del Estado y la configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social, otorgando un trato privilegiado a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual⁴⁷.

Ciertamente tenía razón el voto particular de las citadas SSTC 92 y 93/2014, firmado por cuatro magistrados, pues la discriminación existe en la medida en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia *Tomás Aldeguer c. España*, de 14 de junio de 2016, se instalaría de nuevo, en el ámbito del margen de apreciación estatal para la homologación del estatuto matrimonial entre las personas, independientemente de su orientación sexual.

Una solución más favorable a los derechos de personas LGTBI, han alcanzado las sentencias que declararían la existencia de una discriminación por orientación sexual, cuando el acceso a la pensión de jubilación estaba condicionado por la exigencia de hijos comunes como requisito para las parejas de hecho. Así se ha declarado discriminatorio (por cualquier condición personal, familiar o social) que la pensión de viudedad de parejas de hecho estables (tanto homosexuales como heterosexuales) sea sometida al requisito de que la persona causante y beneficiaria hayan tenido hijos comunes para el cobro de la prestación. Se trata de una exigencia de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas homosexuales, lo que conllevaría una diferencia de trato desfavorable por causa de la orientación sexual, que no responde a una finalidad objetivamente justificada⁴⁸.

46. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

47. SSTC 92/2014 de 10 junio; 93/2014 de 12 junio. 98/2014 de 23 junio; 115/2014 de 8 julio; 116/2014 de 8 julio; 124/2014 de 21 julio; 157/2014 de 6 octubre.

48. Por ello, la STC 41/2013, de 14 de febrero, declararía la inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y la STC 81/2016 de 25 abril, la

Finalmente, hemos de recordar algunas decisiones judiciales relevantes sobre decisiones empresariales, fundamentalmente de despido, impugnadas por su eventual violación de la prohibición de discriminación por orientación sexual. En ellas, lo relevante, a efectos de declarar la nulidad o no de las decisiones empresariales impugnadas, ha sido la valoración de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba, que rigen en estos procedimientos. Así, no han estimado la alegada discriminación por razón de orientación sexual⁴⁹, aquellas que han destacado falta de indicios sobre la alegada discriminación⁵⁰ y las que han entendido justificada la decisión de despido, dada la gravedad de la conducta infractora⁵¹. En otros supuestos sí se ha cumplido la carga probatoria y el órgano judicial ha declarado la nulidad del despido discriminatorio⁵² o la concurrencia de una discriminación múltiple por orientación sexual y libertad ideológica⁵³.

inconstitucionalidad de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establecía idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad para el régimen de clases pasivas del Estado.

49. Sentencia TSJ Madrid de 31/1/2016 (Rec. 809/2015). El despido del trabajador se produce tras haber mantenido relaciones íntimas con un usuario del centro del que era director. La empresa alega solo la pérdida de confianza y la divergencia de criterios de gestión y la Sala concluyó que no podía establecerse que la homosexualidad fuese motivo de su despido y, por tanto, no se reconoció la nulidad de este.

50. STJS de Madrid de 29/6/2007 (Rec. 280/2007). Una empleada, despedida por un descuadre en los ingresos que debía realizar en la caja, diariamente, alega que el verdadero motivo fue su homosexualidad, conocida en la empresa. El Tribunal no encuentra un lazo causal entre la sexualidad de la empleada y su despido pues se requiere una mínima actividad probatoria para poder proceder a la inversión de la carga de la prueba como dicta la jurisprudencia constitucional. Además, las alegaciones técnicas realizadas por la empresa si están probadas.

51. STSJ Madrid de 30/1/2006 (Rec. 5042/2005). El trabajador fue despedido por hacer un mal uso del ordenador de empresa durante el horario laboral, en concreto por acceder a páginas de contactos dirigidas a un público homosexual. Aunque fue la única persona despedida por acceder a internet en su horario laboral mientras que otros compañeros, que hicieron mal uso solo recibieron una amonestación escrita, el TSJM y el TS, considerarían que no es comparable acceder a una página con contenido pornográfico a hacerlo a una página de juegos de ordenador, estando pues justificada la diferencia de trato por la gravedad de los hechos.

52. STSJ de Madrid 548/2010 de 21/7/2010 (Rec. 1945/2010). Despido de trabajador de empresa aérea de transporte de viajeros que recibe comentarios ofensivos, burlas y acoso por su sexualidad antes de ser despedido. Los motivos alegados por la empresa, las reiteradas faltas de respeto contra los compañeros no resultan acreditados ni existieron amonestaciones previas. El Tribunal afirma que efectivamente se habían vulnerado los derechos del demandante, en tanto en cuanto las vejaciones sufridas y lo notorio de su sexualidad, por lo que se alcanzaba la suficiente certidumbre para plantear que se había producido la lesión de derechos y la empresa no pudo demostrar que su decisión se debiese a cuestiones técnicas o disciplinarias alegadas. El Tribunal considere que el hecho de conocer desde antes de la contratación la sexualidad del candidato y que esta no sea un inconveniente para la contratación, no exime de que puedan darse situaciones discriminatorias con posterioridad, por razón de orientación sexual.

53. STSJ Galicia de 17/7/2008 (Rec. 2724/2008). Despido nulo discriminación por orientación sexual por la denegación de reingreso, tras excedencia forzosa, alegando ausencia de vacante a

Pues bien, a las descritas insuficiencias del marco normativo hemos de añadir la escasez de asuntos judiciales, lo que nos confirmaría la apreciación inicial sobre los rasgos de la discriminación por orientación e identidad sexual, el ocultamiento y la auto segregación. La escasa visibilización constituye efectivamente un indicio, como ha acontecido con todas las causas de discriminación, de la gravedad de esta en el mundo del trabajo; donde el ocultamiento preventivo y la auto segregación son vías para evitar la LGTBI fobia, el acoso, o en todo caso la postergación en la promoción profesional o el despido.

Analizaremos ahora, desde el conocimiento de estas insuficiencias, la norma proyectada, en relación con su contenido exclusivamente en materia de empleo y la ocupación.

4. EL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

En la proyectada ley hemos de comenzar destacando que las medidas relativas al empleo están ubicadas en el Capítulo II sobre políticas públicas⁵⁴. Estas medidas se establecen, en el art. 14, con una redacción muy próxima a la de las leyes autonómicas, afirmando que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán tener en cuenta, en sus políticas de empleo, el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de las causas previstas en esta Ley. A estos efectos podrán adoptar medidas adecuadas y eficaces que tengan por objeto la promoción de la igualdad, en el ámbito de la formación profesional, el apoyo de campañas divulgativas, la implantación de indicadores de igualdad, el impulso de cláusulas en los convenios colectivos, velar por el cumplimiento efectivo de los derechos a través de la Inspección de Trabajo, impulsar códigos éticos y protocolos en Administraciones Públicas y empresas.

Téngase en cuenta además que, aunque en su ámbito de aplicación, el art.1.2 de esta Ley obliga tanto a los poderes públicos (entre estas se encuentran campañas de sensibilización) como a las personas físicas y jurídicas privadas a tomar medidas contra la discriminación hacia personas LGTBI, sin embargo, para lograr dicho objetivo se establece la creación, en el Capítulo II del Título Preliminar, de la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI, aprobada por el Consejo de ministros cada cuatro años.

trabajadora en emisora de radio de ideario católico. La trabajadora fue jefa de prensa de partido nacional gallego y contrajo matrimonio con otra mujer.

54. Con carácter previo a las medidas laborales se recogen las medidas en el ámbito administrativo, así, la inclusión en la contratación pública cláusulas administrativas sobre la promoción de igualdad de trato (Art.10); la consolidación de la no discriminación entre de los empleados públicos (Art.11); y la obligatoriedad de impartir cursos de sensibilización (Art.12).

El artículo 14 concreta pues las medidas en el ámbito laboral, a través de obligaciones a las Administraciones Públicas y sin que se cree obligación alguna a las empresas, a los representantes sindicales, a los trabajadores o a la negociación colectiva.

En cuanto a las personas trans, se propone también una Estrategia estatal para la inclusión social, en los artículos 46 y siguientes de la ley y que, entre otros objetivos, busca la inclusión de las personas trans en varios aspectos de la vida social y económica dándoles voz en aquellas leyes y actuaciones que les afecten especialmente. Esta Estrategia estatal incorporará de forma prioritaria medidas de acción positiva, entre otros, en el ámbito laboral (art. 46.2).

A continuación, se prevén, por separado, lo que se califican medidas de fomento del empleo y medidas de integración sociolaboral, pero que responden a objetivos y contenidos similares. Así, para el fomento del empleo, el art.48 establece que el Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñará medidas de acción positiva, como incentivos para la contratación de las personas trans, entre otras, así como planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo (específicamente de las mujeres trans). Y, en relación con la integración sociolaboral, el art. 49 dispone que las Administraciones Públicas podrán, entre otras, impulsar el desarrollo de estrategias y campañas de concienciación en el ámbito laboral; implementar medidas e incentivos para organismos públicos y empresas privadas, que favorezcan la integración e inserción laboral de las personas trans; monitorizar la evolución de la situación laboral de las personas trans en su territorio de competencia; en fin, adoptar bonificaciones fiscales, ayudas y subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans en situación de desempleo (art. 49.2). De esta forma, más allá de previsiones de medidas genéricas que “podrán” desarrollarse, la única medida real prevista para las personas trans es una concreción de la previsión legal, ya existente en el art. 17.3 LET, de instrumentos de fomento de empleo (subvenciones, desgravaciones u otras medidas) que el Gobierno puede adoptar a favor de colectivos con dificultades especiales de acceder al empleo.

Estas medidas se complementan, a su vez, con las dos únicas previsiones normativas imperativas contenidas en esta ley. De una parte, hemos de tener presente que el art. 56, relativo a las medidas de protección frente a la discriminación y la violencia, establece el deber de las empleadoras de adoptar métodos o instrumentos suficientes para la prevención, detección y solución de posibles situaciones de discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, así como articular medidas adecuadas para su cese inmediato (art. 56.3). Se trata de un precepto que adolece de falta de concreción y resulta falto de sistemática en la redacción, pues el apartado 3 no alude a violencia sino solo a discriminación, cuando sus términos imperativos podrían obedecer a la mayor gravedad de las situaciones de violencia laboral, por razón de orientación y/o identidad sexual.

De otra parte, el artículo 65, relativo a las medidas de protección frente a la violencia en el ámbito familiar, establece que la víctima de esta violencia podrá solicitar

la reordenación de su tiempo de trabajo, la movilidad geográfica y el cambio de centro de trabajo a sus empleadores (que deberán atender la solicitud en la medida de sus posibilidades organizativas), si existe una sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar en favor de la víctima. Este precepto amplía las previsiones de la LET sobre el estatuto laboral de la persona víctima de violencia de género a la persona del colectivo LGTBI víctima de violencia en el ámbito familiar. Sin embargo, se trata de una extensión parcial, pues no regula la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, la extinción del contrato de trabajo, la justificación de las ausencias o los derechos de protección social y más limitada, en cuanto a los medios de acreditación de la situación de víctima.

Por tanto, parece necesaria, por razones de coherencia normativa, la reforma de los preceptos estatutarios correspondientes y conveniente la unificación de las formas de acreditación de la situación de víctima de violencia. Como se sabe, desde 2018, las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales se acreditarán, además, de mediante una sentencia condenatoria, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género así como mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos⁵⁵. Sería pues oportuna una flexibilización de las formas de acreditación, que incluyera el informe del Ministerio Fiscal y el informe de servicios sociales, en caso de que estos intervengan.

Centrándonos en recapitular la valoración de esta ley, la calificación es “decepcionante” y claramente insuficiente para abordar una discriminación por orientación e identidad sexual ya definida, al menos, en sus términos más relevantes. De partida, en la lectura de las previsiones del ámbito laboral de esta ley llama la atención su paralelismo con las normas autonómicas, donde la regulación laboral, como se sabe, está excluida de su ámbito competencial, resultando inusual esta redacción en una norma laboral estatal. La causa de esta “autolimitación competencial” del legislador estatal en materia laboral no está expedita en la exposición de motivos de la norma,

55. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñaran, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género. Vid., Artículo 23 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, redactado por el número dos del artículo único del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

y no se ajusta, por ejemplo, al esquema seguido por la Ley de 2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁵⁶, que sí estableció obligaciones para empresarios y trabajadores (reformando la normativa laboral y de Seguridad Social).

En segundo lugar, también destacaremos la ausencia de medidas de discriminación positiva, esto es, de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas, por la orientación o identidad sexual de la persona trabajadora. Previstas por el art. 7.1 de la Directiva 2000/78, su fijación, en relación con esta causa de discriminación, fundamentalmente, a favor de los trabajadores trans, podría haber sido más contundente. Por ello, solo podemos indicar, que, al igual que se deriva de buena parte de las normas autonómicas, cuando se trata de la actuación de tales medidas en el sector privado, la cuestión se circunscribe al ámbito de la responsabilidad social corporativa de las empresas.

Por lo demás, en la proyectada ley no se establecen obligaciones de medidas empresariales de información, formación, prevención y reparación, a través de plan de igualdad y de protocolo anti-acoso. Tampoco aparecen obligaciones para las personas trabajadoras, sus representantes sindicales ni se fijan obligaciones de negociar medidas para alcanzar la igualdad efectiva de las personas LGTBI. No se han cumplido las reivindicaciones de los sindicatos, en fin, en lo referido a tipificar la LGTBI fobia como riesgo psicosocial, estableciendo los protocolos y medidas de actuación necesarias para su prevención.

En definitiva, la valoración, desde la perspectiva jurídico-laboral, de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI nos debe llevar, finalmente, a reflexionar sobre la obligación del Estado de garantizar la igualdad, también en el ámbito de las relaciones privadas. Con independencia de que la igualdad pueda ser objeto de la negociación colectiva y de las prácticas de responsabilidad social corporativa, hemos de destacar que el Estado no puede hacer dejación de su responsabilidad en la protección de los derechos humanos. Consecuentemente, la prohibición de no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, en el empleo y la ocupación, debería ser garantizada directamente desde la Ley estatal.

5. BIBLIOGRAFIA

- Abad, Toño (coord.), Gutiérrez, Marieta G. (2020), *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España*. Área Confederal LGTBI UGT, con la colaboración de FELGTB, Madrid.
- Amich Elías, Cristina (2007), “Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos”, *Foro, Nueva época*, 5, 199-219.

56. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

- Balaguer Callejón, María Luisa (2021), *El feminismo del siglo XXI*, Madrid.
- Benavente Torres, Inmaculada (2019), “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 55-56, 32-53.
- Cabeza Pereiro, Jaime, y Lousada Arochena, José Fernando (2014), *El derecho a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Murcia.
- FRA, European Union Agency for Fundamental Rights (2020), *A long way to go for LGBTI*.
- Gómez Fernández, Itziar. (2018), “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- IMIO, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (2017), *Las personas LGTBI en el ámbito del empleo en España: Hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Madrid.
- Rivas Vañó, Alicia (2001), “La Prohibición de discriminación por orientación sexual en la directiva 2000/78”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 59, 193-220, aquí p. 196.
- Rey Martínez, Fernando (2005), “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 111-156.
- Rodríguez Magda, Rosa Maria (2019), *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Madrid.
- Salazar Benítez, Octavio, (2015), “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, 169, 75-107
- Salazar Benítez, Octavio (2019), “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SANITARIAS: EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES

DISCRIMINATION FOR HEALTH REASONS: THE IMPACT OF COVID-19 ON LABOUR RELATIONS

M^a Luisa Pérez Guerrero
Universidad de Huelva¹
ORCID: 0000-0002-2596-7707
malupe@uhu.es

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el análisis de las nuevas formas de discriminación por razones sanitarias, provocadas por la irrupción del virus SARS-Cov-2 en nuestras vidas, en el ámbito de las relaciones laborales. Realizaremos un estudio de los principales problemas que la propagación de la enfermedad ha provocado en relación con la protección frente a la discriminación en el trabajo. Analizaremos los mecanismos de protección que nuestro ordenamiento jurídico arbitra frente a estas nuevas formas de discriminación tanto en el acceso al empleo, como en el desarrollo de la relación laboral o en el momento de su extinción. Ante la aplicación de normas aparentemente neutras, pueden subyacer comportamientos discriminatorios que frente a ciertos grupos de personas. Trataremos de exponer y reflexionar acerca de los garantías de nuestro ordenamiento frente a la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores como la intimidad, la dignidad, la integridad física o la protección de los datos personales relacionados con la salud. En segundo lugar, nos centraremos en determinar en qué medida las decisiones empresariales causadas por la situación de salud de los trabajadores vulneran el principio de igualdad y no discriminación. Y, finalmente, analizaremos la calificación del despido fundado

1. Este trabajo se inserta en el ámbito de los proyectos de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (US-1264479).

en causas relacionadas con el COVID 19, así como las garantías jurisdiccionales en el proceso de despido.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; COVID 19; derecho a la intimidad; protección de datos personales; despido nulo.

ABSTRACT: This paper analyzes the new forms of discrimination for health reasons, cause the irruption of the SARS-Cov-2 virus in our lives, in the field of labor relations. We will analyze the protection mechanisms that our legal system arbitrates against these new forms of discrimination both in access to employment, as in the development of the employment relationship or at the time of its termination. Faced with the application of apparently neutral norms, discriminatory behaviors may underlie that towards certain groups of people. First of all, we will analyze how these discriminatory acts can violate other fundamental rights such as privacy, dignity or the protection of personal data related to health. Second, we will focus on determining when business decisions caused by the health situation of workers violate the principle of equality and non-discrimination. And, finally, we will analyze the classification of the dismissal based on causes related to COVID 19.

KEYWORDS: Discrimination; COVID 19; right to privacy; protection of personal data; dismissal.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO. 2.1. Marco normativo antidiscriminación en el acceso al empleo. 2.2. La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo. 3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19. 4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES FRENTE A LAS DECISIONES DISCRIMINATORIAS CONTRA LOS TRABAJADORES POR RAZONES SANITARIAS 4.1. La inversión de la carga de la prueba. 4.2. La vulneración de la indemnidad del trabajador tras realizar reclamaciones con motivo de las medidas de protección adoptadas por la empresa frente al Covid-19. 4.3. Las competencias del orden jurisdiccional social cuando la discriminación tiene lugar en un proceso de selección. 5. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las características personales de los trabajadores y su forma de desenvolverse en el ámbito laboral constituyen factores físicos, psicológicos o sociológicos que pueden estar en el origen de conductas discriminatorias que impidan, por lo que a nosotros interesa, el acceso al empleo o el mantenimiento del mismo. Muchos de estos

factores, en combinación con las nuevas tecnologías y la digitalización e informatización de los procesos de selección, crean nuevas formas de discriminación, apenas apreciables, si no se dedica parte de nuestra atención a su estudio y control. Junto a las causas “tradicionales” de discriminación, que aún hoy son fácilmente perceptibles, si bien con ciertos cambios en su forma de manifestarse, podemos encontrar nuevas formas de discriminación provocadas por decisiones, actos o normas relacionadas con acontecimientos de naturaleza global como la crisis sanitaria que vivimos desde principios de 2020, generada tras la aparición del Virus SARS-Co-2, conocido como COVID-19.

Es esta crisis sanitaria un factor que ha afectado a las relaciones laborales de forma global y que, además, ha tenido un importante impacto en la economía y en el mercado de trabajo. A la crisis económica que ya veníamos arrastrando en la mayor parte del planeta, se unió la necesidad de paralizar la actividad económica como único arma para luchar contra la propagación de una enfermedad, cuya transmisión se produce precisamente por la congregación de personas en un mismo lugar. Esto ha determinado que todos los gobiernos buscasen implantar medidas que, a través del aislamiento social, permitiesen frenar la transmisión de la enfermedad; pero también ha llevado a las empresas a tener que imaginar formas de adaptar la producción y la actividad económica a las nuevas circunstancias socio-sanitarias.

Una de estas medidas ha sido la prevención frente al riesgo generado por el agente biológico causante de la crisis sanitaria, el virus. Para ello, la detección a tiempo de la enfermedad, dado el poco conocimiento inicial de la misma, ha constituido un factor fundamental para evitar que, tras el contagio de una plantilla o parte de ella, se tuvieran que adoptar medidas de aislamiento de personas que impidieran la continuación de la actividad empresarial. A medida que fuimos avanzando en el conocimiento de la enfermedad, la mayoría de las instituciones gubernamentales e internacionales, como por ejemplo la Organización Mundial de la Salud, comenzaron a recomendar la realización de pruebas que permitieran detectar el virus, especialmente en las personas que resultaban asintomáticas al padecer la enfermedad, como medio de prevención y contención de la misma.

La realización de pruebas serológicas o de determinación del padecimiento de la enfermedad en tiempo real se convirtió, pronto, en una recomendación de las autoridades sanitarias y de las propias organizaciones internacionales, como la OMS. Sin embargo, el carácter de las pruebas y su voluntariedad o no, ha generado importantes dudas en las empresas y sus servicios médicos o de prevención de riesgos laborales; que, además, debían seguir las indicaciones de sus gobiernos, quienes, como en el caso español, ante la imposibilidad de contar con suficientes pruebas de detección, optó por recomendar su realización sólo en caso de existencia de síntomas o para personas especialmente vulnerables que presentaran un cuadro clínico de

infección, condicionada siempre a una prescripción médica². Pero también han estado en el punto de mira de los Tribunales de Justicia los actos de algunas empresas dirigidos a impedir la reincorporación de los trabajadores, a través de la no renovación de contratos de duración determinada o del despido. Estas prácticas han sido calificadas por algunos órganos jurisdiccionales del orden social como discriminatorias y, por tanto, nulas.

También se han calificado como discriminatorias las prácticas que, de forma directa o indirecta, impidieran el acceso al empleo a quienes no estuviesen inmunizados frente a la enfermedad, bien por no haberse contagiado o bien por no haber resultado vacunados; cuando, como sabemos, eso no es algo que los trabajadores pudieran decidir en los inicios de la fase de vacunación de la población, ya que todo el proceso se centralizó a través de las autoridades sanitarias.

Todas estas cuestiones, unidas a la falta de un marco jurídico europeo homogéneo, han generado cierta inseguridad a trabajadores y empresarios, que justifica la necesidad de analizar los primeros pronunciamientos judiciales y la interpretación de la normativa antidiscriminación tanto en el ámbito nacional como en el supranacional, cuando el origen tiene relación con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

2. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO

La discriminación en el acceso al empleo puede analizarse desde el punto de vista de quien trata de acceder por primera vez a un puesto de trabajo en una empresa pública o privada, o bien como la discriminación que tiene lugar al no renovar a una persona trabajadora tras la finalización de un contrato de naturaleza temporal, o impedir la transformación de su contrato temporal en otro de carácter indefinido sobre la base criterios arbitrarios o discriminatorios. En todos estos supuestos encontramos

2. Conforme a la Orden SND/344/2020, de 13 de abril, por la que se establecieron medidas excepcionales para el refuerzo de Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la indicación para la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 debía ser prescrita por un facultativo “de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente” (art. 2º). El 19 de abril de 2020 pudimos contar con un primer Documento elaborado por el Ministerio de Sanidad que, dirigido a los Servicios de Prevención de las empresas, describía el procedimiento adecuado para llevar a cabo las pruebas de diagnóstico de la enfermedad, en el marco de la “Estrategia de detección precoz, vigilancia y control del COVID-19”. Documento que, bajo la denominación de “Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del Covid-19 en el ámbito de las empresa, se fue actualizando a medida que resultó necesario. Así, pudimos contar con hasta tres versiones del documento, disponible, con su redacción correspondiente a diciembre de 2020, mucho más completa que en sus inicios en la web del Ministerio de Sanidad: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>

la posibilidad de que el factor sanitario genere decisiones empresariales discriminatorias que son dignas de protección.

2.1. Marco normativo antidiscriminación en el acceso al empleo

Resulta de vital importancia considerar la normativa europea, de la que hemos importado conceptos claves, así como la regulación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito específico del acceso al empleo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 21, íntimamente relacionado con el 20 sobre el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, la prohibición genérica de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de 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.

Como se puede observar, el conjunto de causas específicas de no discriminación es bastante amplio y recoge, con detalle, la mayor parte de las que conocemos como causas tradicionales de discriminación y que encontramos enumeradas de forma muy similar en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Junto a ellas, es posible encontrar nuevas causas de discriminación que, si bien algunas de ellas pueden encuadrarse dentro de las enumeradas en el precepto, otras tienen difícil encaje por su novedad y reciente aparición, como la discriminación por enfermedad que tratamos en nuestro estudio. Algunos autores han preferido la denominación de causas de primera generación, para referirse al género, la nacionalidad y el origen; y causas de segunda generación para referirse al conjunto de causas que consideramos de aparición más reciente, como son la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico, color o pertenencia a minoría nacional, la religión o creencia, la lengua, el origen social, nacimiento y propiedad, las opiniones políticas y de otra índole, la paternidad, el estado civil, la pertenencia a una organización o el lugar de residencia³. E incluso, podríamos hablar ya de causas de tercera generación, si consideramos los nuevos factores de discriminación que representan el uso de la Inteligencia Artificial y los algoritmos en las empresas, o la situación sanitaria de pandemia, con todas sus consecuencias. Sin duda, este conjunto de causas de nueva generación se actualiza continuamente con la aparición de forma constante de nuevas causas de discriminación, debido a la transformación del mundo del trabajo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha considerado extensible el artículo 21 de la Carta Europea y la prohibición de discriminación a otros factores, como, por ejemplo, los relacionados con el aspecto físico de las

3. Gutiérrez-Solar Calvo 2017, 446.

personas, como la estatura⁴, la obesidad⁵ o la apariencia física⁶, en lo que se puede denominar una interpretación extensiva del artículo 21 de la Carta⁷.

Como hemos dicho anteriormente, la situación sanitaria actual también ha determinado la existencia de causas de exclusión social que se trasladan al ámbito laboral; la posibilidad de contagio ante la nueva pandemia provocada por el COVID-19, ha marcado un antes y un después en la economía mundial y en las relaciones laborales, lo que tiene su reflejo en la forma de acceder al empleo y en su mantenimiento.

Estos nuevos factores de discriminación precisan instrumentos de protección, que pueden extraerse del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Europeas. Pues, como ha defendido la doctrina, no se trata de listas exhaustivas de causas, permitiendo la inclusión de factores o motivos adicionales⁸. Coincidimos con quienes han expresado que, en el caso de la Carta de Derechos Fundamentales, no encontramos en el artículo 21 una enumeración cerrada, sino una cláusula de concreción de causas; interpretación que surge porque dicha enumeración de causas va precedida de la expresión “en particular”⁹.

Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE se refiere a la adopción de medidas, políticas y acciones, para luchar contra toda forma de discriminación “por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y por lo que se refiere a la adopción de normas específicas, el artículo 19 del mismo Tratado establece que “el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el artículo 157.3 del mismo texto fundamental establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”.

En materia de lucha contra la discriminación son varias las Directivas elaboradas por la Unión Europea. Cronológicamente se elaboró, en primer lugar, 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 étnico¹⁰,

4. Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, Asunto C-409/16, *Ypourgos Esoterikon y Maria-Eleni Kalliri*.

5. Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13), *Fagøg Arbejde c. Kommunerne Landsforening*.

6. Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2017, Asunto C-188/15, *Asma Bougnaoui y otros c. Micropole*.

7. Barrero Ortega 2020.

8. Gutiérrez-Solar Calvo 2017, 147.

9. Barrero Ortega 2020.

10. Diario Oficial de la Unión Europea L 180 de 19 de julio de 2000.

norma que se completó con la que a nosotros afecta en este estudio, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000¹¹, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se elaboró con vocación de establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito laboral. Finalmente, el proceso de elaboración de directivas comunitarias antidiscriminatorias se completa con la aprobación de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹² 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 ocupación¹³. Aunque no podemos olvidar que el acervo comunitario regulador de la igualdad de trato entre mujeres y hombres contaba con normas bastante más antiguas y de consolidada aplicación en el ámbito comunitario. Tal es el caso de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo¹⁴.

Sin perder de vista todo el conjunto de directivas antidiscriminación del ámbito comunitario, debemos detenernos en la Directiva elaborada con carácter específico para la consecución de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; que incluye también la protección en el acceso al empleo. Esta Directiva 2000/78 nace con el objetivo de dar cumplimiento a las Directrices para el empleo del año 2000, del Consejo Europeo, conforme a las cuales se pretende promover “un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación”. La Directiva pretende como objetivo, en su artículo primero, “establecer un marco general para luchar contra la discriminación”, mencionando a continuación los motivos más relevantes, como son “la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”.

Resulta interesante hacer dos consideraciones al respecto. En primer lugar, aunque la enumeración de las causas de discriminación recogidas en el artículo primero de la Directiva deja fuera muchas otras causas de discriminación, que no se encuentran recogidas en ninguna otra Directiva comunitaria, no por ello hemos de considerar que no exista amparo para la invocación del principio de igualdad de trato en la normativa comunitaria, pues muchas de ellas sí están en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como hemos dicho, utiliza

11. Diario Oficial de la Unión Europea L 303 de 2 de diciembre de 2000.

12. Diario Oficial de la Unión Europea L 373 de 21 de diciembre de 2004.

13. Diario Oficial de la Unión Europea L 204 de 26 de julio de 2006.

14. Diario Oficial de la Unión Europea L 39 de 14 de febrero de 1976.

una fórmula más abierta en la enumeración de algunas causas de discriminación. Además, la eficacia vertical de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, en particular del artículo 21, puede extenderse a cualquier ámbito, incluyendo, por tanto, el del empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en muchas ocasiones la aplicación de los derechos recogidos en la Carta y ha reconocido su aplicación como instrumento interpretativo, otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados, cuando se trata de juzgar pretensiones de los particulares frente a los Estados miembros, en los que se reclama el reconocimiento de dichos derechos fundamentales¹⁵. E incluso, cuando nos situamos en el ámbito de las relaciones entre particulares, el Tribunal ha reconocido un efecto directo a las disposiciones de los Tratados que conceden derechos a los particulares, y que han de ser tutelados por el juez nacional¹⁶. Interpretación que debemos extender, por tanto, a la Carta de Derechos Fundamentales.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación de esta prohibición de discriminación, el artículo tercero de la Directiva 2000/78 aclara que ésta resultará de aplicación a todas las personas tanto en el sector público como en el privado, y en relación con, entre otras, “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción”. Así lo ha expresado también el Tribunal de Justicia de la UE cuando indica que “esta Directiva es aplicable a una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo”; lo que se extiende, tanto a la Directiva 2000/78, como a las Directivas 2000/43 y 2006/54, sobre igualdad y no discriminación por origen racial y étnico y entre mujeres y hombres, respectivamente¹⁷.

Así pues, no cabe duda de la aplicación de las Directivas antidiscriminación a los procesos de selección para el acceso al empleo, la oferta, la modalidad contractual elegida y todos aquellos actos jurídicos relativo al proceso de contratación; procesos, algunos de ellos, en los que la persona aspirante al puesto de trabajo aún no ha adquirido la condición de trabajador, lo que le sitúa en una posición aún más vulnerable. Pero también, como es evidente, al mantenimiento del mismo y los actos de extinción.

15. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018, p. 35, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

16. *Ibidem*, p. 36.

17. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, Caso *Meister*, y de 28 de julio de 2016, Asunto C-423/15, Caso *Krazer*.

Por último, no podemos olvidar la especial referencia que la Directiva hace a los conceptos de discriminación directa e indirecta en su artículo segundo, a través del cual nos recuerda la norma que los Estados Miembros habrán de estar atentos para prevenir cualquier situación de discriminación en ambas modalidades; incluyendo, por tanto, aquellas disposiciones, normas o prácticas que, con una apariencia de legitimidad o neutralidad, ocasionen una desventaja particular a las personas en el proceso de acceso al empleo.

La Constitución española también recoge en su artículo 14 el principio de igualdad y no discriminación, que extiende, además de a las causas conocidas que hemos mencionado anteriormente, “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”, a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta cláusula general permite, con más fácilmente la inclusión de nuevas causas de discriminación basadas en circunstancias personales, como el padecimiento de una enfermedad o el estado o no de vacunación frente a ella. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores también recoge un mandato dirigido a evitar las conductas discriminatorias en el ámbito de las relaciones laborales, censurando, en su artículo 17, dichas conductas y sancionando las mismas con la nulidad. Menciona expresamente este precepto las situaciones de discriminación directa e indirecta; que, como sabemos, se producen, en el primer caso, cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable; y, en el segundo caso, de discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas en situación de desventaja particular con respecto a otras, 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 adecuados¹⁸. Y todo ello, sobre la base de que estas conductas o disposiciones se adopten por razón de las causas de discriminación comprendidas en el artículo 14 CE.

2.2. La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo.

Tras la crisis sanitaria de 2020, asistimos en el primer trimestre de 2021 a un proceso de vacunación a nivel mundial, cuya pretensión fue la de inmunizar al mayor número posible de personas contra el virus causante del SARS-COV 2, conocido como COVID 19. Este proceso, que aún continúa mediante la repetición de la inoculación de nuevas dosis “de recuerdo”, tiene una finalidad sanitaria, sin duda, pero también persigue un fin de carácter económico; la superación de la crisis económica que se ha generado como consecuencia de la paralización o disminución de la productividad

18. Siguiendo la definición de discriminación directa e indirecta contenida en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2017, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

de muchas actividades, especialmente las relacionadas con el turismo y la hostelería. Una reactivación de estos sectores permitirá contribuir a la recuperación económica de muchos países, por lo que se ponen en práctica medidas relacionadas con la acreditación de la ausencia de enfermedad o de la situación de vacunación frente a la misma. Entre las medidas que se han implantado en los diferentes países de nuestro entorno, se incluye la de un certificado de encontrarse vacunado frente al COVID-19 o de no padecer la enfermedad – prueba conocida como PCR –, con lo que se pretende garantizar que no se producirá el contagio masivo que ha dado lugar a la crisis sanitaria o, según indican algunos expertos, a mutaciones del virus que la ha causado y que podría eliminar la eficacia de las vacunas existentes.

La ausencia del riesgo de ser contagiado o bien de propagar la enfermedad se ha convertido en un factor decisivo a la hora de permitir el movimiento entre los diferentes países. Las Autoridades gubernativas de la mayoría de los países han venido exigiendo pruebas clínicas, realizadas con una antelación suficiente al viaje, para permitir el ingreso de personas en sus respectivos países. Y ahora, en una segunda fase, iniciado el proceso de vacunación, se ha creado un certificado oficial o “pasaporte” digital a nivel europeo, que contiene los datos de vacunación o de superación de la enfermedad, como requisito necesario para el acceso a algunos países¹⁹.

Tanto la OMS como las autoridades comunitarias europeas, han advertido de los riesgos que estas medidas suponen para la discriminación, considerando, principalmente, que el acceso a las vacunas es hoy, aún, bastante restringido; por lo que se limitará, de momento, a facilitar la movilidad de las personas sin llegar a condicionar la libre circulación de personas, que es un derecho reconocido en la Unión Europea²⁰.

Sin embargo, en estos momentos podemos observar que estas decisiones se trasladan al ámbito del empleo, en forma de obligación de vacunación para los empleados, pero también al impedir el acceso al empleo de aquellos que no lo estén, lo que podría generar igualmente actos discriminatorios en el acceso al empleo²¹.

Como regla general, podemos afirmar que la exigencia de un certificado de vacunación o simplemente la obligación de declarar el estado de vacunación, para poder acceder a un empleo no es, a nuestro entender, un requisito lícito ni respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en nuestra Constitución y

19. El Reglamento sobre el certificado COVID digital de la UE entró en vigor el 1 de julio de 2021. Puede consultarse toda la información en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_es

20. Así lo establece la anteriormente citada página web de la Comisión Europea.

21. En el ámbito de otros países hemos podido leer en la prensa la toma de decisiones sobre la no contratación y despido de trabajadores no vacunados. Un ejemplo de estas noticias puede verse en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/13/fortunas/1642098300_969600.html y <https://elpais.com/tecnologia/2021-12-15/google-amenaza-con-el-despido-a-los-empleados-que-no-quieran-vacunarse.html>

en números textos fundamentales del derecho internacional y comunitario. Son varios los argumentos que nos llevan a la citada conclusión.

En primer lugar, hemos de considerar que los datos relacionados con la salud de los aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo se encuentran dentro de la categoría de datos especialmente sensibles, que recoge el Reglamento Europeo y, por la misma razón, la Ley Orgánica de Protección de Datos en España²². Así, el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos Europeo²³ extiende la prohibición de tratamiento de datos personales a “los datos relativos a la salud”, por lo que estamos dentro del ámbito de la protección de datos personales. El propio Reglamento los define como “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”. Estos datos especialmente sensibles, no podrán ser recabados ni tratados por el empresario salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del mismo precepto.

Por un lado, la prohibición no es aplicable si existe un consentimiento explícito del interesado. Pero también dicho consentimiento tiene una limitación, amparada por el propio Reglamento, que remite a los Estados miembros la posibilidad de regular los supuestos en los que la prohibición no pueda ser levantada por el interesado²⁴, con la intención de proteger y blindar el principio de igualdad y no discriminación. De forma que, si el tipo de dato personal al que se quiere acceder tiene carácter sensible y puede dar lugar a conductas discriminatorias, podría verse limitada la eficacia del consentimiento por la normativa interna de los Estados.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica de Protección de Datos, con la intención de impedir la validez del consentimiento cuando el objetivo del tratamiento de datos se dirija a identificar factores que puedan ser causa de un trato discriminatorio de la persona, regula en el artículo 9 las categorías de datos para los que el consentimiento del interesado no será suficiente para levantar la prohibición de tratamiento; aunque no menciona expresamente la salud o los datos biológicos, los cuales contempla en otros apartados de la norma para remitir a la normativa sobre protección de la salud de los trabajadores en el ámbito laboral.

Por otro lado, el Reglamento Europeo incluye una segunda limitación en aquellos casos en que el tratamiento de los datos especiales sea necesario “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad”²⁵ o

22. Boletín Oficial del Estado nº 294, de 6 de diciembre de 2018.

23. 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, DO L 4.5.2016.

24. Artículo 9.2 a) del Reglamento.

25. Artículo 9.2 b).

bien que sea necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social o gestión de sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”²⁶; y siempre de forma que queden protegidos adecuadamente los derechos y libertades del interesado. Así, será preciso conectar esta excepción, de nuevo, con la normativa interna sobre prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales²⁷ contiene una previsión expresa de protección de los datos de los trabajadores en el ámbito de la vigilancia de la salud, garantizando que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”²⁸, limitando el conocimiento por parte del empresario a aquellos datos de la salud del trabajador que tengan relación con “el desempeño del puesto de trabajo o la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección” y garantizando que “el acceso a la información médica se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”. Y declarando expresamente que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador”²⁹. Límites perfectamente extrapolables a los posibles controles de salud que se realicen a los participantes en un proceso de selección para el acceso a un empleo³⁰. Incluso regula en qué supuestos puede resultar obligatorio el sometimiento a un reconocimiento médico en la empresa, como veremos más adelante.

Hemos de añadir que, además de esta regulación sobre el tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas, el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³¹, también garantiza la confidencialidad de los datos sobre la salud y la necesidad de autorización “amparada por la ley” para poder acceder a ellos.

Además, para confirmar esta consideración de “datos protegidos” a la información sobre la vacunación de los trabajadores, la Agencia Española de Protección de Datos, ha tenido ocasión de pronunciarse, emitiendo el Informe jurídico 0017/2020, en relación con el tratamiento de “datos resultantes de la actual situación derivada

26. Art. 9.2 h)

27. Boletín Oficial del Estado núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

28. Art. 22.2.

29. Art. 22.4.

30. De Val Tena 2020, 117.

31. Boletín Oficial del Estado nº 274, de 15 de noviembre de 2002.

de la extensión del virus COVID-19³². Confirma la Agencia la vigencia de todas las normas antes mencionadas sobre la protección de datos personales en el ámbito de la situación sanitaria actual, por cuanto, dice, “no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales”, ni se ha adoptado ninguna medida al respecto. No obstante, como única excepción, considera la Agencia la posibilidad de que las autoridades sanitarias competentes adopten medidas necesarias para salvaguardar los intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública, permitiendo, por tanto, que se traten “los datos personales de salud de determinadas personas físicas por los responsables de tratamientos de datos personales, cuando, por indicación de las autoridades sanitarias competentes, es necesario comunicar a otras personas con las que dicha persona física ha estado en contacto la circunstancia del contagio de esta”, para salvaguardar la salud de otras personas y evitar la propagación de la enfermedad. Pero, como vemos, esta información se ciñe exclusivamente al padecimiento o no de la enfermedad en el momento concreto; no al estado de vacunación o a haber padecido al enfermedad anteriormente.

De este modo, recuerda la Agencia que, en el tratamiento de los datos de salud, relacionados con la pandemia, se aplican plenamente los principios del artículo 5 del Reglamento de Protección de Datos Europeo, y, entre ellos, indica particularmente “el de tratamiento de los datos personales con licitud, lealtad y transparencia, de limitación de la finalidad, principio de exactitud, y por supuesto, el principio de minimización de datos”. Por tanto, insiste la Agencia en la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, de forma que los datos tratados “habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida”, sin que pueda confundirse, y esto creemos que es importante, “conveniencia con necesidad”.

Por tanto, consideramos que los datos sobre la vacunación o no del trabajador o el padecimiento o no anterior de la enfermedad, se entienden especialmente protegidos como datos sensibles.

Una tercera excepción, recogida en el Reglamento vendría determinada por “razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud”. Esta excepción también exige que el tratamiento sea respetuoso con el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros que “establezcan medida adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades el interesado”; siendo, por tanto, obligatorio, para aplicar la citada excepción, que se regule expresamente el tratamiento de datos por una norma con rango de ley, que podrá establecer, tal y como indica la LOPD, requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad³³.

32. Puede consultarse en la página web de la AEPD: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

33. Art. 9.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE del 6 de diciembre).

En segundo lugar, debemos considerar si, conforme a nuestra normativa, se puede exigir al trabajador o aspirante al empleo la vacunación. Para ello, nos preguntaremos si desde el punto de vista constitucional, la exigencia de un certificado o documento que acredite haber sido vacunado, constituye una medida lícita como requisito a imponer en un proceso de selección.

Desde la perspectiva constitucional, debemos considerar que dicha exigencia y su puesta en práctica podría tener implicaciones en muchos derechos fundamentales de la persona, pero, sobre todo, en el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE y el derecho a no ser discriminado del artículo 14, relacionado con la protección de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10, y su intimidad, tal y como reconoce el artículo 18.

De este modo, como ya ha señalado algún autor, es preciso determinar si dicha exigencia, supera el test o juicio de validez constitucional, necesario para poder justificar la limitación de un derecho fundamental como el acceso al empleo³⁴. Es decir, si la exigencia de este documento constituye una medida indispensable para el acceso al empleo, si es necesaria y no puede acudirse a otra medida menos lesiva con los derechos de los aspirantes, y, finalmente, si es proporcional o equilibrada en relación con la limitación de otros derechos como los ya citados³⁵.

En primer lugar, hemos de considerar que se trata de una medida restrictiva de derechos, que, en el caso de aplicarse como requisito para el acceso al empleo, limitaría el propio derecho al trabajo reconocido en nuestra Constitución en el artículo 35; pero, a su vez, generaría una conducta contraria al artículo 14 de la Constitución que reconoce el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. La finalidad que persigue la exigencia de un certificado de vacunación o de estar libre de la enfermedad, podría considerarse legítima a priori, por razones de salud pública, especialmente en casos en que el trabajo requiera garantizar la ausencia total de contagio. Tal es el supuesto planteado en el ámbito sanitario y de los servicios sociales, en particular, en lo que se refiere a la atención de personas mayores y colectivos con enfermedades relacionadas con el sistema inmunitario, que son especialmente vulnerables a la enfermedad provocada por el virus Covid-19, a quienes podría generarse un resultado mortal. En estos supuestos, como decimos, podría considerarse una medida

34. Pérez Domínguez 2020.

35. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional Español, vienen aplicando este test de proporcionalidad para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida que pueda limitar un derecho fundamental reconocido en cualquiera de las normas fundamentales de ambos ordenamientos; es decir, si la medida o medidas adoptadas que lesionan derechos fundamentales están justificadas por una finalidad legítima y si son adecuadas y proporcionales, observando en particular que la finalidad legítima perseguida por el empleador no podía alcanzarse con medidas menos intrusivas para los derechos afectados. Vid. por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda) y Sentencia del Tribunal Constitucional Español 186/2000.

necesaria para evitar contraer la enfermedad; sin embargo, tal y como se ha venido demostrando y advirtiendo por las autoridades sanitarias, no lo es tanto para evitar el contagio. Es decir, que una persona vacunada contra la enfermedad podría contagiar igualmente, aunque no sufriera los efectos tan graves de la misma.

Desde este punto de vista, la medida superaría el juicio de necesidad, pero no el de idoneidad, que implica buscar la medida más adecuada al fin que se pretende conseguir; pues resultaría más adecuado, y respetuoso con la protección de los derechos fundamentales en juego, realizar controles sanitarios, pruebas PCR, toma de temperatura, etc..., que permitan conocer si la persona padece la enfermedad³⁶.

Finalmente, la medida tampoco superaría el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, pues resulta claramente desproporcionada por afectar, como hemos dicho, a otros derechos o bienes jurídicos, como la intimidad y la protección de datos personales³⁷.

En esta línea de argumentación, otra cuestión a considerar es la obligatoriedad o no de someterse a reconocimientos médicos o pruebas dirigidas a detectar la enfermedad, porque, también en estos casos, existen importantes limitaciones cuyo objetivo es precisamente evitar los actos discriminatorios.

Es interesante considerar la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de someterse a un control o vigilancia de la salud antes del acceso al empleo. Esta obligación aparece recogida en muchos convenios colectivos, de modo que nuestros Tribunales han venido aceptando esta obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos con ciertas limitaciones:

En primer lugar, es el Reglamento de Servicios de Prevención³⁸ el que establece, en desarrollo del deber de vigilancia de la salud recogido en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales³⁹, la obligación del empresario de vigilancia de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo. No tratándose, por tanto, de una obligación previa al proceso de selección sino a la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo⁴⁰. Interpretación que es corroborada por el propio Tribunal Constitucional que considera que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar”⁴¹.

36. Pérez Domínguez 2020, *ibidem*.

37. *Idem*.

38. Aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Boletín Oficial del Estado nº 27 de 31 de enero.

39. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Boletín Oficial del Estado nº 269, de 10 de noviembre.

40. Igartua Miro (2011), p. 169.

41. Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre, Boletín Oficial del Estado nº 306, de 21 de diciembre de 2004.

Se configura, así, la obligación legal del empresario de vigilar la salud de los trabajadores, para quienes someterse o no a los reconocimientos médicos constituye un derecho, que requiere su consentimiento libre, voluntario e informado⁴².

Tan sólo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece como excepciones a esa voluntariedad los supuestos en los que “la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evitar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

De ese modo, salvo que nos encontremos ante alguna de estas tres excepciones, es decir, ante la posibilidad de que un trabajador presente síntomas compatibles con la enfermedad o hubiese estado en situación de riesgo de contagio, los reconocimientos médicos y pruebas dirigidas a la comprobación del estado de salud de los trabajadores, serán, como regla general, voluntarios. Ahora bien, estas reglas son compatibles con lo preceptuado en el artículo 243 de la Ley General de la Seguridad Social para aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales; las cuales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos, sin que puedan contratar a aquellos trabajadores que no hayan sido considerados aptos en el mismo⁴³.

Por tanto, dependiendo de la actividad y el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador, nos encontraremos ante un supuesto u otro. Habremos de distinguir cuándo un determinado puesto de trabajo exige un control periódico de la salud del trabajador por la exposición permanente al virus –por ejemplo, el personal sanitario de un hospital– y qué medidas de control son las adecuadas para respetar las garantías recogidas en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴⁴. Estas garantías son la obligación de optar por los reconocimientos o pruebas que causen menores molestias al trabajador, que sean proporcionales al riesgo, respetuosas con el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador; y la obligación de que se realicen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con el es-

42. De nuevo Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004.

43. Debemos considerar que la Directiva (UE) 2020/739 de 3 de junio, de la Comisión Europea, incluye este virus SARS-Cov-2 como agente biológico a efectos de su consideración en el mundo del trabajo; y el Gobierno de España desarrolló a Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre por la que se modificó el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

44. También será preciso seguir el procedimiento de actuación establecido por el Ministerio de Trabajo para los Servicios de Prevención frente a la exposición al SARS-Cov-2, y publicado el 15 de febrero de 2021.

tado de salud del trabajador. En consecuencia, la empresa sí podría obligar, entendemos, a los trabajadores a someterse a una prueba de diagnóstico como es la PCR, ya que es la única manera de poder preservar la salud del colectivo de trabajadores y evitar contagios; y es respetuosa con la protección de la intimidad y la dignidad del trabajador, ya que sólo detecta si se padece o no la enfermedad en un determinado momento.

El empresario sólo conocerá si del resultado del reconocimiento o prueba se deduce el carácter de apto o no del trabajador; que, en caso de que se detectase que padece la enfermedad COVID-19, constituirá una razón para impedir su incorporación inmediata al puesto de trabajo, pero no su contratación. Aunque también esta situación de la incorporación o no, depende de los protocolos de actuación que las autoridades sanitarias puedan determinar en cada momento⁴⁵.

Cuestión distinta es la que tiene que ver con los denominados “test de anticuerpos” o pruebas que van dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19, es decir, a detectar si la persona ha estado infectada. En este caso, la Agencia Española de Protección de Datos sostiene, de acuerdo con nuestra legislación, que “solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID 19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular, del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”⁴⁶. No obstante, como hemos visto antes, sí considera la Agencia que la empresa puede tratar los datos de contagio, fundamentado tanto en el interés público como en el interés vital del interesado y otra persona⁴⁷; y ello sobre la base del deber genérico de protección que el empresario tiene sobre sus trabajadores, recogido en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴⁸.

Por último, hemos de considerar que la exigencia de la realización de pruebas diagnósticas del padecimiento de la enfermedad, por cuenta de la persona que accede al proceso de selección, también podría generar una causa de discriminación de carácter económico, dado el conocido precio al que ascienden estas pruebas. Además de contravenir las normas de vigilancia de la salud que, para los trabajadores, recoge el artículo 22 de la LPRL, conforme al cual es una obligación del empresario y no debería generar coste alguno al trabajador.

45. Estos protocolos son aprobados por la Comisión de Salud Pública en función de la evolución de la pandemia.

46. Comunicado de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo, de 18 de junio de 2020: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>

47. Marín Moral (2021), 15.

48. Informe de la AEPD 0017/2020: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>. Visitado el 15 de marzo de 2022.

Una última cuestión, que supone una diferencia cualitativa respecto de lo visto hasta el momento, es la de la posibilidad o no de exigir la vacunación a los empleados o quienes acceden a un puesto de trabajo en la misma, y, consecuentemente, si se pueden adoptar medidas disciplinarias contra quien no cumpla esta exigencia.

También a este supuesto hemos de responder de forma negativa, por varias razones.

En primer lugar, porque la obligación de vacunación no se encuentra amparada por nuestra normativa interna, hasta el momento. Así, por un lado, por lo que se refiere a la normativa de prevención de riesgos laborales, con carácter general, el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece que “cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación”. Por tanto, el deber de protección del empresario se limita a “poner a disposición” de los trabajadores las vacunas, “informándoles” sobre las ventajas de las mismas, sin que se refiera nuestra normativa a la obligación de vacunar u obligar a recibir la vacuna a los trabajadores.

Además, desde el ámbito particular de la normativa sanitaria, debemos considerar la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que se refiere a la competencia de las autoridades sanitarias para adoptar “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control”, “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta”. Sin que, hasta el momento, se haya regulado la obligatoriedad de la vacunación en ningún caso⁴⁹.

Por último, deberemos considerar también la necesidad de proteger otros derechos fundamentales, como el de la integridad física, recogido en el artículo 15 de la Constitución, desde el que esta medida de obligatoriedad de la vacunación, en nuestra opinión, no superaría el test o juicio de proporcionalidad.

3. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19

Un aspecto que debemos considerar cuando analizamos las causas de discriminación relacionadas con la COVID-19 afecta a la extinción de la relación laboral, que tiene su causa en el padecimiento de la enfermedad o guarda relación con ella.

49. La Audiencia Nacional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la obligatoriedad de la vacunación, indicando, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2010 (RJCA 2010/787), que “la vacunación obligatoria se dirige a personas sujetas a relación especial (sanitarias o militares), de forma que si se trata de ciudadanos en general, puede exigirse para determinados viajes al extranjero, o como condición para entrar en España. Fuera de estos casos, sólo cabría justificarla en una situación extraordinaria, amparada en la LO 3/1986”.

Poco a poco nuestros tribunales van conociendo supuestos de despido en los que la causa del mismo está relacionada con la enfermedad, sus secuelas, la falta de asistencia al trabajo por miedo al contagio o la negativa de los trabajadores a realizarse ciertas pruebas diagnósticas o, incluso a vacunarse. Y, en todos ellos, hemos detectado que falta uniformidad a la hora de declarar la improcedencia, por falta de causa justificada en el despido, o la nulidad, por tener por móvil cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley.

Hasta ahora, teníamos claro que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo los dictados del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, distinguía el despido por “enfermedad en cuanto tal” del despido por discapacidad⁵⁰; siendo este último nulo, al estar protegido por la Directiva 2000/78⁵¹. Sin embargo, en una interpretación extensiva del concepto de “discapacidad”, incluido como causa de discriminación directa o indirecta incluido en la Directiva, el TJUE ha considerado que la ésta “se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador”⁵². Pues el concepto de discapacidad que contiene la Directiva debe entenderse referido a “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”⁵³; siendo por tanto indiferente al efecto de aplicar la Directiva, la declaración o no en el ámbito nacional de la discapacidad⁵⁴.

De este modo, el propio Tribunal ha ido acercando los conceptos de enfermedad y discapacidad, hasta el punto en que, en ocasiones, resulta difícil distinguir cuándo estamos ante supuestos de discriminación o no, si el despido se basa en la enfermedad⁵⁵. Debemos tener en cuenta que la lógica del TJUE es, como han señalado algunos autores, la de superar el modelo médico-asistencial de discapacidad,

50. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2008 (asunto C-13/05, *Chacón Navas*) y de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*).

51. Sobre esta materia vid en extenso el Post-blog de Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conejero y su recepción interna”, <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>

52. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

53. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto 395/15) *Daouid*) y de 9 de marzo 2017 (asunto C-406/15, *Milkova*).

54. De nuevo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

55. Vid. en este sentido García Perrote y Mercader Uguina (2017), 1.

sustituyéndolo por el modelo social⁵⁶. Por tanto, corresponde al juez nacional determinar cuándo estamos ante la situación de enfermedad de larga duración asimilable al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 y cuándo el despido obedece, como única causa, a enfermedad del trabajador; así como si ésta reúne una serie de características, como “estigmatizante” o “de larga duración” relacionada con este concepto ampliado de discapacidad⁵⁷.

Sin embargo, considerando esta interpretación del TJUE, cuando el despido tiene lugar con causa única y exclusiva en la baja del trabajador por causa de enfermedad que da lugar a una incapacidad temporal, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, viene manteniendo que se trata de un despido improcedente y no nulo; pues la situación de incapacidad temporal en la que se encuentre un trabajador al ser despedido “no permite identificarla con la noción de discapacidad”, distinguiendo este concepto del de “enfermedad en cuanto tal”⁵⁸.

Aún así, en el caso de la enfermedad COVID-19, podemos encontrar algún pronunciamiento judicial declarando nulo el despido basado en la enfermedad; es decir, el despido que se produce por el único motivo de que la baja médica del trabajador se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa⁵⁹; o bien porque se padece una enfermedad contagiosa, que la justicia considera “enfermedad estigmatizante”⁶⁰ y, por tanto, justificativa de la nulidad. Pues, como nos recuerda el TS, es claro que la enfermedad por sí misma no puede considerarse causa de nulidad, en cuanto motivo discriminatorio prohibido por la Directiva 2000/78; pero sí podrán considerarse como tales las causas de despido basadas en las limitaciones provocadas por la enfermedad que sufra el trabajador si éstas son “duraderas e impiden, al interactuar con diversas barreras, la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de con-

56. Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018), 12/22.

57. Es importante aclarar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) ha aclarado que “no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente”. Pues, para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad; es decir, “cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas 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 los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”. Reiterando este argumento en su STS de 15 de septiembre de 2020 (rcud. 3387/2017).

58. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación en unificación de doctrina a 2766/2016).

59. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de marzo de 2019 (recurso 2467/2018), la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2020 (AS/2020/983) y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021.

60. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021 (AS 2021/6) y SJS de Murcia de 10 de diciembre de 2020 (AS 2021/2).

diciones que los demás trabajadores”⁶¹. Pues la protección frente a la discriminación exige que la causa del despido constituya un trato diferencial que ponga en peligro la dignidad humana⁶². Desde este punto de vista, el despido basado en el padecimiento de una enfermedad, que puede considerarse estigmatizante, como el COVID en sus inicios, podría considerarse, entendemos, discriminatorio⁶³.

También es posible considerar supuestos en los que, a pesar de lo poco que se conoce de la enfermedad COVID-19, la duración de las secuelas es mayor que otros, denominándose estos casos como “Covid persistente”, cuando la enfermedad no llega a desaparecer y genera importantes secuelas físicas incapacitantes a la persona que la padece. Lo que podría acercarnos a la definición de discapacidad de la Directiva, en cuanto a carácter “duradero” que impide la incorporación del trabajador a corto plazo; pues, en el caso en que el despido se base simplemente en ese pronóstico duradero de la incapacidad o enfermedad del trabajador, habrían de prevalecer sus derechos fundamentales a la salud y al trabajo, debiéndose declarar la nulidad del despido ilegítimo, por discriminación⁶⁴. O aquellos supuestos de despidos, reconocidos también con la calificación de nulos por nuestros tribunales, en los que los trabajadores que se encuentran en situación de IT se ven obligados a solicitar voluntariamente el alta, bajo la amenaza de la empresa de proceder a su despido⁶⁵.

Otra causa de despido que llama nuestra atención, atendiendo a lo que hemos expuesto en el epígrafe anterior en relación con las garantías legales para la realización de pruebas diagnósticas y reconocimientos médicos, es la de la negativa a la realización de pruebas diagnósticas de la enfermedad. Nuestros jueces han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad del despido que tiene lugar como consecuencia de la negativa de un trabajador a realizarse una prueba PCR durante sus vacaciones y en el tiempo entre contratos⁶⁶. Atendiendo a los hechos, interesa la reflexión del Magistrado que afirma que “el trabajador manifestó a la empresa su disconformidad a realizar el Test PCR antes de firmar el nuevo contrato, dado que no solo se le pretendía realizar en período destinado al disfrute de sus vacaciones, sino que, al estar dado de alta por cuenta de la empresa, caso de arrojar resultado positivo, se vería privado

61. STS de 21 de septiembre de 2017 (rec. 782/2016).

62. De nuevo, García-Perrote y Mercader Uguina, 2017, 8.

63. Vid. también Monereo Pérez y Pompeyo Lozano, 2018, 14/22, para quienes, al hilo de la citada jurisprudencia del TJUE y el TS, “a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes”. Vid. también Monereo Pérez, 2017.

64. De nuevo Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018), 13/22.

65. STSJ País Vasco de 27 de junio de 2003 (rec. 1000/203), STSJ Asturias de 12 de marzo de 2010 (rec. 188/2010) y STSJ Madrid, de 8 de marzo de 2021 (rec. 103/2021).

66. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Móstoles de 29 de diciembre de 2020 (recurso 1/2020).

de la prestación económica de incapacidad temporal por dicha circunstancia y además temía no ser contratado de nuevo”. El Magistrado recuerda la jurisprudencia de nuestros Tribunales en relación a que los reconocimientos médicos, pese a su voluntariedad, “no deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para el trabajador, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, su tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo”⁶⁷.

Podría plantearnos alguna duda, por otro lado, la calificación como nulos de los supuestos en los que el despido tiene causa en el conocimiento, de forma ilegítima, por parte del empresario de la existencia o no de anticuerpos, o de una posible inmunidad frente a la enfermedad, del trabajador o el aspirante a un empleo; ya que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre el carácter de improcedencia, y no de nulidad, del acto de despido que tiene lugar sobre la base de una prueba obtenida vulnerando los derechos de intimidad y dignidad del trabajador. Es decir, sobre si la declaración de la nulidad de la prueba, obtenida por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, se extiende a la decisión de despido misma, o, por el contrario, no determina su calificación.

El Tribunal Constitucional considera que, en estos casos, no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales, con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba. Por lo que la calificación como despido improcedente de aquel que basa su decisión en la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales “no es arbitraria ni irrazonable”⁶⁸. Sin embargo, coincidimos con quienes, como Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, ponen de manifiesto el carácter cuestionable de esta sentencia, pues “no se trata de interpretar el artículo 55 ET, sino de decidir qué consecuencias se derivan, para la calificación del despido, de la violación de derechos fundamentales sustantivos del trabajador”⁶⁹. Desde este punto de vista, consideramos que la obtención de forma ilícita de una información que sirve de base a la decisión del despido supone una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y, por ello, debe ser considerada la decisión nula.

Para finalizar nuestra exposición, también ha sido considerado por nuestros jueces nacionales el supuesto de la negativa del trabajador a acudir al centro de trabajo “por miedo al contagio”. Algún pronunciamiento judicial ha habido ya en relación a la improcedencia del despido cuando, ante la falta de incorporación del trabajador “por miedo cervical” declarado y acreditado, el empresario considera que se trata de

67. Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2020 (rec. 279/2019) y STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2019 (recurso 3241/2019)

68. Sentencia del Tribunal Constitucional de 61/2021, de 15 de marzo.

69. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2021), 13.

una dimisión⁷⁰. En este caso, el Magistrado considera que “si se obvian las circunstancias, esto es, si se pasa por alto el dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia del coronavirus, no cabe duda de que se podrían poner en tela de juicio los motivos esgrimidos por la actora”, destacando que los hechos enjuiciados acontecieron a los pocos días de declararse el Estado de Alarma. El juzgador reprocha a la empresa que, en lugar de reprender a la trabajadora, sancionarla o acudir al despido disciplinario o a la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, opta por la solución que le produce el menor quebranto económico, la baja voluntaria; constituyendo un acto de mala fe que genera un perjuicio en la trabajadora. En este caso, sin embargo, no es factible acudir a la nulidad, debiendo declararse el despido improcedente.

Ahora bien, es preciso que se reúnan ciertas circunstancias que permitan justificar esa ausencia o el ejercicio del derecho a abandonar el puesto de trabajo en caso de riesgo grave e inminente, como indica el artículo 21.2 LPRL, porque, de lo contrario el despido será procedente; por ejemplo, si se demuestra que la empresa adoptó todas las medidas recomendadas y necesarias para evitar el contagio (uso de mascarillas, distancia social, geles, desinfección y limpieza de los lugares de trabajo, supresión de visitas presenciales de los clientes, teletrabajo, etc...)⁷¹.

Estos son los supuestos que, por el momento, han sido resueltos por la jurisprudencia española; de lo que estamos seguros es de que no serán los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales.

4. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES FRENTE A LAS DECISIONES

DISCRIMINATORIAS CONTRA LOS TRABAJADORES POR RAZONES SANITARIAS

A la garantía que supone la declaración de nulidad de los actos, disposiciones, pactos o decisiones empresariales, que vulneren derechos fundamentales de los trabajadores o puedan ser calificados como discriminatorios según nuestro ordenamiento, se unen otras garantías dignas de consideración en nuestro estudio, como la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales en defensa de la igualdad o los derechos fundamentales de los trabajadores, o la garantía de indemnidad del trabajador frente a las actuaciones empresariales que se consideran represalias por las reivindicaciones o demandas de éste en relación con el cumplimiento de las medidas de seguridad frente a la Covid-19.

70. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres de 5 de octubre de 2020 (recurso 191/2020).

71. En este sentido STSJ de Madrid e 30 de junio de 2021 (rec. 409/2021), STSJ Galicia de 5 de julio de 2021 (rec. 2132/2021) y STSJ Asturias de 27 de julio de 2021 (rec. 1390/2021).

4.1. La inversión de la carga de la prueba

Una de las cuestiones más importantes a la hora de tratar el aspecto procesal de la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo es la determinación de la persona sobre la que recaerá la carga de la prueba.

En este aspecto, es clara la Directiva 2000/78, cuando afirma en su trigésimo primer considerando que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual”. Y así lo suscribe el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de abril de 2012⁷².

Además, el artículo 10 de la citada Directiva incluye un mandato dirigido a los Estados Miembros para que adopten, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. De este modo, nos recuerda el Tribunal que incumbe a la persona perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta; de modo que, cuando la persona ha podido acreditar tales hechos, corresponderá, en un segundo momento, a la parte demandada, probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación⁷³. Así, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar dicha presunción, corresponde a los órganos judiciales nacionales con arreglo al Derecho nacional.

En esta línea, el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁷⁴ (LRJS, en adelante) establece que “una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”; obligación que se repite, en relación con la regulación de la prueba, en el artículo 96.1 de la misma norma. Así, una vez que la víctima de la discriminación ha aportado indicios suficientes sobre la misma, a través de sus alegaciones, se produce una

72. STJUE de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10.

73. STJUE de 19 de abril de 2021, Asunto 415/10, *Caso Meister*, recordando la doctrina emanada del Tribunal desde la Sentencia de 21 de julio de 2011, Asunto C-104/10, *Caso Kelly*.

74. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Boletín Oficial del Estado nº 245 de 11 de octubre.

inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario titular del proceso de selección a ofrecer una explicación razonable y objetiva que pueda constituir prueba suficiente de que su conducta no es discriminatoria; es decir, que responde a los criterios de proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

Ahora bien, el acceso a la información que pueda permitir a la persona agraviada presentar elementos suficientes que acrediten la discriminación, no es tan claramente un derecho reconocido por la Directiva. Así, el TJUE en su Sentencia de 2 de julio de 2011 (asunto *Kelly*), ya citada, concluyó, que la Directiva entonces vigente, 97/80, no preveía, a favor de la persona que se considerase perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le fuera posible acreditar los hechos referidos, que, a su vez, permitiesen activar la presunción de existencia de discriminación directa o indirecta; aunque reconocía el propio Tribunal, que la negativa de la empresa a facilitar dicha información “puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular”. Por ello, el Tribunal, en su Sentencia de 19 de abril de 2012 (Asunto 415/10), vino a aclarar que “en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54”.

Así, en el caso concreto de los derechos de quien pretende acceder a un empleo, donde es más difícil obtener información sobre el proceso selectivo, conforme a la doctrina del TJUE, no existe un derecho del candidato que participa en un proceso de selección y no es seleccionado, a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección, el empresario ha contratado a otro candidato; pero es preciso considerar que “una denegación total de información por parte de la empresa puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”⁷⁵.

Así, correspondería al tribunal nacional considerar si existen indicios suficientes para considerar acreditados los hechos, pero también para determinar si la ausencia total de información sobre el proceso de selección o la negativa de la empresa a facilitar dicha información, es un factor que lleva a frustrar los objetivos de la directiva cuando se refiere a la acreditación de los hechos constitutivos de trato discriminatorio.

Tal doctrina podría servir de base para exigir a las empresas, finalizado un proceso de selección de personal, información sobre los criterios utilizados. Algunos autores han abogado por que sea la legislación interna la que determine el derecho de

75. STJUE de 19 de abril de 2012 (asunto 415/10), *Meister*, apartado 47.

acceso a dicha información, por ejemplo, de los representantes de los trabajadores; lo que sucede en el caso de los reconocimientos médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Derecho que podría regularse también en la negociación colectiva.

4.2. La vulneración de la indemnidad del trabajador tras realizar reclamaciones con motivo de las medidas de protección adoptadas por la empresa frente a la Covid-19

Otro aspecto a considerar en la protección del trabajador, frente a las decisiones sancionadoras del empresario, es el relacionado con las reclamaciones que éste puede llevar a cabo para solicitar una adecuada protección frente a la COVID-19, exigiendo, por tanto, el cumplimiento de las normas impuestas por las autoridades sanitarias y la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, o incluso el Gobierno, a través de Reales Decretos Leyes, como sucedió al inicio de la pandemia. Se trata de la denominada “indemnidad” del trabajador.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, “la garantía de indemnidad consiste en que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”, 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)⁷⁶. Y es especialmente relevante en esta doctrina la inclusión de esos actos preparatorios o previos, que normalmente se manifiestan, entre otros casos, en reclamaciones que el trabajador dirige al empresario, exigiendo el cumplimiento de la normativa o el respeto de ciertos derechos.

Dos son, por tanto, los aspectos a considerar en esa garantía de indemnidad del trabajador, como nos recuerda el TS; por un lado, la declaración de nulidad, y no de improcedencia, del despido que se lleve a cabo vulnerando la garantía de indemnidad del trabajador; y, por otro, que para que pueda producirse el desplazamiento de la carga de la prueba, el trabajador ha de acreditar un indicio o principio de prueba “que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido”⁷⁷.

Pues bien, si aplicamos esta doctrina a los supuestos en los que es el trabajador el que resulta despedido, tras haber realizados reclamaciones en relación con la exigencia de adopción, por parte del empresario, de medidas de protección frente a la Covid-19, podremos encontrar algún pronunciamiento ya de nuestros tribunales en esta línea. Se declara, así, nulo el despido de una trabajadora que, tras poner de

76. Así lo recuerda la STC 14/1993, de 18 de enero.

77. Vid. STS de 24 de junio de 2020 (rcud. 347/2017).

manifiesto su condición de paciente de especial riesgo frente a este virus, exige una evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo y anuncia su intención de solicitar su baja médica a la Mutua. Así, la declaración de nulidad se produce al comprobar el juzgador que existe un nexo cronológico entre el despido y las reclamaciones, “pues la decisión extintiva acontece cuando estas últimas se intensificaron, y como presunta reacción ante unas ausencias que, como la empresa perfectamente conocía, obedecían a la legítima finalidad de la demandante de preservar su salud”⁷⁸.

4.3. Las competencias del orden jurisdiccional social cuando la discriminación tiene lugar en un proceso de selección

En cuanto a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones litigiosas relacionadas con los procedimientos de selección e intermediación laboral, el artículo 2 p) de la LRJS, se refiere expresamente a ellos, tanto cuando son llevados a cabo por entidades públicas como privadas, si bien con una expresión literal que puede generar bastantes dudas en relación a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación a las empresas o a las plataformas que ponen en conexión a los demandantes de empleo con las empresas oferentes. El precepto de la Ley procesal indica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios “en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente”. Dada la literalidad de la norma hay quien ha manifestado la dificultad de incluir en el concepto de “entidades colaboradoras” a las empresas o a las plataformas de búsqueda de empleo⁷⁹, lo que haría difícil el encaje de los litigios suscitados entre la empresa y el candidato a un puesto de trabajo en este precepto.

Coincidimos en mantener las dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional social en estos casos en que se vulneran derechos fundamentales en el proceso de selección o simplemente en las entrevistas personales de los candidatos a dichos procesos. Sin embargo, sí resulta incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por tanto, serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral” (artículo 2 n). De este modo, si, como consecuencia de una actuación discriminatoria por parte de la empresa durante un proceso de selección de personas trabajadoras, la Inspección de Trabajo interviniera y

78. Vid. SJS de Barcelona, de 14 de diciembre de 2020 (AS/2021/404).

79. Olarte Encabo, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, nº 119, 2020, p.95.

extendiera Acta de Infracción, la resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa en este proceso sancionador sí sería impugnabile ante la jurisdicción social, entrando a conocer el juzgador del orden social la cuestión sobre la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo⁸⁰.

5. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Es interesante considerar la doctrina, no siempre pacífica, de nuestros tribunales del orden jurisdiccional social, encabezados por el Tribunal Supremo, en relación con la determinación de una indemnización por la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, que acompaña a la sentencia que declara la nulidad del despido o del acto, norma o decisión que los vulnera⁸¹.

Aunque, como nos recuerda el propio Tribunal, no toda vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores lleva aparejado un daño moral o perjuicio⁸², es posible que ello suceda si el demandante alega y prueba el citado daño consecuencia de la conducta lesiva. Ya que, como ha afirmado el Tribunal, no podemos entender que, en caso de que exista ese daño, no podría entenderse compensado sólo por las consecuencias económicas que genera la declaración de la nulidad del despido o

80. Podemos ver por ejemplo la STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012), o la Sentencia del Juzgado de los Social de Murcia, de 7 de mayo de 2018 (procedimiento 13/2018) en los que se consideran supuestos de discriminación en procesos de selección de trabajadores.

81. Sobre el tema Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi (2011) y López Terrada (2021).

82. Si bien podemos encontrar sentencias del TS donde sí se reconocía esa presunción de existencia de daño indemnizable, lo cierto es que desde la STS de 22 de julio de 1996 (rec. 3780/1995), tiene lugar un cambio de doctrina, a partir del cual el TS considera que el demandante debe alegar y razonar en su demanda los fundamentos de la pretensión indemnizatoria. Pronunciamiento que encontramos reiterado en sentencias posteriores como la STS 28 de febrero de 2000 (rec. 2346/1999) y 17 de enero de 2003 (rec. 3650/2001); conforme a las cuales, el hecho de que la norma exija que “la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”, no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

la consideración de una infracción administrativa, conforme a lo preceptuado en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁸³.

Lo cierto es que la simple alegación del daño o perjuicio causado por la conducta discriminatoria, acompañado de una aportación de indicios o puntos de apoyo suficientes que permitan entender su existencia, es suficiente para que nuestros tribunales hayan reconocido la indemnización correspondiente. Ahora bien, la regla para la determinación de la cuantía es lo que constituye en cierto modo una novedad. Aunque no podemos decir que haya existido un criterio uniforme para la determinación de la misma, ya que, conforme a la jurisprudencia del TS, ha de ser el órgano jurisdiccional, atendiendo a las peculiaridades del caso, quien determine el importe de la indemnización “de manera discrecional, sin que su decisión pueda ser revisada en el recurso, salvo que resulte irrazonable o desproporcionada”⁸⁴.

Así, hemos de considerar, en primer lugar, que el artículo 183 de la LRJS establece que la determinación de la cuantía de la indemnización que corresponda por haber sufrido discriminación u otra lesión de los derechos fundamentales del demandante, se hará “en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”. Y, añade el precepto que, “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Por tanto, con esta doble finalidad, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de cuantificar el daño tomando como referencia la sanción administrativa que correspondiera, conforme a la infracción recogida en la LISOS que coincida con la conducta ilícita⁸⁵, criterio que ha sido ampliamente secundado por nuestros Tribunales Superiores de Justicia y que podría resultar aplicable a los supuestos de discriminación por razones sanitarias, como las relacionadas con la Covid-19.

No obstante, dado que la determinación de las sanciones en la LISOS aplica una técnica que se mueve en una franja determinada por la propia norma, en función de los criterios aplicables por el órgano sancionador, dividiendo a éstas en grados mínimo, medio y máximo; no resulta objetivo el criterio teniendo en cuenta la amplitud de dichas franjas económicas de determinación de la sanción administrativa. Es por

83. Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2011, 2 (versión digital).

84. STS 24 de junio de 2009 (rcud. 622/2008), recuperando la doctrina emanada de las STS de 6 de marzo de 1998 (rec. 1884/1997) y de 12 de diciembre de 2005 (rec. 59/2005). Algunos ejemplos de la cuantificación y cálculo de estas indemnizaciones por nuestros tribunales pueden verse en Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2011, 4 y 5 (versión digital).

85. STC 247/2006 y STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 7/2017), de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012) y de 15 de febrero de 2012 (rec. 67/2011).

ello que siempre corresponderá al órganos jurisdiccional determinar si la cuantía solicitada resulta acorde a la gravedad de la conducta vulneradora del derecho fundamental y a esa doble finalidad reparadora del daño y preventiva de la conducta ilícita⁸⁶.

Cuestión distinta, aunque importante en este punto de nuestro estudio, es la competencia del orden jurisdiccional social y la posible interferencia con el enjuiciamiento del caso en la vía penal. En este caso, el Tribunal Supremo ha venido considerando, con lógica, que “lo que no se manifiesta como razonable es admitir el ejercicio de una misma acción resarcitoria de los perjuicios sufridos, con origen en los mismos hechos, en dos procedimientos distintos ante órdenes jurisdiccionales diferentes, cuando en ambos supuestos se trata de alcanzar el mismo fin”⁸⁷. De este modo, para evitar compensar doblemente el daño o perjuicio, una vez hayamos ejercitado la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios en vía penal, “hasta que ésta concluya, no puede reiterarse ante el orden social”, si bien, con la finalidad de salvaguardar el ejercicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), considera el alto Tribunal, que “el trámite de la causa criminal interrumpe el plazo de prescripción de la acción en vía laboral”⁸⁸.

6. CONCLUSIONES

La pandemia provocada por la COVID-19 ha golpeado fuertemente nuestras economías y ha tenido un importante impacto en las relaciones laborales generando situaciones hasta ahora desconocidas para empresarios y trabajadores. Los conflictos se han sucedido en el ámbito laboral como consecuencia de la aplicación de las normas, aparentemente neutras, frente a estas soluciones; pero también como consecuencia de decisiones extintivas o limitativas del acceso al empleo de las personas, sobre la base de causas relacionadas con la enfermedad.

Hemos intentado recopilar las principales cuestiones que han ido apareciendo a raíz de los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, intentando aportar una solución conforme a las normas comunitarias y leyes internas vigentes, así como a la jurisprudencia existente hasta el momento. En ciertas ocasiones, podemos concluir que el debate sigue abierto, al tratarse de pronunciamientos de primera instancia que deberán resolver los tribunales de segunda instancia y, por último, el Tribunal

86. Podemos encontrar supuestos en los que el órgano jurisdiccional ha corregido a la baja la cuantía indemnizatoria solicitada por el demandante, incluso cuando ésta se encontraba dentro de los parámetros fijados por la LISOS; tal es el caso de la SAN de 14 de mayo de 2019 (AS 2019/1888) o la STSJ Galicia de 29 de noviembre de 2018 (rec. 2283/2018). Vid. en extenso sobre el tema López Terrada 2021, 22-24.

87. STS de 5 de junio de 2005 (rcud. 1838/2004).

88. De nuevo, STS de 5 de junio de 2005.

Supremo o el Tribunal Constitucional. Por todo ello, sin perjuicio de haber avanzado lo que consideramos una primera solución del conflicto, deberemos estar atentos a los citados pronunciamientos judiciales o a las soluciones que el legislador pueda aportar ante la nueva situación sanitaria por la que atravesamos.

No nos cabe duda, después de haber analizado cuestiones que afectan a derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, la salud, el trabajo o la propia igualdad y no discriminación en el trabajo, de que una regulación adecuada a las circunstancias ayudaría a arrojar cierta luz a la práctica del derecho laboral y a evitar actitudes y comportamientos que afecten de forma negativa a los derechos de los trabajadores. La improvisación ante circunstancias como las vividas tras la pandemia de dimensiones mundiales, conduce a un inseguridad que en nada beneficia las relaciones entre empresarios y trabajadores. Es tiempo ya, por tanto, una vez ha pasado la presión inicial de las circunstancias, de reflexionar y elaborar un acervo normativo suficiente que permita establecer las reglas de actuación ante futuras repeticiones de la situación de crisis sanitaria por la que hemos atravesado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Barrero Ortega, Abraham (2020), “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, en el Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, entrada de 9 de diciembre de 2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>
- Beltrán De Heredia Ruiz, Ignasi (2018), “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conjero y su recepción interna”, <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús R. (2017), “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, nº12, versión digital.
- Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz (2017), “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en el libro colectivo García Murcia, Joaquín (director), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, pp. 445-478.
- Igartua Miró, María Teresa (2011), *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Tecnos.
- López Terrada, Eva (2021), “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1), 2-39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>
- Monereo Pérez, José Luis (2017), “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”,

en *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum.

- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel (2018), “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: Estudio jurídico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 C-270/16, Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, *La Ley Unión Europea*, 57 (LA LEY 2491/2018).
- Olarte Encabo, Sofía (2020), “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, nº 119, pp. 79-98.
- Pérez Domínguez, Fernando (2020), “Pasaporte Covid: ¿pasaporte hacia un empleo?”, Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, entrada de 30 de octubre de 2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2018), “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, nº 113, pp. 31-44.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2021), “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 3, pp. 1-14.
- Sempere Navarro, Antonio V. y San Martín Mazzucconi, Carolina (2011), *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi.
- Val Tena, Angel Luis de (2020), “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, 119, pp. 99-123.

LA NUOVA PROPOSTA EUROPEA SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE E LE RELAZIONI DI LAVORO

LA NUEVA PROPUESTA EUROPEA SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y RELACIONES LABORALES

Patrizia Tullini
Prof.ssa Ordinaria di Diritto del Lavoro
Università di Bologna
ORCID: 0000-0002-8184-1850
patrizia.tullini@unibo.it

ABSTRACT: Il contributo esamina i principi cardine della disciplina europea sull'Intelligenza Artificiale e la sua applicazione negli ordinamenti nazionali per lo sviluppo dei rapporti di lavoro. In particolare, si concentra sulle recenti proposte dell'Unione Europea, come la Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro sulle piattaforme e il Regolamento dell'Unione Europea sull'Intelligenza Artificiale.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza Artificiale, relazioni di lavoro, lavoro tramite piattaforma digitale, Regolamento Europeo sulla IA.

RESUMEN: El aporte examina los principios clave de la disciplina europea sobre l'Inteligencia Atificial y su aplicaciòn en los ordenamientos jurídicos nacionales para el desarrollo de las relaciones laborales. En particular, se centra en las propuestas recientes de la Unión Europea, como la Directiva relativa a la mejora de las condiciones en el trabajo en plataformas y el Reglamento de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial.

PALABRAS CLAVES: Inteligencia Artificial, Relaciones Laborales, Trabajo en Plataformas; Reglamento Europeo sobre IA.

SOMMARIO: 1. SISTEMI AZIENDALI INTELLIGENTI E PROFILAZIONE DEI LAVORATORI: I PRINCIPI-CHIAVE PREVISTI DALLA NORMATIVA EUROPEA. 2. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA EUROPEA SUL LAVORO TRAMITE PIATTAFORMA DIGITALE. 3. LA GESTIONE AZIENDALE ALGORITMICA E IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO. 4. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL MERCATO UNICO E L'IMPATTO SUI DIRITTI SOCIALI. L'ESIGENZA DI UN CORRETTO COORDINAMENTO DELLE FONTI EUROPEE. 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMARIO: 1. SISTEMAS DE EMPRESA INTELIGENTE Y PERFILES DE TRABAJADORES: LOS PRINCIPIOS CLAVE PREVISTOS POR LA LEGISLACIÓN EUROPEA. 2. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL TRABAJO A TRAVÉS DE UNA PLATAFORMA DIGITAL. 3. LEY DE GESTIÓN EMPRESARIAL ALGORÍTMICA Y ANTIDISCRIMINACIÓN. 4. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MERCADO ÚNICO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS SOCIALES. LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA COORDINACIÓN DE LAS FUENTES EUROPEAS. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. SISTEMI AZIENDALI INTELLIGENTI E PROFILAZIONE DEI LAVORATORI:
I PRINCIPI-CHIAVE PREVISTI DALLA NORMATIVA EUROPEA

Il Libro Bianco della Commissione Europea sull'intelligenza artificiale (IA) riassume i principali vantaggi, ma anche le ambivalenze, dell'evoluzione tecnologica in atto: da un lato, «l'intelligenza artificiale si sta sviluppando rapidamente» e consentirà un incremento di «efficienza dei sistemi di produzione». D'altra parte, tuttavia, l'utilizzo intenso e massivo degli algoritmi può comportare «una serie di rischi potenziali, meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle vite private»¹.

La crescita del mercato unico si fonda in misura sempre maggiore sul valore economico dei dati e sulla loro circolazione, pertanto le istituzioni europee si sforzano di creare un «clima di fiducia» nei confronti dell'IA, con l'obiettivo di promuoverne l'applicazione più ampia possibile e, al contempo, di governare i rischi potenziali che vi sono associati.

1. Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia – COM(2020)65 final, 1. Cfr. inoltre Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025, COM(2020) 152 final, secondo cui gli algoritmi «se non sufficientemente trasparenti e robusti, rischiano di riprodurre, amplificare o contribuire a pregiudizi di genere di cui i programmatori possono non essere a conoscenza»; EDPB (European Data Protection Board), Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for purposes of Regulation 2016/679; Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *Big Data* per i diritti fondamentali: *privacy*, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto (2016/2225(INI)).

L'approccio normativo europeo è articolato su alcuni principi-chiave che sono, in gran parte, previsti dal Regolamento di protezione dei dati personali (GDPR).

Anzitutto, ogni attività di trattamento dei dati deve rispondere ai principi di trasparenza e di correttezza, secondo la logica della c.d. *accountability*. Quest'ultima espressione, contenuta nel GDPR, può essere tradotta come responsabilità e, insieme, come prova della responsabilità: nel senso che l'impresa deve adottare e dimostrare di aver adottato le misure tecnico-organizzative idonee alla salvaguardia dei dati personali (ad es., utilizzando i criteri di *privacy by design* e *privacy by default*; la valutazione d'impatto del trattamento: artt. 25 e 35, GDPR)².

Nei confronti del soggetto interessato dal trattamento dei dati opera soprattutto la garanzia di informazione preventiva, che comprende anche il diritto ad ottenere una spiegazione delle operazioni che si avvalgono di algoritmi (c.d. *right of explanation*: artt. 13 e 15, GDPR). La fonte normativa europea vieta inoltre le attività che sono completamente automatizzate e contempla, in aggiunta, il principio c.d. *human in command*, secondo il quale occorre sempre una supervisione umana sull'azione dei sistemi intelligenti quando si producano effetti giuridici «significativi» nella sfera della persona (art. 22 GDPR).

Nella strumentazione di tutela rispetto all'impiego degli algoritmi va considerata anche la tecnica di anonimizzazione dei dati personali. Com'è noto, i dati anonimi sono considerati estranei al campo di applicazione del GDPR e il legislatore europeo incoraggia tutte le pratiche di riduzione dell'identificabilità della persona (c.d. pseudo-anonimizzazione: art. 4, par. 5, GDPR)³. L'attività di profilazione, tuttavia, non è del tutto impedita o esclusa dall'anonimato: infatti, quando l'impresa disponga di un ampio volume di informazioni, è possibile ottenere una re-identificazione della persona utilizzando tracce che sono in apparenza neutre, oppure collegando *cluster* di dati alle cose per il tramite di *Internet of Things* (ad es., i dati di geolocalizzazione possono consentire la re-identificazione del lavoratore).

Richiamando questi principi-chiave e le garanzie introdotte dal GDPR, la giurisprudenza italiana ha condannato la profilazione dei lavoratori da parte delle piattaforme digitali e la scarsa comprensibilità dei sistemi intelligenti. Ha imposto di osservare la disciplina di protezione dei dati personali nell'utilizzo degli algoritmi e ha riconosciuto, a favore dei lavoratori digitali, «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di

2. Finocchiaro 2017, 10.

3. La pseudonimizzazione è un trattamento dei dati «in modo tale che non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile» (*Considerando* 29, GDPR).

contestare la decisione aziendale adottata in modo automatizzato»⁴. Secondo la Corte di Cassazione, le garanzie dell'informazione preventiva e della trasparenza non sono soddisfatte quando il funzionamento dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restano ignoti e non sono conoscibili dai soggetti interessati⁵.

Anche il Garante italiano della *privacy* ha chiarito che le operazioni effettuate con il supporto dell'IA richiedono misure appropriate di tutela per minimizzare il rischio di errori ed ha condannato alcune piattaforme del settore *food delivery* (ad es., Deliveroo; Foodinho) per non aver verificato periodicamente la correttezza della gestione algoritmica e dei suoi effetti, allo scopo di prevenire eventuali discriminazioni a carico dei lavoratori⁶.

2. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA EUROPEA SUL LAVORO TRAMITE PIATTAFORMA DIGITALE

I principi-chiave della gestione algoritmica e le misure di tutela della persona previste dal Regolamento europeo di *privacy* sono state recepite anche dalla Proposta di Direttiva sulle condizioni di lavoro tramite piattaforma digitale⁷, con l'aggiunta di maggiori dettagli applicativi.

Il diritto all'informazione preventiva assume un contenuto più ampio e definito rispetto a quanto già previsto dal GDPR: secondo la Proposta di Direttiva, infatti, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'informazione preventiva e la spiegazione sul funzionamento dell'algoritmo in una forma comprensibile e concretamente fruibile dal lavoratore. La piattaforma digitale deve dichiarare, inoltre, quali tipologie di provvedimenti aziendali utilizzano l'IA e i principali parametri («main parameters») adottati dalla gestione algoritmica, in particolare quando incide sulle condizioni di lavoro (ad es., mansioni e retribuzione, tutela della salute e sicurezza sul lavoro, orario di lavoro, accesso alla piattaforma; sospensione e cancellazione dell'*account*) (art. 6, par. 1-2).

4. Cfr. Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, secondo cui la scarsa trasparenza dell'algoritmo della piattaforma «preclude in radice una più approfondita indagine sulla discriminazione» dei lavoratori. Per un commento v. Ballestrero 2021. Cfr. inoltre Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, che ha ritenuto illegittimo un concorso pubblico che aveva applicato un algoritmo opaco e non conoscibile da parte dei candidati interessati.

5. Cass., sez. civ., 25 marzo 2021, n. 14381.

6. Garante Protezione Dati Personali, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho srl, provv. n. 234 del 10.6.2021, *doc. web* n. 9675440; Id., Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy srl, provv. n. 285 del 22.7.2021. In dottrina v. Donini 2019; Donini 2017, 35.

7. Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work – COM(2021) 762 final, 9 dicembre 2021. Per un commento della Proposta di direttiva v. Donini 2022, 25; Barbieri 2021, 1.

La Proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma ribadisce, inoltre, l'obbligo della supervisione umana nelle decisioni e nei processi automatizzati (art. 8). Ciò dovrebbe consentire al lavoratore digitale di rivolgersi ad un esperto aziendale per chiedere una spiegazione sul funzionamento dell'IA ed eventualmente ottenere la rettifica degli effetti determinati dall'applicazione dell'algoritmo, purchè si tratti sempre di effetti giuridici «significativi» nella sfera personale (come già previsto dal GDPR).

Non è chiaro, tuttavia, cosa debba intendersi per effetti «significativi» nella sfera del lavoratore; probabilmente la Proposta europea intende riferirsi ai provvedimenti aziendali automatizzati che sono in grado di modificare o di incidere in senso peggiorativo sullo *status* contrattuale del lavoratore.

In linea di principio, l'obbligo di trasparenza imposto alle piattaforme in caso di adozione di algoritmi ha un indubbio rilievo nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, ma occorre considerare le asimmetrie informative e il differenziale di potere giuridico che caratterizza il rapporto di lavoro. Da questo punto di vista, le tecniche di tutela riconosciute a livello individuale risultano spesso inadeguate o inefficaci, mentre sarebbe più utile potenziare i diritti collettivi e promuovere una regolazione per via sindacale dei processi aziendali di *Data analytics*.

E' vero che le istituzioni europee sollecitano l'intervento delle rappresentanze dei lavoratori e il ricorso alla contrattazione collettiva, per contrastare l'invadenza dell'IA e l'eventuale impatto negativo sui diritti sociali, ma – a ben guardare – ai soggetti collettivi non sono attribuiti diritti particolari né prerogative aggiuntive rispetto a quelle che sono già riconosciute ai singoli lavoratori.

Nella Proposta di Direttiva sulle piattaforme digitali c'è un passo avanti rispetto alla disciplina contenuta nel GDPR: i Paesi membri sono tenuti a rafforzare le prerogative delle rappresentanze sindacali in linea con la dir. 2002/14/Ce sui diritti collettivi di informazione e consultazione (art. 9). Ma, in mancanza dei soggetti sindacali, si prevede che i diritti di informazione siano direttamente attribuiti ai lavoratori digitali, eventualmente con l'assistenza di esperti dell'IA⁸. Dunque, non si prevede un autentico rafforzamento del potere collettivo nei confronti della gestione algoritmica: il livello collettivo e quello individuale sembrano fungibili oppure in alternativa tra loro.

A partire dal GDPR, le fonti normative europee in materia di IA continuano a privilegiare soprattutto la titolarità e l'esercizio dei diritti individuali.

8. Cfr. art. 9, par. 1: «Member States shall ensure information and consultation of platform workers' representatives or, where are no such representatives, of the platform workers».

3. LA GESTIONE AZIENDALE ALGORITMICA E IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

La complessità della regolazione dei sistemi intelligenti è innegabile. La trasparenza è un obiettivo molto difficile da raggiungere rispetto alle innumerevoli potenzialità degli algoritmi e i diritti del lavoratore all'informazione e alla c.d. *explainability* mancano spesso di concretezza o di effettività.

Persino i programmatori e gli esperti informatici faticano a comprendere le caratteristiche di molte tecnologie intelligenti che sono capaci di funzionare in modo completamente autarchico. Gli algoritmi e i processi aziendali di *machine learning* possono essere addestrati per conseguire finalità specifiche e predeterminate (*supervised*), ma sono anche in grado d'individuare in modo autonomo finalità ulteriori e persino imprevedibili, senza alcuna precisa istruzione da parte del programmatore (*unsupervised*). Rispetto a simili operazioni e trattamenti di dati si può toccare con mano l'insufficienza delle tradizionali tecniche di garanzia del lavoratore⁹.

Lo sviluppo scientifico e tecnologico si sta velocemente orientando verso il *cognitive computing* nel quale le macchine "senzienti" risulteranno molto complicate anche per la comprensione umana. Persino il Libro Bianco europeo riconosce che «le autorità pubbliche e le persone interessate potrebbero non avere i mezzi per verificare come sia stata presa una decisione con l'IA e, di conseguenza, se sia stata rispettata la normativa»¹⁰.

In questo panorama della digitalizzazione in rapido sviluppo, al di là dei principi-chiave introdotti dalla normativa europea sul trattamento dei dati personali, un supporto rilevante per la tutela del lavoratore è offerto soprattutto dal diritto antidiscriminatorio nella sua dimensione multilivello (europea e nazionale)¹¹.

La disciplina antidiscriminatoria opera già al momento della progettazione dei sistemi aziendali intelligenti e nella fase della raccolta delle informazioni che sono destinate alla gestione algoritmica. È noto, infatti, che i dati di costruzione e di addestramento degli algoritmi possono nascondere discriminazioni sul piano individuale e collettivo; possono incorporare pregiudizi e stereotipi sulla base del genere o di altri fattori; possono causare ingiustificate disparità di trattamento, anche in modo involontario¹².

9. Cfr. Tullini 2022, 120-126; Tullini 2020, 58.

10. Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, cit. 13.

11. De Simone 2022, 127; Barbera 2021, 1; Xenidis 2020, 736-758. Al tema della gestione algoritmica delle piattaforme digitali e della discriminazione è dedicato il n. 2/2021 della Rivista *Labour & Law Issues*, <https://labourlaw.unibo.it>

12. Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, cit., 12: «Tali rischi potrebbero derivare da difetti nella progettazione (ad es., se un sistema è addestrato utilizzando solo o principalmente dati riguardanti gli uomini, il che comporta risultati non ottimali per quanto concerne le donne)». Secondo il *Considerando* 71 del GDPR, la qualità dai dati raccolti – nel senso della loro esattezza, accuratezza e

Il diritto antidiscriminatorio sembra in grado di fornire gli strumenti tecnici (sostanziali e processuali)¹³ idonei a contrastare le illecite penalizzazioni a carico di singoli o di gruppi di lavoratori. Per sua natura, implica una comparazione degli effetti concreti che sono provocati dall'applicazione dell'IA nelle decisioni e nelle scelte aziendali. La struttura oggettiva (*by effects*) del giudizio antidiscriminatorio prescinde da ogni valutazione relativa all'intenzione o alla volontà del datore di lavoro, e permette di verificare la presunta neutralità, sotto il profilo delle finalità e dei mezzi, delle tecnologie utilizzate dall'impresa.

In verità, non mancano le difficoltà di adattamento del vigente diritto antidiscriminatorio rispetto alle potenzialità e ai rischi dell'IA a carico dei diritti fondamentali del lavoratore. Le difficoltà di colgono specialmente a proposito delle pratiche aziendali di profilazione dei lavoratori, che non si ritengono di per sé censurabili, salvo il rispetto della disciplina di protezione dei dati, mentre sembrano emergere maggiori perplessità sul piano della parità di trattamento e del divieto di discriminazione.

Probabilmente, la stessa nozione giuridica di discriminazione sul lavoro (nella forma diretta e indiretta) dovrebbe essere aggiornata e concettualizzata in modo nuovo, per renderla più adeguata all'ambiente digitale e al modo di operare dell'IA.

4. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL MERCATO UNICO E L'IMPATTO SUI DIRITTI SOCIALI. L'ESIGENZA DI UN CORRETTO COORDINAMENTO DELLE FONTI EUROPEE

Le regole di tutela introdotte per la gestione dei sistemi intelligenti da parte dell'impresa devono tener conto della Proposta di Regolamento europeo sull'IA (c.d. Legge sull'IA)¹⁴. Le istituzioni europee, infatti, sembrano aver imboccato percorsi in parte divergenti, che non escludono le sovrapposizioni ed un eventuale conflitto tra le regole dettate per la gestione algoritmica.

È noto che la Direttiva sulle condizioni del lavoro tramite piattaforma digitale ha un contenuto di carattere sociale e richiede la trasposizione legislativa negli ordinamenti nazionali. La Proposta europea si basa sull'art. 153, paragrafo 1, lett. b), del TFUE che conferisce all'Unione il potere di sostenere e di completare l'azione degli Stati membri per migliorare le condizioni di lavoro, oltre che sull'art. 16, paragrafo

pertinenza – può scongiurare diversi profili di illegittimità e di discriminazione che si annidano nelle applicazioni dell'IA.

13. Novella 2021, 525.

14. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'IA (legge sulla IA) e modifica alcuni atti legislativi del 21 aprile 2021, COM(2021)206, final. Per un commento della Proposta v. Pizzetti 2021, 591.

2, del TFUE, in quanto si occupa delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma per assicurare la protezione dei loro dati personali trattati con sistemi automatizzati.

Del tutto diversa è la base giuridica della Proposta di Regolamento sull'IA, che è individuabile nella disciplina del mercato interno (art. 114 TFUE) e costituisce «una parte fondamentale della strategia dell'Unione per il mercato unico digitale». Nelle intenzioni del legislatore europeo, l'efficacia diretta della regolazione armonizzata sull'IA, conformemente all'art. 288 del TFUE, è diretta a ridurre la frammentazione normativa e a facilitare lo sviluppo di un mercato unico dei sistemi intelligenti. Si tratta, dunque, di una fonte normativa di carattere auto-esecutivo e di immediata applicabilità negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, infatti, le regole armonizzate attinenti alla disciplina e al funzionamento del mercato interno sono destinate a prevalere sulle norme eurounitarie in materia di diritti sociali e su quelle di matrice nazionale. Ciò significa che il corretto coordinamento tra le due fonti normative assume un particolare rilievo nella prospettiva della tutela dei diritti dei lavoratori, al fine di evitare una regressione dell'*acquis* europeo in materia sociale.

Allo stato, il raccordo tra le fonti europee in materia di IA non risulta sempre chiaro. La Proposta di Regolamento sull'IA dovrebbe inserirsi in un pacchetto più ampio di misure dirette ad affrontare i problemi posti dalla digitalizzazione, come anticipato dal Libro Bianco e dalla Comunicazione della Commissione europea sul futuro digitale dell'Europa¹⁵. Tuttavia non sembrano garantite la coerenza e la complementarità delle regole armonizzate sull'IA rispetto ad altre iniziative della Commissione, come dimostra il fatto che la Proposta di Direttiva sulle condizioni di lavoro tramite piattaforma digitale non viene neppure richiamata.

L'allegato III della Proposta di Regolamento sull'IA si riferisce a:

«Sistemi di IA destinati all'assunzione o selezione di persone, per la pubblicità di offerte di lavoro, lo screening delle domande, la valutazione dei candidati nel corso di colloqui o prove»;

«Sistemi intelligenti per prendere decisioni su promozione e cessazione rapporti di lavoro, per l'assegnazione di attività, la valutazione della prestazione e il comportamento delle persone nei rapporti di lavoro».

Questi sistemi aziendali intelligenti sono classificati dalla Proposta di Regolamento europeo come «sistemi a rischio elevato», in considerazione della loro potenziale incidenza sui diritti fondamentali dei lavoratori. Pertanto, devono essere sottoposti a procedure di validazione da parte del loro produttore o, in alcune ipotesi, da parte di un organismo terzo, il c.d. «organismo notificato».

15. Comunicazione della Commissione europea, "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" (COM(2020) 67 final).

In altri termini, la c.d. Legge sull'IA sembra dare per scontato l'utilizzo legittimo dei sistemi intelligenti da parte dell'impresa, con la sola condizione che vengano rispettate le procedure di validazione previste dal Regolamento medesimo. Ciò solleva alcuni dubbi di compatibilità rispetto alla Proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale che, invece, sottopone la gestione algoritmica aziendale ad una disciplina più stringente e vincolante.

Si deve aggiungere che, nell'ordinamento giuslavoristico italiano, appare molto problematico l'utilizzo dei sistemi intelligenti ai fini dell'assunzione dei lavoratori, del controllo a distanza sulla prestazione e del monitoraggio sul comportamento. L'art. 4 dello Statuto dei lavoratori introduce un preciso divieto rispetto all'esercizio del potere datoriale di controllo tecnologico sull'adempimento dell'attività lavorativa e, in generale, sui comportamenti. Ma, in questa materia, regole di tutela dei lavoratori sono presenti in diversi ordinamenti degli Stati membri.

Le legislazioni nazionali, come quella italiana, prevedono spesso il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali oppure favoriscono il ricorso alla contrattazione collettiva per definire le modalità di esercizio e i limiti del potere di controllo tecnologico nell'impresa. Al contrario, il Progetto di Regolamento europeo sull'IA non attribuisce alcun ruolo specifico alle parti sociali rispetto all'utilizzo dei sistemi aziendali intelligenti, seppure siano universalmente considerati come «sistemi a rischio elevato».

Il testo regolamentare europeo sull'IA sembra allontanarsi anche dall'applicazione del principio-chiave contenuto nel GDPR che prevede l'obbligo della supervisione umana nelle procedure aziendali e nelle decisioni automatizzate (c.d. *human in command*). Non è prevista, infatti, alcuna formazione specialistica per i soggetti che sono preposti al funzionamento dei sistemi intelligenti e non si riconosce ai lavoratori la possibilità di contestare o di rettificare gli impatti derivanti dall'utilizzo dell'AI sulle condizioni di lavoro.

Se il Regolamento sull'IA sarà approvato dall'Unione europea nel testo attuale, si profila il rischio che le legislazioni dei Paesi membri più garantiste e orientate alla tutela dei diritti sociali vengano superate dall'intervento di taglio "liberista", diretto soprattutto a facilitare la circolazione e la commercializzazione degli sistemi algoritmici nel mercato unico.

In conclusione, appare urgente stabilire i criteri per un corretto coordinamento - sul piano delle politiche, delle finalità e delle regole - delle diverse fonti europee in materia di IA: il coordinamento normativo risulta essenziale se si vuole evitare un possibile effetto regressivo dei diritti dei lavoratori negli ordinamenti nazionali.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Ballestrero, M.V. (2021), “Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma”, *Labor*, 1-10.
- Barbera, M. (2021), “Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione”, *Labour & Law Issues*, vol. 1.
- Barbieri, M. (2021), “Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma”, *Labour & Law Issues*, vol. 2, C. 1-20.
- De Simone, G. (2022), “Discriminazione”, in Novella, Marco; Tullini, Patrizia (Dir.), *Lavoro digitale*, Ed. Giappichelli, Torino, 127-151.
- Donini, A. (2017), “Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante privacy”, *Labour & Law Issues*, vol. 1, 35-
- Donini, A. (2019), *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna University Press.
- Donini, A. (2022), “Piattaforme”, in Novella, Marco; Tullini, Patrizia (Dir.), *Lavoro digitale*, Ed. Giappichelli, Torino, 25-45.
- Finocchiaro, G. (2017), “Introduzione la regolamento europeo sulla protezione dei dati”, *Nuove leggi civili commentate*, 10-18.
- Novella, M. (2021), “La prova della discriminazione nel rapporto di lavoro”, Marvasi, Corrado (Dir.), *Le prove nel processo del lavoro*, Ed. Giuffré, Milano, 525-552.
- Pizzetti, F. (2021), “La proposta di regolamento sull’IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 tra Mercato unico e competizione digitale globale”, *Diritto di Internet*, vol. 4, p. 591-599.
- Tullini, P. (2020), “La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy”, *Costituzionalismo.it*, I, 39-59.
- Tullini, P. (2022), “Dati”, in Novella, Marco; Tullini, Patrizia (Dir.), *Lavoro digitale*, Ed. Giappichelli, Torino, 105-126.
- Xenidis, R. (2020), “Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, 736-758.

LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN
EL EMPLEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO
DE DERECHOS SOCIALES DERIVADA DEL PROCEDIMIENTO
DE RECLAMACIONES COLECTIVAS (ART. 1.2. CSER)¹

THE PROHIBITION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT
IN THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS CASE LAW FROM
COLLECTIVE COMPLAINTS PROCEDURE (ART. 1.2 ESC REVISED)

Fernando Pérez Domínguez
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0003-1727-9864
fernando.perez@uhu.es

RESUMEN: Tras la ratificación por parte de España de la Carta Social Europea Revisada y su sometimiento al procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), este trabajo recoge la doctrina del este último en relación con la prohibición de discriminación en materia de empleo. En particular, se analiza la doctrina emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas, con el objeto de contribuir a su mejor conocimiento y promover su acogida por los operadores nacionales.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de discriminación en el empleo, Carta Social Europea revisada (CSER), Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), jurisprudencia.

1. Esta aportación forma parte de los trabajos desarrollados bajo los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

ABSTRACT: After the ratification of the Revised European Social Charter by Spain and its submission to the collective claims procedure before the European Committee of Social Rights (ECSR), this paper analyzes its case law about the prohibition of discrimination in employment. In particular, the case emanating from the collective claims procedure is analyzed, in order to contribute to its better knowledge and promote its acceptance and implementation by national operators.

KEYWORDS: Prohibition of discrimination in employment, revised European Social Charter, European Committee of Social Rights (ECSR), case law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA CSER: RECONOCIMIENTO, AUTONOMÍA Y RELACIÓN CON OTRAS PREVISIONES EN MATERIA ANTIDISCRIMINATORIA. 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CSER. 4. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN. 4.1. Discriminación por razón de sexo y discapacidad: remisión a previsiones específicas. 4.2. Discriminación por razón de nacionalidad. 4.3. Discriminación por motivos de conciencia. 4.4. Discriminación por razón de edad. 4.5. Discriminación por falta de justificación de las diferencias entre categorías de trabajadores comparables. 4.5.1. Discriminación y temporalidad: sector público vs. sector privado. 5. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, TIPOS Y EXCEPCIONES. 6. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 7. LA DINÁMICA APLICATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO. 8. GARANTÍAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA. 11. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 29 de abril de 2021 España ratificó² la Carta Social Europea Revisada (CSER), esto es, el instrumento de protección específico de derechos laborales y sociales del Consejo de Europa. Con ello, además de adherirse a una carta de derechos sociales más rica y avanzada que la versión original de 1961, España se somete, por fin, al reclamado procedimiento de reclamaciones colectivas³ ante el Comité Europeo de Derechos Socia-

2. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 2021 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE n. 139, 11/06/2021).

3. Han sido muchas las voces en la doctrina que, desde hace años, han reclamado que España aceptara tanto el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 9 de noviembre de 1995, que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas (lo que era posible incluso sin ratificar la Carta revisada de 1996), como que ratificara igualmente la versión revisada de la Carta. Por todos, véase ARENAS RAMIRO, M., “La garantía del Comité Europeo de Derecho sociales: un compromiso real con los derechos sociales”, *Lex Social*, vol. 10, n. 1, 2020, pp. 261-291; SALCEDO BELTRÁN, C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (constitución social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n. n. 83, 2018, pp. 45-74.

les (CEDS), el órgano de control del cumplimiento de la Carta. Si hasta ahora dicho Comité evaluaba periódicamente la adecuación de la normativa laboral y social española a las exigencias de la Carta (en su versión anterior de 1961) a partir de los informes presentados por el Estado, el procedimiento de reclamaciones colectivas permite que organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, así como organizaciones no gubernamentales, entre otros sujetos, puedan impugnar ante dicho Comité las normas o prácticas nacionales que entiendan disconformes con los derechos reconocidos en la Carta y las correspondientes obligaciones asumidas por los Estados Parte.

Este nuevo cauce de activación de la labor de control desarrollada por el CEDS supone reforzar el nivel de garantía de un instrumento internacional de protección de los derechos sociales muy valorado por la extensión y profundidad de sus contenidos⁴, frente a la tradicional parquedad de los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales. Además, son muchas las esperanzas depositadas en el procedimiento de reclamaciones colectivas como revulsivo de un control de convencionalidad en materia social y laboral que no siempre es acometido con profundidad por parte de los órganos jurisdiccionales internos⁵. Si bien la doctrina (o jurisprudencia) del CEDS mantiene una unidad de criterio, independientemente de que se genere en el marco del sistema de informes o en el marco de las reclamaciones colectivas, la labor del Comité es mucho más concreta e incisiva en este último procedimiento al limitar su objeto a una normativa y/o práctica nacional en particular, en lugar de atender al conjunto de la normativa nacional en relación con cada derecho de la Carta⁶.

De acuerdo con ello, estudios como el presente pretenden analizar y dar a conocer la doctrina del CEDS; particularmente, aquella generada por este órgano al

4. En este sentido, destaca el carácter prolijo y detallado de las formulaciones de la Carta, CANOSA USERA, R., "Carta Social Europea y Comité Europeo de Derechos Sociales", en MASALA, P.: *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Foros y Debates 5, CEPC, 2018, pp. 155 ss.

5. Sobre la aplicación de la Carta por parte de los órganos internos y la efectividad de las resoluciones del CEDS, véanse JIMENA QUESADA, L., "La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, 2020, PP. 125-167; GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X., "Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales", *Lex Social*, vol. 5, n. 2, 2015, pp. 260-291; NIVARD, C., "La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa", *Lex Social*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 12-33; SALCEDO BELTRÁN, C., "Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales", *Actualidad* – Centro de Estudios Andaluces, n. 73, 2015, 1-38; SARMENTO BARRA, J. Y AUBRIERE, M., "La Charte Sociale Européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole", *Lex Social*, vol. 5, n. 1, 2015, pp. 161-173.

6. Sobre el potencial del referido procedimiento, véase SALCEDO BELTRÁN, C., "El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del Constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 57, 2020, pp. 195-271.

resolver las reclamaciones colectivas anteriores a la adhesión de España a dicho procedimiento. A medida que se planteen reclamaciones colectivas desde España y haya pronunciamientos del CEDS específicamente dirigidos a normas o prácticas internas concretas, es de esperar que éstos espoleen a operadores jurídicos y órganos jurisdiccionales a tomar en consideración la jurisprudencia del CEDS; circunstancia que, salvo casos puntuales, no se ha dado con la frecuencia deseada⁷.

En este caso, se atenderá a la doctrina del CEDS en materia de prohibición de discriminación en el empleo. Se trata de una materia que reviste especial interés porque permite ilustrar el particular enfoque o proyección que la CSER y el Comité dan a la tutela antidiscriminatoria, así como advertir los contrastes y sinergias con el tratamiento dado a la igualdad y no discriminación en el CEDH⁸. En tal sentido, puede avanzarse que si bien la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo es identificada por el CEDS bajo el art. 1.2 CSER, la Carta contiene otras previsiones en materia de igualdad y no discriminación atinentes tanto a condiciones laborales como a derechos, prestaciones sociales y colectivos concretos. De ello resulta un rico y diverso enfoque antidiscriminatorio que subyace al conjunto de la Carta. Éste merece ser analizado para precisar su correcta delimitación y advertir la dinámica interpretativa y aplicativa del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre cada concreta materia.

2. LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA CSER: RECONOCIMIENTO, AUTONOMÍA Y RELACIÓN CON OTRAS PREVISIONES EN MATERIA ANTIDISCRIMINATORIA.

La prohibición de discriminación en el empleo en todas sus formas es, junto a la prohibición de trabajo forzado, el segundo de los dos grandes problemas frente a los que

7. Sobre los argumentos que justifican la falta de aplicabilidad de la Carta, véase ALZAGA RUIZ, I., “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”, *Trabajo y Derecho*, n. 64, 2020, pp. 1-31. A favor, en cambio, de la aplicación a nivel interno, ALFONSO MELLADO, C.I. “La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social”, *Trabajo y Derecho*, n. 12, 2015, pp. 1-21.

8. En general, sobre las relaciones entre la Carta Social y el CEDH, y la disposición de sus órganos de garantía a apoyarse mutuamente, véase: CHATTON, G.T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, n. 73, 2008, pp. 273-310; CUBERO MARCOS, J.I., “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 105-140; JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, 2015, pp. 99-1278; MORTE GÓMEZ, C., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 551-568.

la Carta afirma en su art. 1.2 el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido⁹. Así lo consideró desde el inicio el CEDS¹⁰ y lo ratifica, más recientemente desde el sistema de reclamaciones colectivas, al señalar que “el principio de no discriminación forma parte integrante del art. 1.2¹¹” a pesar de que la literalidad de la Carta no lo refleje.

Bajo la previsión del art. 1.2 CSER subyace una noción de trabajo productivo, concebido como medio de autodeterminación y realización personal para “ganarse la vida” en sentido tanto físico o primario como trascendente¹². Esta dependencia existencial del trabajo determina su fuerte vínculo con el concepto de dignidad humana que impide que la persona sea tratada –por su capacidad de trabajo– como mera mercancía o factor de producción y que se le niegue un espacio de desarrollo esencial de su existencia. En consecuencia, el art. 1.2 va a tutelar la dignidad de las personas en el trabajo en sus condiciones elementales de libertad e igualdad; esto es, impidiendo la anulación de su voluntad mediante la imposición de un trabajo forzado, de un lado, y evitando su exclusión por motivos discriminatorios, de otro. En medio de la negación absoluta de ambos atributos individuales, el Comité habría identificado un espacio intermedio que tutelar mediante la afirmación de esa “tercera faceta” del derecho a un trabajo libremente elegido que viene aplicando a realidades y situaciones diversas de precarización o condicionamiento desproporcionado del desarrollo profesional de las personas (v.gr. las condiciones de precariedad que genera el abuso de la

9. El artículo 1 CSER señala que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: (...) 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”.

10. Así, en un primer momento, el Comité vinculó la genérica proclamación del derecho a un trabajo libremente elegido del art. 1.2 “con dos problemas particularmente importantes, a saber: la prohibición del trabajo forzado y la erradicación de toda forma de discriminación en el empleo” (Observación interpretativa sobre el art. 1.2, de 31 mayo 1969, Conclusiones I). Ambos constituyen los contenidos o facetas originales del art. 1.2 de la Carta. En época más reciente, el Comité consideró conveniente extender el radio de acción de la previsión del art. 1.2 CSER a “otros aspectos del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (Observación interpretativa sobre el art. 1.2, Conclusiones XVI-1 y 2002) que, sin llegar a constituir trabajo forzado o una exclusión discriminatoria, sí pueden interferir u obstaculizar el ejercicio del derecho a un trabajo libremente elegido. De esta forma, el CEDS ha dotado a este derecho de tres facetas o proyecciones que tiende a formular en sentido negativo mediante tres prohibiciones: del trabajo forzado, de toda forma de discriminación en el empleo y de toda práctica que pueda interferir u obstaculizar el ejercicio del derecho [Así precisa el alcance del art. 1.2 en las Reclamaciones Colectivas Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párr. 131 y Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SA-PAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019, párr. 76].

11. *Syndicat de défense des fonctionnaires* c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 44.

12. Sobre el concepto de trabajo que subyace a la proclamación del derecho, véase GIL Y GIL, J.L., “El derecho a un trabajo digno”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 960 ss.

contratación temporal y a tiempo parcial, la incidencia de las nuevas tecnologías en la vida privada del trabajador o la excesiva condicionalidad de la prestación por desempleo y el concepto de ocupación adecuada, entre otras cuestiones).

Entendido bajo esos parámetros tan esenciales, el art. 1.2 CSER no es la sede adecuada para analizar las controversias relativas al contenido sustantivo o nivel de protección de las diversas condiciones y vicisitudes de una relación laboral; para lo cual existen otras previsiones concretas en la Carta¹³. Sólo los casos en que las condiciones establecidas para el acceso al empleo o para el ejercicio de las instituciones y garantías laborales supongan materialmente un impedimento o restricción a la libertad o autodeterminación profesional, o bien en los supuestos en que las personas trabajadoras resulten excluidas del ejercicio de aquellas facultades o tratadas de forma diferente por motivos discriminatorios, corresponderá enjuiciarlos desde la perspectiva de este artículo y su faceta o proyección correspondiente¹⁴.

Por lo que respecta a la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo, al reconocimiento, por vía interpretativa, de esta faceta del derecho al trabajo libremente elegido, le sigue la contundente afirmación de su naturaleza sustantiva y autónoma (*ex art. 1.2*) respecto del resto de derechos de la Carta. De esta forma, “toda discriminación en cualquier etapa de la vida laboral, incluida la promoción, está cubierta por el artículo 1.2¹⁵” sin necesidad de referir o alegar otros preceptos

13. De acuerdo con ello, el CEDS rechazó enjuiciar desde la perspectiva del art. 1.2 CSER el cambio de estatus (de civil a militar) y de condiciones de trabajo (convenio colectivo aplicable y otros aspectos atinentes a la libertad sindical) que habían sufrido los empleados públicos afectados por un proceso de reestructuración del sector público italiano que determinó su traspaso o transferencia a otro cuerpo o rama de la Administración. En relación con la alegación del art. 1.2 CSER por la organización reclamante, el CEDS afirma que tal derecho no implica que “la ocupación del trabajador, libremente asumida, sea preservada en toda circunstancia de cualquier cambio, incluido el que resulte de una reorganización de las actividades en el sector público” (Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019, párr. 77). No obstante, ello no impidió que el Comité sí analizara el caso desde la perspectiva de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva (arts. 5 y CSER) del personal afectado por el proceso de reestructuración.

14. Aplicando la misma lógica que en el caso anterior, pero con resultado inverso, el CEDS sí analizó bajo el art. 1.2 CSER la situación en que quedaron los funcionarios de los originarios servicios públicos de telefonía y correos franceses tras sendas reformas liberalizadoras que supusieron la creación de dos nuevos operadores y la recolocación en éstos de aquellos funcionarios. Producida la integración del personal funcionario originario en los nuevos operadores, las condiciones de promoción interna aplicables a determinados grupos de dicho personal presentaban posibles diferencias respecto al resto de la plantilla de los nuevos operadores; circunstancia que sí fue analizada por el CEDS como una posible discriminación en materia de promoción profesional (Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párrs. 48-60). Asimismo, el Comité ha analizado las condiciones de vinculación temporal en las Fuerzas Armadas por su efecto condicionante sobre la libertad de desistir de una ocupación libremente elegida inicialmente y el acceso a otros trabajos futuros y potenciales.

15. Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 44.

de la Carta y, muy particularmente, el art. E CSER¹⁶ (cláusula antidiscriminatoria general o transversal a todos los derechos de la Carta, de carácter relacional y dependiente). Asimismo, la autonomía del derecho a la no discriminación en el empleo dimanante del art. 1.2 permite que una misma disposición o práctica pueda ser, a la vez o alternativamente, vulneradora de este precepto y de la regulación sustantiva de la condición laboral de que se trate contenida en otro artículo de la Carta, como ya se ha indicado. Con esta configuración de la prohibición de discriminación en relación con cualesquiera condiciones de empleo, la Carta Social se aleja o evita, en este concreto ámbito, los problemas que plantea el reconocimiento de un derecho a la no discriminación de carácter dependiente y subsidiario, como ocurre con el art. 14 CEDH¹⁷, y dota así a las condiciones de trabajo de una protección más completa y directa.

16. El Comité ha dotado de carácter autónomo a la prohibición de discriminación en el empleo *ex art.* 1.2 tanto en la Carta de 1961 como en la Carta Revisada; y en ambos casos ha distinguido esta concreta prohibición de discriminación de las cláusulas generales antidiscriminatorias contenidas en el Preámbulo de la Carta original de 1961 y, posteriormente, en el art. E de la Parte V de la CSER. Tales cláusulas generales sólo serían alegables en combinación con otros derechos de la Carta. La ubicación de tales preceptos en las Partes I y II de la CSER, de un lado, y en la Parte V, de otro, parece ser determinante de su distinta naturaleza a juicio del Comité [véase a este respecto *Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) c. Grecia*, RC 66/2011, 23 mayo 2012, párr. 66]. En coherencia con este planteamiento, el Comité no considera la alegación conjunta o combinada de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 y del art. E. Si bien, en algunas ocasiones, se limita a pronunciarse exclusivamente sobre la quiebra o no del art. 1.2, obviando la alegación del art. E (v.gr. *Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. Francia*, RC 56/2009, 23 junio 2010); en otros casos reafirma la autonomía del primero en asuntos de discriminación en el empleo y la consiguiente exclusión del segundo de su análisis. Así lo hace en el caso de *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párrs. 43-44, en un supuesto de discriminación en materia de promoción profesional entre dos colectivos de trabajadores de una misma entidad procedentes de un proceso de reestructuración del sector público; y afirma también la autonomía del art. 1.2 en *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega*, RC 74/2011, 2 julio 2013, párrs. 51 y 82, en un caso de discriminación por edad derivada de la regulación noruega que establecía la facultad empresarial de rescindir el contrato de los trabajadores del mar que alcanzasen los 62 años de edad. Por su parte, en *Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia*, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párrs. 130-136 y 194-197, el Comité considera que la regulación griega por la que se establece una particular reducción del salario mínimo para todos los trabajadores menores de 25 años constituye, de un lado, una discriminación por razón de edad en materia de empleo contraria al art. 1.2 CSE y, de otro lado, una vulneración del art. 4.1 tanto en lo relativo a una remuneración suficiente como desde la perspectiva de la cláusula antidiscriminatoria del Preámbulo de la CSE de 1961. Este último pronunciamiento, que confirma el carácter autónomo y no subsidiario de la prohibición de discriminación del art. 1.2, traía causa de la anterior Reclamación Colectiva 66/2011 (párrs. 66-70), antes citada, que analizó el mismo caso, pero sólo desde la óptica del art. 4.1 al no alegar los reclamantes la vulneración del art. 1.2 CSE de forma autónoma.

17. Sobre los problemas de articulación de la prohibición de discriminación en el CEDH (art. 14 y Protocolo núm. 12) y la jurisprudencia del TEDH, véase CARMONA CUENCA, E., "La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)", en GARCÍA ROCA,

La autonomía de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 respecto del art. E, no es la única relación de aquel con el resto de artículos de la Carta que merece atención. La prohibición de discriminación del art. 1.2 presenta un carácter general y amplio, tanto desde la perspectiva de las causas de discriminación que considera como desde la perspectiva de los ámbitos materiales que alcanza (todo lo relativo a las condiciones de trabajo en términos amplios). De acuerdo con ello, existen otros artículos de la Carta que atienden, particularmente, de un lado, a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (art. 20 CSER); o al acceso al empleo sin discriminación por razón de discapacidad (art. 15.2); y de otro, a la concreta discriminación relativa a determinadas condiciones laborales como el salario (y por razón de sexo *ex* art. 4.3).

De esta circunstancia se desprenden varias observaciones relevantes. En primer término, resulta necesario proceder a la delimitación del ámbito de acción de cada una de esas previsiones; cuestión que se abordará seguidamente a la luz de la doctrina del CEDS establecida al respecto. En segundo término, cabe advertir que la Carta contiene un planteamiento de tutela antidiscriminatoria que trasciende la previsión del art. 1.2 (más allá de lo laboral) y que otorga a la discriminación por razón de sexo un papel central. Prueba de ello es el hecho de que el Comité haya extendido al resto de causas de discriminación las mismas exigencias que las establecidas, primera y especialmente, en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo para cumplir adecuadamente con las obligaciones derivadas del art. 1.2¹⁸.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CSER

Más allá de las distintas referencias de la Carta a la no discriminación, puede avanzarse que –como no podría ser de otra forma en un convenio de protección de derechos

J. Y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2009, pp. 733-740.

18. Así, en la Observación interpretativa sobre el art. 1.2 (Conclusiones XVI-1, 2002) el Comité sostiene que, en su labor respecto del art. 1.2, “la mayoría de los requisitos para el cumplimiento del artículo 1.2 en lo que respecta a la prohibición de la discriminación por razón de sexo se aplican a cualquier motivo de discriminación”. A la vista de ello, se llevará a cabo en las próximas páginas un análisis limitado a la labor del Comité en relación con la prohibición de discriminación del art. 1.2 en sus distintas vertientes. El estudio de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que se deriva de la CSER (arts. 4.3, 20 y E) merece en sí mismo un tratamiento aparte que han acometido con particular precisión en un trabajo de próxima aparición LUKAS, K. & O’CINNEIDE, C., “Gender Equality within the Framework of the European Social Charter”, en COOK et al. (eds.), *Gender Equality - Engaging across Borders* (en prensa). Una visión breve del enfoque de la Carta en materia de igualdad de género en LUKAS, K., *Taking Stock of the European Social Charter at 60. The European Social Charter and Equality*, accesible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/the-european-social-charter-and-equality> (20/03/2022).

sociales— la Carta maneja una concepción avanzada de la prohibición de discriminación que atiende tanto a la igualdad de trato como a la igualdad material o de oportunidades y que, en consecuencia, no sólo rechaza las diferencias de trato basadas en determinadas causas reprobables sino que legitima, o incluso impone, tratos diferenciados correctivos de desventajas o desigualdades fácticas. Así se deriva, entre otros factores, del hecho de que se defina la discriminación sin referencia inicial a concretas causas o criterios de diferenciación rechazables como: “la diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un objetivo legítimo y no se basa en motivos objetivos y razonables¹⁹”.

Igualmente, la formulación de otros derechos de la Carta evidencia, de forma quizá más clara que en el caso de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, la integración del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, así como su articulación al servicio tanto de la igualdad de trato como de la igualdad de oportunidades. Así ocurre con el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (art. 20 CSER), con el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27 CSER) o con las múltiples llamadas a la adopción por los Estados de medidas “adecuadas”, “particulares”, “necesarias”, “oportunas”... orientadas a asegurar el ejercicio efectivo del derecho correspondiente a trabajadores o colectivos concretos de personas en particular situación de desventaja (v.gr. arts. 8, 10.4, 15, 16, 17, 19, 23 CSER, entre otros).

En línea con lo anterior, el CEDS ha asumido la doctrina de la discriminación por indiferenciación²⁰ al hacer suyo el criterio sentado por el TEDH en el caso *Thlimmenos*²¹. En su virtud, el principio de igualdad implica “tratar de forma igual

19. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 25.

20. Debe precisarse que el Comité ha asumido dicha doctrina – con cita expresa del TEDH – al amparo del art. E CSER por su gran similitud con la redacción del art. 14 CEDH, y en relación con una reclamación colectiva en que se alegaba la violación de los derechos a la educación y a la formación de personas, tanto adultas como menores, con autismo (*International Association Autism-Europe c. France*, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52). Esta doctrina ha sido reiterada por el Comité en otra serie de reclamaciones colectivas en que se ha planteado el incumplimiento por los Estados de su obligación de adoptar medidas específicas y diferenciadas en atención a la situación de desventaja fáctica de determinados colectivos en relación con el disfrute efectivo de otros derechos de la Carta (v.gr. vivienda, educación, salud o protección social) en conexión con el art. E CSER. No obstante, el Consejo de Europa refiere tales resoluciones del Comité entre la doctrina relevante sobre la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2. Así ocurre en COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, art. 1.2, 2018, pág. 58, y en su apéndice *Relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, pp. 59-60.

21. Sentencia TEDH, caso *Thlimmenos c. Grecia*, 6 abril 2000. Sobre el impacto de esta sentencia y su contribución al desarrollo y entendimiento avanzado de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CEDH en orden a justificar la adopción de medidas de acción positiva, véase CARMONA CUENCA, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos...”, op. cit., pp. 751-756.

las situaciones iguales y de forma diferenciada las diversas²²; lo que supone la posibilidad de exigir a los Estados la obligación positiva de tratar de forma diferenciada (más favorablemente) a personas pertenecientes a colectivos en situación diferente de significativa desventaja social. Asimismo, y en directa relación con la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, el Comité, al evaluar en el sistema de informes las medidas nacionales dirigidas a hacer efectiva la prohibición de discriminación en el empleo, contempla también las adoptadas para promover la igualdad de oportunidades²³ (medidas de acción positiva, entre otras), así como la creación –más allá de las instancias judiciales y administrativas– de órganos especiales e independientes para promover la igualdad en el empleo²⁴.

No obstante lo anterior, y como se expondrá a continuación, en el marco de las reclamaciones colectivas el Comité ha analizado desde la perspectiva del art. 1.2, fundamentalmente, casos de discriminación basados en las causas tradicionalmente sospechosas y rechazables por no ofrecer una justificación objetiva y razonable, tales como la edad y los motivos de conciencia, y no –por ahora– casos de falta de adopción de medidas de acción positiva (discriminación por indiferenciación). A ello se suma otra serie de reclamaciones que plantean la posible falta de justificación de tratos diferenciados entre categorías de trabajadores comparables en relación con diversas condiciones y situaciones laborales²⁵. De acuerdo con ello, podría concluirse que, a pesar del avanzado planteamiento que en materia de igualdad subyace al conjunto de la Carta, la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 se viene articulando en el procedimiento de reclamaciones colectivas conforme a una concepción clásica o limitada de la misma.

22. International Association Autism-Europe c. France, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52.

23. Así lo hace, particularmente, en relación con el sexo y la situación de hombres y mujeres en el empleo. A título ilustrativo, véase el análisis específico que se hace de las medidas para promover la igualdad de oportunidades en las Conclusiones XVI-1; así como la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y del art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 septiembre 1997 (Conclusiones XII-5).

24. Sobre este particular, véanse las Conclusiones XXII-1 y 2020, art. 1.2.

25. Entre este último grupo de casos destacan sobremanera los conflictos relativos a las diferencias de trato existentes entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, y entre los trabajadores temporales e indefinidos. No obstante, debe advertirse que, en ocasiones, las condiciones de precariedad que rodean el empleo a tiempo parcial y/o temporal constituyen un contexto complejo que va más allá de la constatación de discriminación en una determinada condición de empleo. Por tal motivo, las consecuencias del trabajo a tiempo parcial y temporal serán susceptibles de ser analizadas no sólo desde la perspectiva de la prohibición de discriminación, sino también desde la óptica de la tercera faceta del art. 1.2. Así ocurre, particularmente, con las Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020.

4. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Como ya se ha indicado, la prohibición de discriminación en el empleo que deriva del art. 1.2 se caracteriza por su carácter genérico, ya que no se define por referencia a una serie de concretas causas de discriminación tasadas, sino –de manera más abierta– por la falta de legitimidad del trato diferenciado a sujetos o colectivos en situaciones comparables, o la ausencia de motivos objetivos y razonables para tal diferenciación, cualesquiera sean éstos. Ahora bien, entre los motivos carentes de objetividad y razonabilidad, el Comité considera las causas o criterios que, por comprometer aspectos vinculados a la dignidad y condición humanas, suelen rechazarse por discriminatorios como regla general.

En tal sentido, puede constituir una referencia indicativa –pero no única– de tales criterios o causas para la prohibición de discriminación derivada del art. 1.2, los contemplados en la cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER. Éste recoge un listado abierto²⁶ que alcanza a “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 situación”. Asimismo, otros preceptos de la Carta sugieren la consideración de otros argumentos discriminatorios con particular incidencia en el ámbito del empleo que, sin embargo, no aparecen entre los expresados en el art. E. Así ocurre, por ejemplo, con la discapacidad (*ex* art. 15.2), la nacionalidad (*ex* arts. 18 y 19) o la edad.

Ya en directa relación con el art. 1.2, el Comité ha afirmado que éste requiere de los Estados “prohibir toda discriminación en el empleo, *inter alia*, por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual y opinión política²⁷”. Sin perjuicio del carácter no exhaustivo²⁸ del listado anterior, se ha apuntado en alguna ocasión la conveniencia de brindar una protección más intensa en relación con ciertas causas de discriminación como “el género o la pertenencia a una raza o grupo étnico²⁹”. En línea con ello, es manifiesto que algunas de tales causas concretas de discriminación identifican a determinados sujetos o colectivos que presentan circunstancias de desventaja social en muy diversos ámbitos, incluido el empleo. En la medida en que la CSER contempla provisiones particulares

26. Sobre la evolución de las causas de discriminación en la normativa europea e internacional, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98, 2009, pp. 11-57.

27. Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párr. 133. Idéntico listado, se recoge en Conclusiones 2020 y XII-1, así como en las Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2, aunque sin referir el sexo en este último caso. En todos los casos, se trata de listados abiertos e, incluso, de mínimos ya que el Comité indica en esta última referencia que las legislaciones nacionales deberían prohibir la discriminación en el empleo “al menos” por tales motivos.

28. Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 217.

29. Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2.

y más precisas para ellos (v.gr. arts. 20, 8.2, 15.2, 23, 27), el Comité –siempre que el Estado afectado haya aceptado tales previsiones específicas– tiende a examinar bajo la perspectiva de estas últimas los casos de discriminación en el empleo de mujeres, personas con discapacidad o trabajadores con responsabilidades familiares³⁰.

4.1. Discriminación por razón de sexo y discapacidad: remisión a previsiones específicas

De acuerdo con ello, el caso más significativo de delimitación de la prohibición de discriminación del art. 1.2 es el que afecta a la discriminación por razón de sexo. Desde la aprobación de la CSER³¹, y a la luz de su art. 20 (derecho de hombres y mujeres a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo), los casos de discriminación en el empleo por razón de sexo se analizan bajo esta última *lex specialis*³² respecto al art. 1.2 CSER. Incluso con anterioridad a ese momento, el sistema de informes ya dejaba constancia de la importancia central del sexo como factor de discriminación en el empleo y de su tratamiento separado al analizar, de un lado, la situación respecto a este tipo de discriminación y, de otro, las discriminaciones “por motivos distintos al sexo” dentro del informe de cada Estado sobre el art. 1.2³³. Además del sexo, también la discriminación por discapacidad se examina al margen del art. 1.2 CSER en el caso de los Estados que han suscrito el art. 15.2 CSER, que trata específicamente el acceso al empleo de las personas con discapacidad³⁴.

30. COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law...*, op. cit., pp. 58-59.

31. En particular, la Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002) establece: “para los Estados que han aceptado tanto el artículo 1.2 como el artículo 20, el Comité examina bajo la perspectiva de este último el marco general para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres (igualdad de derechos, medidas específicas de protección, situación de la mujer en el empleo y planes de formación, medidas para promover la igualdad de oportunidades). En consecuencia, la discriminación basada específicamente en el sexo no se analiza bajo el artículo 1.2”.

32. Así se refiere el Comité al art. 20 en *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 41.

33. En este sentido, véanse, a título ilustrativo, los informes sobre el grado de cumplimiento de los Estados con la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 en las Conclusiones XVII-1 sobre España, Conclusiones XVI-1 sobre Alemania y Austria, Conclusiones XV y anteriores. Asimismo, en la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 de septiembre de 1997 (Conclusiones XII-5), el Comité ya limitaba el art. 1.2 CSE a la “discriminación en el empleo por otras causas distintas al género” ante el art. 1 del Protocolo Adicional que “se refiere únicamente a la discriminación por razón de género”.

34. Compruébese, particularmente, en las Conclusiones 2020 y XXII-1, art. 1.2.

4.2. Discriminación por razón de nacionalidad

Igualmente, puede apreciarse una cierta acotación del potencial alcance de la prohibición de discriminación del art. 1.2 en el caso de la nacionalidad (y factores a menudo asociados a ésta, como la raza o el origen étnico). En efecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el Anexo de la CSER sobre su ámbito de aplicación subjetiva, los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, disfrutarán de los derechos de la Carta de acuerdo con el principio de trato no menos favorable que los nacionales (*ex art. 19*) y un principio general liberalizador (*ex art. 18 CSER*), tendente a la simplificación y eliminación de requisitos y procedimientos no requeridos a los nacionales para el desarrollo de actividades profesionales. En tales circunstancias, los concretos derechos atinentes a las distintas condiciones y situaciones laborales serán la sede oportuna desde la que analizar posibles conflictos o vulneraciones; máxime cuando el art. 19.4 (particularmente, en su letra a) establece en relación con los trabajadores migrantes un principio de trato no menos favorable que los propios nacionales en materia de condiciones de empleo.

A su vez, desde una perspectiva más amplia, la situación del empleo de personas extranjeras en los mercados de trabajo de los Estados Parte es susceptible de ser analizada desde la óptica de las obligaciones en materia de empleo del art. 1.1. Y en cuanto al empleo de personas extranjeras en situación irregular, también que puede ser objeto de atención por el Comité como supuesto de explotación laboral en determinados sectores bajo el propio art. 1.2 pero conforme a la prohibición de trabajo forzado u obligatorio.

Para completar este conjunto de referencias normativas estrechamente vinculadas con la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el empleo, resulta imprescindible referir la obligación de los Estados de “liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros” (art. 18.3 CSER). Conforme a dicha previsión, el Comité analiza la regulación de los muy diversos condicionantes a los que puede sujetarse el acceso y mantenimiento del empleo en el caso de los trabajadores extranjeros (v.gr. permisos de trabajo y residencia, títulos formativos requeridos y condiciones de acreditación, etc.). Teniendo ello en cuenta no resulta extraño que el ámbito de acción de la prohibición de discriminación del art. 1.2 por razón de nacionalidad se haya limitado a los casos más graves de restricción en el acceso al empleo de personas extranjeras, tales como las prohibiciones por razón de nacionalidad o la reserva exclusiva a los nacionales de determinados puestos de trabajo³⁵.

35. Sin que resulte un argumento justificativo concluyente de tal delimitación de espacios entre los arts. 1.2 y 18, conviene advertir que, si bien no exclusivamente, el Comité ha considerado este tipo

Así, desde el sistema de informes, el Comité –admitiendo la existencia de argumentos que justifican el control en el acceso a los mercados de trabajo nacionales– ha considerado contrarias a la prohibición de discriminación del art. 1.2 las prohibiciones amplias o generales de acceso al empleo para los nacionales de otros Estados Parte³⁶. Sentado ese principio general, la única excepción posible es aquella que se ajuste fielmente a las condiciones establecidas en el art. G para restringir³⁷, en este caso, el derecho al trabajo (art. 1). En consecuencia, “los únicos empleos de los que puede excluirse a los extranjeros son aquellos que estén estrechamente relacionados con la protección del interés público o la seguridad nacional y que conlleven el ejercicio de funciones de autoridad pública³⁸”. En virtud de ello, el Comité vigila particularmente las restricciones de acceso a la función pública para los nacionales de terceros Estados Parte de la Carta, considerando no conformes con el art. 1.2 aquellas regulaciones que configuran la reserva de puestos a los nacionales de una forma excesivamente vaga o amplia³⁹. De esta forma, el Comité maneja una concepción restringida de los argumentos que pueden justificar la exclusión de extranjeros de determinados empleos que recuerda a los también restringidos límites admitidos sobre la libre circulación de trabajadores en el marco de la UE.

de casos bajo la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 1.2 en el supuesto de Estados Parte que no han suscrito el art. 18 (en particular, su apartado 3), como ocurre con Albania y Lituania.

36. Véanse a este respecto las Conclusiones 2006 y 2012 sobre Albania, art. 1.2. Además del control sobre este concreto caso de regulación contraria al art. 1.2, en las Conclusiones de 2020 el Comité ha exigido a los Estados en sus futuros informes sobre la prohibición de discriminación del art. 1.2 datos precisos sobre “las medidas específicas adoptadas para contrarrestar la discriminación en el empleo de migrantes y refugiados”.

37. El art. G CSER sólo admite las restricciones o limitaciones de los derechos de la Carta que estén “establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”.

38. Un supuesto particular en el que el Comité ha aplicado estrictamente la concurrencia de tales exigencias es el de la exclusión (sea por restricción de acceso, sea por despido) de personas concretas de la función pública debido a su anterior desempeño al servicio de regímenes políticos extinguidos. Concretamente, se trata del caso de las antiguas repúblicas soviéticas y de las personas que bajo su vigencia trabajaron en tales territorios en los distintos servicios de seguridad y orden público de la antigua URSS. A este respecto, el Comité ha establecido que, como regla general, no cabe excluir del acceso al empleo público a esas personas por sus actividades políticas anteriores, salvo –en línea con las estrictas exigencias del art. G– para el caso de aquellos “servicios que supongan responsabilidades en el ámbito del derecho y el orden y la seguridad nacional, o funciones relacionadas con tales responsabilidades”; en cuyo caso, la exclusión sí resulta compatible con la Carta. Véanse las Conclusiones 2006 sobre Lituania, art. 1.2.

39. A título ilustrativo, véase el seguimiento de esta cuestión en el caso de España desde las Conclusiones XVIII-1 (2006) a las últimas Conclusiones XXII-1 (2021), art. 1.2.

4.3. Discriminación por motivos de conciencia

En relación con otras causas concretas de discriminación consideradas bajo el art. 1.2, merecen destacarse los casos que, hasta el momento, han merecido la atención del Comité en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas. Estos han versado sobre los motivos de conciencia y la edad. Por lo que respecta a los motivos de conciencia, el Comité los consideró dentro del ámbito de motivos de discriminación prohibidos por el art. 1.2 en el marco de una reclamación colectiva que cuestionaba desde distintas perspectivas las deficiencias de aplicación práctica de la normativa italiana sobre la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁰. La vertiente laboral de la reclamación versaba sobre las desventajosas condiciones laborales padecidas por los médicos no objetores frente a los que sí se declaraban objetores de conciencia respecto a la práctica del aborto.

El escaso número de no objetores y su desigual distribución territorial, entre otros factores expuestos por la organización reclamante, redundaba en unas peores condiciones de carga de trabajo (dedicación prácticamente exclusiva a la práctica de abortos), distribución de tareas y pérdida de oportunidades de desarrollo profesional, incluida la promoción, que contrastaba con la situación de los mismos especialistas objetores de conciencia. Tras considerar a ambos colectivos médicos como situaciones comparables, al compartir las mismas cualificaciones y especialidad, el Comité estimó los datos y testimonios aportados sobre las peores condiciones laborales de los no objetores, suficientemente indicativos de la existencia de una discriminación. La pasividad del Gobierno italiano en la presentación de evidencias en contrario, junto a la ausencia de una causa objetiva y razonable para la diferencia de trato (la práctica o no de abortos es una opción prevista por la ley disponible para los mismos especialistas), llevaron al Comité a considerar la diferencia de trato advertida contraria al art. 1.2 CSER por motivos de conciencia⁴¹.

4.4. Discriminación por razón de edad

Por su parte, la edad como causa de discriminación, en particular, en relación con el colectivo de los trabajadores jóvenes, fue objeto de análisis por el Comité con motivo de algunas reclamaciones planteadas contra las reformas ampliamente flexibilizadoras del mercado laboral griego como consecuencia de la crisis económica desencadenada en 2008⁴². De las diversas medidas adoptadas, la única que comprometía

40. Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 240.

41. *Ibidem*, párrs. 241-246.

42. Aunque la violación del art. 1.2 se establece en *Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia*, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párrs. 130-138; el análisis de fondo de la medida relativa al salario de los jóvenes deriva de la anterior Reclamación Colectiva *GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*,

la prohibición de discriminación del art. 1.2 era la reducción del salario mínimo de manera generalizada para los trabajadores menores de 25 años frente al resto de trabajadores. El interés de esta cuestión reside en tener por objeto una medida diferenciadora teóricamente concebida para promover o facilitar la incorporación al empleo de un colectivo con particulares dificultades para ello y especialmente castigado por el desempleo en tiempos de crisis económicas. Desde esa perspectiva, el Comité consideró que, si bien la diferenciación salarial puede obedecer a una finalidad legítima y a una justificación objetiva en relación con la integración laboral de los jóvenes⁴³, la medida concreta no superaba el test de proporcionalidad estricto por el alcance de la medida a todos los menores de 25 años sin distinción y por el importe de la reducción del salario mínimo⁴⁴.

Asimismo, la edad como referencia para la regulación de la jubilación de determinados colectivos de trabajadores ha sido analizada por el Comité con motivo de una reclamación que cuestionaba la normativa noruega sobre los trabajadores del mar⁴⁵. Esta normativa establecía la facultad empresarial de resolver –sin indemnización u otra garantía frente al despido⁴⁶– los contratos de trabajo de aquellos trabajadores del mar que, cumplidos los 62 años, hubieran generado derecho a la pensión de jubilación. A pesar de no consistir formalmente en un supuesto de jubilación forzosa, pues por encima de esa edad los trabajadores podrían, formalmente, seguir trabajando en otro empleo o sector, el Comité consideró, sin embargo, que la interacción de la referida normativa con la regulación de las pensiones de los trabajadores del mar determinaba una práctica aplicativa materialmente coincidente con la previsión de

RC 66/2011, 23 mayo 2012, que enjuició el caso sólo desde la óptica del art. 4.1. Un análisis de la jurisprudencia del CEDS dictada en relación con las políticas de austeridad adoptadas en diversos países europeos con motivo de la crisis de 2008, con particular protagonismo de Grecia y España, puede consultarse en ALFONSO MELLADO, C.L., JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, 2014.

43. A este respecto, el Comité afirma que “desde un punto de vista general, es permisible pagar un salario mínimo más bajo a los jóvenes en determinadas circunstancias (v.gr. cuando participan de un programa de prácticas o se integran en algún tipo de formación profesional)” y que tal reducción “puede mejorar el acceso de los jóvenes trabajadores al mercado de trabajo, así como estar justificado en la medida en que ello refleja una tendencia estadística en cuya virtud los jóvenes incurren, de media, en menores gastos que otras categorías de trabajadores en aspectos como la vivienda, el sustento de la familia y otros costes de vida”. Sin embargo, concluye, “ninguna reducción del salario mínimo debe caer por debajo del nivel de pobreza del concreto Estado afectado”. Reclamación Colectiva GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012, párr. 60.

44. La cuestión de la cuantía del salario mínimo, que determina igualmente la desproporción del trato diferenciado, se analiza bajo la perspectiva del art. 4.1 (remuneración suficiente). *Ibidem*, párrs. 57-65.

45. Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013.

46. Por tal motivo, el Comité analiza el caso desde la perspectiva tanto del art. 24 como del art. 1.2 de la Carta. *Ibidem*, párrs. 48-50 y 82-85.

la jubilación forzosa de tales trabajadores⁴⁷. De esta forma, el Comité hubo de pronunciarse sobre una cuestión controvertida y carente de una regulación estándar o armonizada entre los Estados miembros, como consecuencia del reconocimiento de un cierto margen de apreciación estatal en la determinación de diferentes condiciones de jubilación para diversos colectivos de trabajadores⁴⁸.

Tras evidenciar que la regulación controvertida suponía, efectivamente, una diferencia de trato para los trabajadores del mar de más de 62 años que desearan seguir trabajando, frente a otras categorías de trabajadores en situación comparable⁴⁹ (particularmente, los pilotos y los trabajadores de refinerías), el Comité analizó la justificación y la proporcionalidad de la diversa regulación aplicable, por motivos de edad, a los trabajadores del mar; considerando para ello un amplio contexto normativo internacional favorable al mantenimiento de las personas mayores en el empleo y el envejecimiento activo. Desde esa perspectiva, el Comité considera, en principio, que la regulación diferenciada de la jubilación de trabajadores del mar puede obedecer a finalidades legítimas como la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores de este sector, el cumplimiento de las exigencias operativas de la industria naviera o aspectos de política de empleo (como la entrada de mano de obra joven en el sector del trabajo en el mar). Sin embargo, se aplica con rigor el juicio de necesidad de las medidas consistentes en una limitación por edad para el logro de tales fines⁵⁰.

Así, y en relación a las concretas circunstancias del caso, el Comité consideró que la limitación de edad a los 62 años no era necesaria para proteger la seguridad y salud de los trabajadores del mar ante la existencia de una particular normativa de prevención y control de la salud de los mismos orientada a vigilar, con controles

47. *Ibidem*, párrs. 96-87 y 111-113.

48. A este respecto, y tras afirmar que “la limitación de edad establecida por una normativa nacional para una determinada categoría de trabajadores en relación con las garantías frente al despido constituye discriminación en caso de que dicho límite de edad no esté suficientemente justificado”, el Comité reconoce que los Estados “gozan de un cierto margen de apreciación en la determinación de si (y hasta qué punto) las diferencias entre dos situaciones similares justifican un trato legal diverso”, si bien, corresponderá al Comité en última instancia “decidir si la diferencia se encuentra dentro de ese margen”. *Ibidem*, párr. 114.

49. Para determinar el término de comparación en este caso, el Comité rechazó considerar la situación de otros trabajadores del mar sujetos a las regulaciones de otros Estados Parte de la Carta distintos a Noruega, así como la referencia a una inexistente normativa o estándar internacional en materia de jubilación en relación con el trabajo en el mar. Ciñéndose, entonces, a la situación en Noruega, la edad general de jubilación a los 70 años y las excepciones previstas, a los 65 años, para los pilotos y los trabajadores de refinerías, fueron los referentes clave valorados por el Comité para considerar a estas últimas categorías como comparables con la situación de los trabajadores del mar. *Ibidem*, párrs. 108-110.

50. El Comité se vale de la misma argumentación sostenida para concluir la disconformidad de la normativa noruega con el art. 24, para justificar también su carácter discriminatorio contrario al art. 1.2. Véase *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega*, RC 74/2011, 2 julio 2013, párrs. 90-97 y 116-117.

médicos periódicos y adecuados, su idoneidad para el trabajo en el mar, especialmente, a partir de los 50 años. En consonancia con ello, el Comité no consideró suficientemente justificado que el mantenimiento de trabajadores mayores de 62 en el sector del mar pusiera en riesgo las exigencias operativas de la industria naviera en Noruega. Y finalmente, tampoco se acreditó fehacientemente el supuesto impacto positivo de la medida diferenciadora en los datos de empleo joven en el sector del mar. De acuerdo con todo ello, el Comité consideró que la diferente regulación de la jubilación de los trabajadores del mar por razón de edad carecía de una justificación suficiente y que los efectos que ésta producía sobre los trabajadores mayores de 62 años afectados resultaban desproporcionados; considerándose así discriminatoria y contraria al art. 1.2 de la Carta.

4.5. Discriminación por falta de justificación de las diferencias entre categorías de trabajadores comparables

Por su parte, y más allá de la concurrencia de una específica causa de diferenciación reprochable, el Comité, en tres casos relativos a Francia, ha apreciado discriminación en el trato diferenciado dispensado a distintas categorías de trabajadores comparables en relación con alguna condición o situación laboral concreta, por no responder a una finalidad legítima o carecer de motivación objetiva y razonable. Así, en la primera reclamación colectiva en que se aprecia la vulneración de la prohibición de discriminación en el empleo⁵¹ del art. 1.2, el Comité hubo de analizar las diferentes condiciones de desempeño de la (sustancialmente igual) labor de guía turístico por parte de dos categorías de trabajadores con cualificación profesional para ello: los guías particularmente autorizados para dirigir las visitas guiadas a determinados museos y centros concretos, de un lado, y los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal, de otro. El sindicato reclamante denunciaba el disfrute, por parte del primer colectivo, de unas ventajas injustificables y, por tanto, discriminatorias.

Por lo que respecta a la libertad para llevar a cabo visitas guiadas, quedó acreditada la exclusión material, y no justificada, de los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal de la realización de visitas a determinados centros públicos, cuyo acceso quedaba confiado prácticamente en exclusiva a los concretos guías locales autorizados por éstos⁵². Igualmente, se consideraron injustificadas las restricciones de acceso a determinados espacios de museos y monumentos nacionales a los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal por unos motivos de seguridad que, a pesar de considerarse legítimos a priori, el gobierno francés no llegó a argumentar y acreditar suficientemente⁵³. En segunda instancia, y en relación con las concretas

51. Syndicat national des Professions du tourisme c. France, RC 6/1999, 10 octubre 2000.

52. *Ibidem*, párrs. 31-34.

53. *Ibidem*, párrs. 35-42.

condiciones en que se desarrollaba la labor de unos guías turísticos y otros, el Comité consideró igualmente discriminatoria la exigencia del pago de una tasa de reserva previa o de un cargo por la posibilidad de realizar visitas guiadas aplicables exclusivamente a los guías no expresamente autorizados por el Museo del Louvre y otros centros y monumentos nacionales. Al igual que ya había concluido la jurisdicción nacional, el Comité entendió que no existía motivo de interés público ni razón objetiva o razonable que justificara el mantenimiento del pago de dicho precio únicamente a los grupos cuya visita no estuviera organizada directamente por el propio Museo⁵⁴.

En un caso posterior, el Comité analizó las diferencias advertidas por un sindicato nacional en la normativa laboral francesa antidiscriminatoria⁵⁵ establecida, de un lado, en el código (general) del trabajo frente a la regulación particular de algunas relaciones laborales especiales (cuidadores, porteros, trabajadores en el sector doméstico) y, de otro, en la regulación antidiscriminatoria aplicable a los funcionarios y empleados públicos de distintas categorías y servicios. Por lo que respecta al primer reproche, el Comité, tras recordar que la regulación general sobre discriminación del código laboral francés es conforme a la Carta⁵⁶, constató que ésta no excluye su aplicación a relaciones laborales sujetas a regulación *ad hoc* (como las indicadas) y que, de hecho, la práctica jurisdiccional nacional así lo corroboraba. A la vista de ello, el Comité consideró que no resulta exigible que el Estado afectado reiterare, aclare o precise la prohibición general de discriminación en la normativa reguladora de relaciones laborales especiales⁵⁷.

Por lo que respecta al segundo ámbito de reproches, el Comité concluyó, en primer lugar, que si bien la –dispersa y parcial– regulación aplicable a los funcionarios interinos y a los de determinados servicios (como la agencia nacional de empleo) no resultaba satisfactoria con la prohibición de discriminación del art. 1.2 de la Carta si se la consideraba de forma separada; su lectura en conjunto y complementaria sí ofrecía, sin embargo, una regulación adecuada⁵⁸, de donde podría deducirse que el art. 1.2 no impone exigencias de calidad técnica a la normativa antidiscriminatoria de los Estados. En segundo lugar, y en relación con la inversión o aligeramiento de la carga de la prueba en la normativa antidiscriminatoria aplicable a los empleados públicos franceses, el Comité constató su previsión normativa limitada a sólo algunas causas de discriminación, así como su inaplicación en el desarrollo de procedimientos contencioso-administrativos. Ante tales evidencias y deficiencias formales y ma-

54. *Ibidem*, párrs. 43-47.

55. SUD Travail Affaires Sociales c. Francia, RC 24/2004, 8 noviembre 2005.

56. Como el propio Comité se encarga de recordar (*ibidem*, párr. 23), la adecuación a la CSE de la tutela antidiscriminatoria prevista en el Código del Trabajo francés fue analizada previamente en el sistema de informes: Conclusiones 2002 (pp. 22-28) y 2004 (pp. 209-213).

57. *Ibidem*, párrs. 24-25.

58. *Ibidem*, párrs. 27-32.

teriales, el Comité concluyó que la inversión o aligeramiento de la carga probatoria no se garantizaba de manera suficiente y efectiva a los empleados públicos franceses; incurriéndose así, en este aspecto, en una violación del art. 1.2 CSER⁵⁹.

En tercer y último lugar, el Comité se enfrentó a un complejo caso de discriminación en materia de promoción profesional que afectaba a dos colectivos de trabajadores procedentes del proceso de reestructuración de los antiguos servicios públicos franceses de telefonía y correos⁶⁰. El personal funcionario original fue inicialmente transferido o recolocado en los nuevos operadores creados al efecto con garantía de conservación de sus condiciones estatutarias. Culminada esa primera operación, se acometió un proceso de reorganización interna de la plantilla de los nuevos operadores en cuya virtud una parte importante del personal recolocado aceptó ser, además, reclasificado funcionalmente, mientras que otra parte de los antiguos funcionarios rechazaron participar en dicho proceso en la confianza de que sus derechos originarios seguirían garantizados⁶¹. Consolidada esa situación, el sindicato reclamante denuncia –entre otras cuestiones– que tanto la normativa como la práctica de los nuevos operadores restringe de manera injustificada las opciones de promoción profesional del colectivo de los meramente recolocados frente a las opciones disponibles de los recolocados y reclasificados. En efecto, las posibilidades de promoción interna de los primeros resultaban prácticamente nulas a la luz tanto de la normativa reguladora de la reestructuración de los servicios, como de la práctica de los procesos selectivos y de promoción llevados a cabo por los nuevos operadores. Éstos, limitaban las plazas disponibles para el ascenso o promoción de los recolocados a las escasas plazas que quedarán libres tras la conclusión y ocupación efectiva de puestos subsiguientes a la celebración de procesos externos de contratación, mientras que los “reclasificados” sí tenían opciones reales de promoción interna antes o durante tales procesos.

El Comité, tras considerar a ambos colectivos en situación comparable, al proceder ambos del mismo proceso de reestructuración y transferencia de empleados públicos, señala que no se ha identificado ninguna razón objetiva y razonable que pudiera justificar la diferencia de trato en lo relativo a las opciones de promoción profesional de los antiguos funcionarios una vez recolocados en los nuevos operadores⁶². De esta forma, confirma el carácter discriminatorio de dicho tratamiento. A pesar de ello, no declarará la violación del art. 1.2 al haberse producido por parte de las autoridades francesas una acción rectificadora de la situación del colectivo afectado tanto a nivel judicial como legislativo⁶³.

59. *Ibidem*, párrs. 33-35.

60. *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012.

61. La propia decisión del Comité recoge un detallado resumen del proceso de reestructuración y su incidencia en los diversos colectivos de trabajadores. *Ibidem*, párrs. 8, 10-11.

62. *Ibidem*, párrs. 49-55.

63. *Ibidem*, párrs. 56-57, 61-62.

4.5.1. *Discriminación y temporalidad: sector público vs. sector privado*

La precariedad asociada a la temporalidad excesiva ha sido objeto de análisis por parte del Comité desde el sistema de reclamaciones colectivas; particularmente, al hilo de dos reclamaciones dirigidas contra Italia por la situación de temporalidad excesiva advertida en el conjunto del sector público italiano y, más concretamente, en el sector público educativo⁶⁴. La relevancia de tales reclamaciones estriba, en primer lugar, en que afrontan un problema – el de la temporalidad del empleo público – compartido por varios Estados Parte; en segundo lugar, en que dicho problema, en el caso de los Estados Miembros de la UE, ya viene recibiendo una determinada respuesta desde el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE, lo que genera un espacio para determinar el grado de confluencia o discrepancia de los estándares de protección del DUE y la CSER en esta concreta materia⁶⁵; y en tercer lugar, en que el Comité, con motivo de la resolución de tales reclamaciones, procede a definir un marco o sistema de lucha contra la temporalidad y sus excesos a partir del art. 1.2 CSER sobre el que no hay precedentes en su doctrina.

Si bien la denuncia de los sindicatos reclamantes contra la normativa y la práctica judicial y gubernamental italiana planteaba la vulneración de un amplio elenco de preceptos de la CSER, el Comité recondujo y limitó su análisis al art. 1.2. Así lo consideró al advertir la falta de precisión de los argumentos relativos al resto de artículos alegados y, sobre todo, al entender que las reclamaciones realizaban un cuestionamiento general sobre el empleo temporal en el sector público italiano y su evolución normativa, del que se deducía un contexto de precariedad en el empleo de los trabajadores temporales cuyo análisis correspondía enfocar desde la perspectiva del art. 1.2⁶⁶. De manera más precisa, el Comité delimitará el caso distinguiendo dos posibles vulneraciones distintas⁶⁷ del art. 1.2. De ellas, sólo interesa aquí la relativa a la prohibición de discriminación en el empleo⁶⁸.

64. Se trata de las Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020. Ambas reclamaciones denuncian la misma situación sobre la base de argumentos similares. La principal diferencia entre ambas estriba en los colectivos respecto de los que se denuncia el abuso de la temporalidad: mientras la RC 144/2017 considera tanto al conjunto del sector público general, como al particular sector público educativo frente a los trabajadores temporales del sector privado, la RC 146/2017 se limita al contraste de los trabajadores temporales del sector público educativo frente a los temporales del sector privado. La resolución del Comité sigue la misma argumentación en ambos casos; si bien, a efectos expositivos, se tomará la RC 144/2017 como referencia.

65. Sin perjuicio del interés que pueda revestir esta perspectiva de análisis, en la resolución de ambas reclamaciones, el Comité se encarga de marcar distancia entre la CSER y el DUE como dos sistemas diferentes que no tienen por qué ser coincidentes (véase RC 144/2017, párrs. 49-51).

66. Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, párrs. 55-57.

67. *Ibidem*, párrs. 95-98.

68. La otra vulneración que analiza el Comité en estos casos contra Italia, atañe a la denominada tercera faceta del derecho a un trabajo libremente elegido (art. 1.2. CSER). En particular, analiza como

Desde esa perspectiva, el Comité analizará la situación de los empleados temporales del sector público general, y de determinado colectivo del sector público educativo (colectivo ERE), en particular, frente a los trabajadores temporales del sector privado⁶⁹. La diferencia de trato cuestionada afectaría a las condiciones de acceso a contratos indefinidos y las garantías en caso de abuso de la contratación temporal entre ambos sectores. Mientras en el sector privado el límite máximo de tiempo de contratación temporal (o de encadenamiento de tales contratos) se establece en los 24 meses, y se arbitra un mecanismo de conversión automática en indefinidos en caso de superación; en el sector público dicho límite se fija en los 36 meses y no se prevé la automática conversión en indefinidos de los contratos de los empleados públicos temporales.

Dicho planteamiento ofrece al Comité la ocasión de establecer las diferencias entre sector privado y público en lo que respecta a la contratación temporal, lucha contra su abuso y el acceso a la contratación indefinida. En tal sentido, el Comité establece que del art. 1.2 de la Carta no se deriva la aplicación para el sector privado y el público del mismo criterio de acceso a la contratación indefinida desde el empleo temporal. En consecuencia, no habría obligación de responder con el mecanismo de la conversión automática en indefinidos a situaciones de encadenamiento excesivo de contratos temporales también en el sector público. Esta diferencia en la regulación del empleo temporal privado y público, encontraría justificación objetiva y razonable, a juicio del Comité⁷⁰, en los principios constitucionales de acceso a la

una posible interferencia u obstáculo al derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido un conjunto de factores y previsiones normativas aplicables a los contratos temporales de un concreto colectivo de empleados del sector público educativo (colectivo no-ERE); cuya peor situación contrasta con las condiciones de empleo, garantías frente al abuso de la temporalidad y opciones de consolidación de otro colectivo de profesorado, también temporal (colectivo ERE), de la misma Administración educativa italiana. La consideración conjunta de una serie de factores como determinante de un contexto de precariedad, que va más allá de la concreta diferencia regulatoria de cada uno de ellos, confirmaría así la inclusión del más amplio fenómeno de la precariedad laboral en el ámbito objetivo de la tercera faceta del art. 1.2 de la Carta. La argumentación del Comité en relación con esta segunda vulneración del art. 1.2 se encuentra *ibídem*, párrs. 108-117.

69. La identificación de los colectivos afectados y de la respectiva regulación aplicable es un factor esencial en la delimitación de las RRCC 144/2017 (párrs. 44-48 y 97-98) y 146/2017, a la par que una cuestión de cierta complejidad, sobre todo, en lo que respecta a los empleados públicos temporales del sector educativo italiano. A ese respecto, el Comité identifica – al margen de los trabajadores temporales del sector público general y del sector privado – dos colectivos de profesorado temporal: empleados temporales del sector público educativo inscritos en “listas ERE” (bolsas de empleo creadas a partir de la presentación de determinados méritos y realización de procesos formativos) y empleados temporales del sector público educativo no inscritos en “listas ERE” (pertenecientes a otras bolsas generadas a partir de su participación en procesos selectivos por concurso-oposición). Además de la diferencia en el modo de acceso o reclutamiento, la diferencia más relevante entre los colectivos de profesorado temporal ERE y no-ERE afecta a las garantías frente al abuso de la temporalidad y las opciones de consolidación y promoción profesional.

70. Véase RC 144/217, párr. 101.

función pública (sólo a través de procesos competitivos objetivos y transparentes), además de perseguir una finalidad legítima (asegurar la imparcialidad de la Administración Pública).

Sentada esta relevante diferencia de principio entre el modelo de lucha contra la temporalidad excesiva en el sector privado frente al sector público, el Comité matiza que dicha diferencia de trato resulta proporcionada sólo si se compensa o equilibra la ausencia del mecanismo de la conversión automática en indefinidos con un marco de medidas efectivas de lucha contra el abuso de la contratación temporal⁷¹. En el particular caso del empleo público, tales medidas habrían de ser de dos tipos. De un lado, medidas preventivas del abuso de la contratación temporal tales como el establecimiento de restricciones por la vía de sujetar su uso a causas de necesidad excepcionales y temporales, o por la vía de fijar un límite temporal a la sucesión o renovación de contratos temporales (los 36 meses del sector público frente a los 24 previstos para el sector privado se considerarían una diferencia admisible). De otro lado, deben establecerse medios de reacción y garantías cuando la temporalidad excesiva se haya materializado; en particular, la previsión del derecho a indemnización para el contratado temporal cuyo puesto no haya podido consolidarse (mediante los oportunos procesos selectivos) pasados los plazos máximos de temporalidad, y el reconocimiento de cierta flexibilización de la carga de la prueba del daño sufrido por el trabajador afectado por la prolongación excesiva de la contratación temporal, entre otros posibles medios de garantía.

Verificada la previsión de tales medidas preventivas y reparadoras frente al abuso de la contratación temporal en el sector público italiano en general (y en el profesorado ERE), el Comité consideró que las diferencias existentes respecto al sector privado (consecuencia de la exclusión de la regla de conversión automática en indefinidos) no resultaban – en conjunto – desproporcionadas, y que en ambos contextos existía un marco suficiente de medidas eficaces contra el abuso de la temporalidad. De acuerdo con ello, rechazó la existencia de una discriminación⁷² contraria al art. 1.2 CSER.

5. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, TIPOS Y EXCEPCIONES

Como se indicó anteriormente, el Comité, desde el inicio de su actividad en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, ha definido la discriminación prohibida por el art. 1.2 como “la diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un objetivo legítimo y no se basa en motivos objetivos y

71. *Ibidem*, párrs. 102-105.

72. *Ibidem*, párrs. 106-107.

razonables⁷³". Las discriminaciones prohibidas son tanto las directas o de trato⁷⁴ –v.gr. al dispensar un tratamiento menos favorable que a otra persona en situación análoga por una causa claramente reprobable como el sexo o la raza– como las discriminaciones indirectas.

El concepto de discriminación indirecta que deriva de la Carta ha sido construido por el Comité a partir del art. E antes que desde la perspectiva de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, si bien el propio Comité trae a colación dicha doctrina para confirmar el alcance de esta prohibición a ambos tipos de discriminaciones: directas e indirectas⁷⁵. En relación con estas últimas, el Comité subraya que, en el contexto del art. E CSER, se prohíben "todas las formas de discriminación indirecta⁷⁶". Tales formas abarcarían no sólo la tradicional discriminación de impacto⁷⁷ –por la desventaja que una disposición o trato aparentemente neutral provoca en determinadas personas caracterizadas por una particular condición–, sino también la antes referida discriminación por indiferenciación, que impondría la obligación de dispensar un tratamiento diferenciado a determinadas personas por su singular condición personal o social de carácter distintivo frente al resto. La consideración de esta última forma de discriminación indirecta lleva a advertir una relevante falta de sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional español que excluye este último concepto del alcance del art. 14 CE⁷⁸.

73. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 25.

74. Sobre la precisión de conceptos relacionados con la igualdad y la prohibición de discriminación resultan muy esclarecedores los trabajos de REY MARTÍNEZ, F., "Principios de teoría y dogmática constitucional. La Constitución de los principios. Igualdad", en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pág. 353; así como "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pág. 140.

75. Sin perjuicio de otras referencias, véanse las Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Austria, art. 1.2. Abundando en ello, el Comité afirma que "la discriminación puede producirse ya sea por tratar de manera diferente a personas en la misma situación o por tratar de manera idéntica a personas en diferentes situaciones" [*International Federation of Human Rights (FIDH) c. Bélgica*, RC 62/2010, 18 marzo 2013, párr. 49].

76. *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia*, RC 58/2009, 25 junio 2010, párr. 35. En relación con la discriminación indirecta, el Comité, además, ha precisado que ésta "también puede producirse al no tener debidamente en cuenta todas las diferencias relevantes o no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y las ventajas colectivas que se reconocen a todos sean realmente accesibles para todos" (*International Association Autism-Europe c. Francia*, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52). Como se ha indicado, a pesar de que esta última referencia, entre otras, ha sido afirmada por el Comité al hilo del art. E CSER en casos atinentes a otros derechos no específicamente laborales de la Carta, suele ser recogida entre la doctrina general relativa a la prohibición de discriminación del art. 1.2. Así ocurre, a modo ilustrativo, con dicho pasaje en *Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia*, RC 147/2017, 30 junio 2021, párr. 80.

77. Más detalladamente, sobre la precisión de estos conceptos, REY MARTÍNEZ, F., "Principios de teoría...", op. cit., pág. 353; así como "Igualdad y prohibición...", op. cit., pp. 141-142.

78. En relación con las distintas valoraciones que sugiere la cerrada posición del Tribunal Constitucional a admitir la discriminación por indiferenciación, véanse CARMONA CUENCA, E., "La

En los casos de discriminación analizados por el Comité en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas bajo la prohibición del art. 1.2, éste no suele calificar en sus decisiones el tipo de discriminación (directa o indirecta) que se analiza⁷⁹. No obstante, sí pueden advertirse casos de discriminación directa o de trato (como ocurre con la edad en la RC 74/2011, o con la ausencia de finalidad legítima y/o razón objetiva y razonable de los tratos diferenciados dispensados a los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal respecto al resto de guías en la RC 6/1999), y casos de discriminación de impacto (indirecta) ante la desventaja padecida por determinados colectivos comparables a consecuencia de la aplicación de una normativa aparentemente neutral o no diferenciadora *prima facie* (así ocurre, por ejemplo, con los médicos no objetores a la práctica del aborto en la RC 91/2013 y, con ciertos matices, en el caso de los antiguos funcionarios franceses recolocados y no reclasificados en la RC 73/2011). Sin embargo, como ya se anunció, el Comité no ha conocido por el momento de reclamaciones colectivas que planteasen supuestos de discriminación por indiferenciación bajo el art. 1.2 de la Carta⁸⁰.

Por lo que respecta a las excepciones a la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 CSER, el Comité se refiere muy puntualmente a esta posibilidad y la restringe a sólo dos circunstancias⁸¹: exigencias ocupacionales esenciales (relacionadas con la propia naturaleza de la tarea o las circunstancias en que se ejerce) y medidas de acción positiva. Si bien ambos supuestos pueden concretarse en relación con cualquiera de las causas o criterios de discriminación referidos, factores como el sexo,

prohibición de discriminación. Nuevos...”, op. cit., pp. 751-756, y REY MARTÍNEZ, F., “Principios de teoría...”, op. cit., pp. 341-343.

79. Tan sólo en el primer caso de discriminación *ex art.* 1.2 analizado, la RC 6/1999, el Comité se refiere a una de las situaciones analizadas entre las distintas categorías de guías turísticos como “discriminación *de facto*” (párr. 34) para tratar lo que parece ser una discriminación directa derivada de una práctica o dinámica de funcionamiento que reservaba la realización de visitas guiadas en determinados espacios a los guías concretamente autorizados con exclusión material del resto de profesionales titulados.

80. Del análisis de la doctrina del CEDS (así como del propio TEDH) se deduce que la aplicación del concepto de discriminación por indiferenciación, del que se deriva una mayor exigencia de las obligaciones positivas de protección a asumir por los Estados, suele concretarse en relación con grupos particularmente vulnerables (v.gr. infancia, minorías étnicas, refugiados, “sin techo”, etc.) y en relación con la efectividad de derechos sociales prestacionales. No obstante, el Comité no restringe la consideración de dicho concepto de discriminación a sólo unos concretos derechos en la medida en que éste deriva de la cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER. Por tanto, no es descartable su consideración, bajo determinadas circunstancias, en relación con el derecho al trabajo o condiciones laborales concretas. En tal sentido, véase JIMENA QUESADA, L., “La Jurisprudencia Europea sobre derechos sociales”, en VON BOGDANDY, A; FIX-FIERRO, H; MORALES, M. Y FERRER, F. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, UNAM, México, 2011, pp. 292-293 y 295-297.

81. Véanse Conclusiones 2006 sobre Bulgaria y 2008 sobre Azerbaiyán, art. 1.2; así como Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013, párr. 106.

la edad, la discapacidad o la nacionalidad son los más proclives a tratar de fundamentar tales excepciones en el ámbito del empleo. En cualquier caso, el Comité sostiene una consideración restrictiva de la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de las mismas desde la perspectiva del art. G CSER.

Así, la exigencia de la propia nacionalidad puede considerarse esencial pero sólo en el caso de aquellos puestos estrictamente vinculados a funciones de autoridad pública y seguridad nacional, como ya se refirió anteriormente. Igualmente, y a la luz de la RC 74/2011⁸², la edad aisladamente considerada –y como presunción de incapacidad o pérdida de habilidades– va a ser difícilmente admitida como exigencia esencial de determinadas ocupaciones de forma que se admita discriminar a personas de una concreta edad de determinados empleos (ya sea en el acceso, la promoción o el despido). Por su parte, también el sexo va a ser admitido muy limitadamente como exigencia esencial de determinadas ocupaciones ante el riesgo de que, tras tales excepciones, se sostengan fórmulas de perpetuación de división sexista del trabajo⁸³ superadas en el marco de la Carta Social Revisada⁸⁴.

Mayor interés reviste –también por ser más frecuentes– el análisis de las medidas de acción positiva adoptadas con el fin de favorecer o superar la desventaja fáctica que en relación con el empleo sufren determinados colectivos; particularmente, las mujeres, los jóvenes y las personas con discapacidad, entre otros. En el marco del sistema de informes (ya sea bajo el art. 1.2, el 15.2 o el 20 CSER, según lo aceptado por cada Estado), el Comité requiere a los Estados Parte información sobre las regulaciones nacionales orientadas a facilitar o promover la incorporación al empleo de tales colectivos y sus resultados e impactos concretos. No obstante, la medida del rigor con que el Comité analiza la conformidad de tales medidas que excepcionan la prohibición de discriminación del art. 1.2, se observa, quizá mejor, en la resolución de reclamaciones colectivas en que alguna de las medidas nacionales cuestionadas se ha intentado justificar como medida de acción positiva.

82. En particular, véanse párrs. 115-116.

83. En tal sentido, véase el seguimiento realizado por el Comité desde el sistema de informes a la regulación griega, finalmente abolida, que limitaba el acceso de mujeres al cuerpo de policía con base en prejuicios relativos a su capacidad física y psicológica para el trabajo y el uso de armas (Conclusiones XIV-1 a XVIII-1 sobre Grecia, art. 1.2).

84. Recuérdesse a este respecto que la Carta de 1961 establecía en su art. 8.4.b) – denunciado por España en su instrumento de ratificación – el compromiso de los Estados de “prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre”. Sin embargo, la Carta Revisada, en su art. 8.5, matiza tal previsión restringiéndola al ámbito de la protección de la maternidad de las mujeres embarazadas, de forma que la prohibición de empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, etc. no es general, sino limitada a las “mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos”.

Tales han sido los casos –ya mencionados– de la reducción del salario mínimo de los jóvenes menores de 25 años en Grecia (RRCC 66/2011⁸⁵ y 111/2014), y el del material adelanto de la jubilación de los trabajadores del mar en Noruega a los 62 años (RC 74/2011) que, entre otros argumentos, se justificaba como una política de empleo orientada a promover el acceso de trabajadores jóvenes a dicho sector. Como ya se indicó, en ambos supuestos el Comité considera legítima la finalidad de las medidas diferenciadoras por razón de edad, al perseguir un objetivo reequilibrador de la peor posición de los jóvenes en relación con el empleo. Sin embargo, se muestra muy exigente en el análisis concreto de las medidas adoptadas en términos de necesidad, idoneidad, proporcionalidad e, incluso de efectividad de las mismas.

Así, en el caso griego el carácter generalizado de la reducción del salario mínimo junto con el propio alcance cuantitativo de la medida, determinaron su rechazo por desproporcionada; lo que sugiere que el diseño de medidas de acción positiva debe estar presidido por una mayor precisión y adecuación entre fines, alcance (población, colectivo y sector destinatario) y medios establecidos. Por su parte, el caso noruego –en el que, al contrario que el anterior, se cuestiona una medida concebida para un sector concreto– sugiere una cierta exigencia de efectividad para justificar el mantenimiento de medidas de acción positiva; de donde se deriva la necesidad de que los Estados evalúen periódicamente el mantenimiento de medidas diferenciadoras en vigor durante largos períodos de tiempo a partir de su impacto real⁸⁶. Así, la teórica justificación razonable que pudo avalar en su origen la adopción de una medida diferenciadora de este tipo, decae cuando se contrasta con sus resultados efectivos en el entorno actual de circunstancias del sector y el colectivo al que se refiere la pretendida medida de acción positiva.

6. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La configuración de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, culmina con la precisión de su alcance material u objetivo. A este respecto, el Comité señala, en primer lugar, que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación en el empleo (*ex art. 1.2*) se impone “cualquiera que sea la naturaleza jurídica de

85. En particular, véase párr. 60.

86. Nótese que, en el caso de la RC 74/2011, la regulación de la edad de jubilación de los trabajadores del mar noruegos se remontaba a 1948 y se justificaba, entre otros motivos, por su interrelación con la regulación relativa al acceso a las pensiones de jubilación y otros beneficios sociales. De ello se esperaba un efecto beneficioso en el acceso de mano de obra joven al sector del mar que, a juicio del Comité, no se evidencia ni antes ni ahora. Esta circunstancia determina la imposibilidad de avalar la medida de diferenciación basada en la edad por su falta contrastada de necesidad e idoneidad para conseguir el fin pretendido (en particular, véanse párrs. 90, 96-97 y 116).

la relación profesional⁸⁷”; de donde se deduce su exigencia a las relaciones de trabajo asalariado bajo cualquier régimen de empleo, incluidas las formas atípicas de trabajo e, incluso, el trabajo autónomo. Asimismo, la prohibición de discriminación alcanza tanto al empleo público como al empleo privado bajo los diversos regímenes contractuales, administrativos o estatutarios en que se articule. Cuenta de ello dan tanto los informes estatales como las reclamaciones colectivas resueltas por el CEDS relativas a posibles discriminaciones sufridas por empleados públicos y privados, temporales o indefinidos, etc.

En segundo lugar, el Comité ha afirmado igualmente que la prohibición del art. 1.2 se proyecta sobre todos los actos discriminatorios que puedan ocurrir “en relación con las condiciones de contratación y trabajo en general (en particular, con respecto a la remuneración, la formación, la promoción, la transferencia y el despido u otra acción perjudicial)⁸⁸”, abarcando así todos los escenarios temporales de la vida laboral (selección y contratación, desarrollo de la prestación y finalización). A la vista de ello puede concluirse que la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo del art. 1.2 se configura por el Comité como una prohibición general y abierta por la amplitud de causas de discriminación admitidas y el extenso ámbito de acción material de situaciones laborales y condiciones de empleo sobre el que se proyecta.

Sin perjuicio del análisis general sobre la situación legal y práctica de los Estados Parte en relación con la discriminación en el empleo que se realiza en el sistema de informes, el Comité ha conocido de reclamaciones colectivas que denunciaban posibles discriminaciones en relación con la promoción y ascenso (RRCC 73/2011, 91/2013 y 147/2017) y con el fin de la relación laboral por jubilación (RC 74/2011). Mención aparte merecen las discriminaciones en materia salarial⁸⁹. Como ya se ha indicado en los casos de la reducción del salario mínimo a los jóvenes griegos, cuando el criterio de discriminación en materia salarial es distinto al sexo –la edad, en este caso– la denuncia es susceptible de ser analizada tanto desde la perspectiva

87. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 24

88. Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 238.

89. Sobre la delimitación de las distintas previsiones que podrían acoger la tutela frente a la discriminación salarial, la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y 1 del Protocolo Adicional (actual art. 20 CSER), de 30 septiembre de 1997 (Conclusiones XII-5), estableció que, si bien las tres previsiones coinciden en unas mismas obligaciones para los Estados Parte (proceder a la regulación legal de tales derechos, adoptar medidas para garantizar la efectividad de los mismos y establecer políticas activas y medidas para implementarlas en la práctica), debe matizarse que el alcance objetivo de tales previsiones “no es plenamente coincidente” pues mientras el art. 1.2 acoge la discriminación en el empleo por cualquier motivo, el 20 CSER (art. 1.1 Protocolo Adicional) atiende sólo a la discriminación por razón de sexo; y mientras el art. 4.3 se refiere específicamente a la discriminación por sexo en materia salarial, el 20 CSER, aun abarcando también la remuneración, atiende a otras condiciones de trabajo.

del derecho a una remuneración suficiente⁹⁰ (art. 4.1 CSER) como desde la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 de la Carta⁹¹. Sin embargo, cuando la discriminación salarial se basa en el sexo el análisis queda encuadrado en las más específicas previsiones de los artículos 20 y/o 4.3 CSER en función de los artículos aceptados por el Estado afectado⁹².

7. LA DINÁMICA APLICATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Finalmente, la dinámica aplicativa de la prohibición de discriminación en el empleo que sigue el Comité, particularmente en el marco de las reclamaciones colectivas, permite advertir un consolidado esquema de análisis que se inicia con la identificación precisa de la categoría o colectivo comparable frente al que se alega la posible discriminación. Esta tarea se presenta evidente y sencilla en algunos casos, como el contraste entre los trabajadores griegos menores de 25 años y el resto de la población activa griega (RRCC 66/2011 y 111/2014) en relación con el salario mínimo, la identificación de los distintos colectivos de guías turísticos comparables a partir del dato de la competencia o titulación profesional que los habilita para esa tarea (RC 6/1999), o el cotejo de la situación profesional de los médicos objetores y no

90. Así ocurrió en GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012, sólo en relación con el art. 4.1, al no invocarse en la reclamación la vulneración del art. 1.2.

91. En Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, se apreció, sin embargo, ambas vulneraciones autónomas de los arts. 4.1 y 1.2 de la Carta.

92. En tal sentido, la Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002), tras afirmar que “la discriminación basada específicamente en el sexo no se analiza bajo el artículo 1.2”, establece en relación con la concreta discriminación salarial por razón de sexo que: “dado que el derecho a la igualdad en virtud del artículo 20 alcanza a la remuneración, el Comité ya no examinará la situación nacional a este respecto en virtud del artículo 4.3 (derecho a la igualdad de remuneración). En consecuencia, los Estados que hayan aceptado ambas disposiciones ya no estarán obligados a presentar un informe sobre la aplicación del artículo 4.3. Los Estados que sólo han aceptado el artículo 4.3 continuarán presentando un informe sobre la aplicación de este Artículo”. De acuerdo con dicha lógica, pero en el ámbito de las reclamaciones colectivas, en University Women of Europe c. Croacia, RC 126/2016, 5 diciembre 2019, la falta de aceptación por Croacia del art. 4.3 obligó al Comité a reconducir el examen de la denuncia de la brecha salarial por sexos al art. 1 del Protocolo Adicional (actual art. 20 CSER) que, aun siendo más amplio que el 4.3, se antoja más adecuado por su especialidad en materia de discriminación sexual que la aún más amplia e inespecífica prohibición de discriminación del art. 1.2 de la Carta, también alegado por la organización reclamante (vid. párrs. 95-99). Por su parte, en University Women of Europe c. República Checa, RC. 128/2016, 5 diciembre 2019, el Comité analizó la reclamación conjuntamente bajo la perspectiva de los arts. 1 del Protocolo Adicional y 4.3 CSE, al estar aceptados ambos por el Estado afectado y considerar que el primero de ellos incorpora o asume la misma garantía de igualdad salarial *ex art.* 4.3 CSE y, además, abarca otros aspectos de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y otras condiciones laborales (vid. párr. 92).

objetores a la práctica del aborto sobre la base de la misma cualificación y especialización (RC 91/2013).

En otras ocasiones, sin embargo, la identificación del colectivo a contrastar con el supuestamente discriminado exige del Comité una labor más compleja. Así, en el caso de los trabajadores del mar noruegos, la organización reclamante pretendía confrontar la situación de éstos a la de cualesquiera trabajadores del mar empleados en barcos de bandera del resto de Estados que previeran una edad de jubilación superior. Frente a lo que el Comité hubo de matizar que “el examen de las reclamaciones colectivas no implica ninguna comparación entre los Estados Parte que han ratificado la Carta⁹³” y que tampoco se había alegado ninguna normativa o estándar internacional concreto sobre la cuestión litigiosa⁹⁴. Sentada esta premisa, el Comité identificó la referencia comparable con los trabajadores del mar en otras categorías de trabajadores noruegos con regímenes de jubilación especiales (pilotos y trabajadores de refinerías, 65 años) frente a la edad general de jubilación (70 años) y similares exigencias de destreza profesional y condiciones físicas⁹⁵.

Igualmente, el caso de los funcionarios franceses de los antiguos servicios públicos de telefonía y correos requirió una ardua tarea de análisis tanto de la normativa reguladora de la reestructuración del sector público y transferencia de empleados, como de los posteriores procesos de organización funcional interna y selección de personal desarrollados en los nuevos operadores, para identificar los dos colectivos en que los antiguos funcionarios quedaron reubicados (los meramente recolocados o transferidos, de un lado, y los que, además, fueron reclasificados en los nuevos operadores).

Por último, la composición del conflicto denunciado, en cuanto a los colectivos involucrados y su término de contraste, resulta, en ocasiones, directamente determinante de la resolución del Comité. Así, ocurre en la RC 147/2017, donde se denuncia la pretendida discriminación de un grupo de técnicos de la Hacienda italiana que fueron temporalmente asignados a funciones directivas, finalmente no consolidadas, sobre la base de contratos temporales celebrados a tal efecto. El rechazo del Comité a la comparación de éstos con los trabajadores temporales del sector privado determinó, en gran medida, la negativa a considerar la discriminación denunciada⁹⁶.

93. En tal sentido, trae a colación International Commission of Jurists c. Portugal, RC 62/, 9 septiembre 1999, párr. 24.

94. Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013, párr. 108.

95. *Ibidem*, párr. 109.

96. Mientras que la organización reclamante comparaba la situación de los técnicos temporalmente asignados a funciones directivas a los trabajadores del sector privado (donde rige la regla de conversión automática en indefinidos de los contratos temporales sucesivamente renovados por encima de los 36 meses), el Comité rechazó tal composición del conflicto al considerar que la asignación temporal de funciones directivas se produjo –más allá del contrato temporal mediante el que se articuló– sobre la base de una previa relación indefinida de los técnicos afectados con la Agencia tributaria italiana.

Establecidos los términos de comparación, el Comité continúa comprobando la existencia de la diferencia de trato denunciada. Ésta se aprecia tanto en la propia normativa como en la aplicación efectiva de la misma o la práctica nacional (administrativa o judicial) dispensada al colectivo denunciante; siendo muy valorados a este respecto los datos y experiencias reales acreditativos de la diferencia de trato denunciada. Evidenciada ésta, el Comité, puede derivar los efectos propios de la regla de inversión de la carga probatoria que rige en materia antidiscriminatoria a partir de los indicios alegados por la organización reclamante, concluyendo la violación del art. 1.2 de la Carta ante la inacción o falta de argumentación en contra del Estado afectado⁹⁷. No obstante esa posibilidad, en la mayoría de las ocasiones, el Comité, procede, tras verificar la concurrencia de la diferencia de trato, a enjuiciar tanto la legitimidad del fin perseguido por la medida cuestionada como el carácter objetivo y razonable de su motivación diferenciadora, aplicando para ello el rigor –en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad– que ya se ha indicado al hilo de los casos referidos.

8. GARANTÍAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Junto a la definición del contenido y alcance de la prohibición de discriminación en el empleo, el Comité deriva del art. 1.2 todo un marco de garantías (sustantivas y procesales, preventivas y reactivas, así como promocionales) orientadas a asegurar la realización efectiva de tal prohibición. Si bien dicho sistema de garantías se ha construido, principalmente, en el terreno de la discriminación por razón de sexo⁹⁸, ya se indicó anteriormente que dicho planteamiento se proyecta al resto de supuestos de discriminación. La previsión y aprobación de tales garantías constituyen asimismo obligaciones positivas de los Estados vinculadas al art. 1.2 de la Carta, cuyo

En la medida en que los técnicos afectados regresaban a sus contratos indefinidos anteriores al concluir la referida asignación temporal de tareas directivas, su situación dista mucho de ser comparable – en términos de precariedad – a la de los trabajadores (del sector público o privado) que quedan en el desempleo tras la finalización de un verdadero contrato temporal. Véase *Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia*, RC 147/2017, 30 junio 2021, párrs. 90-91. Sobre la delimitación de colectivos de trabajadores temporales comparables, véase también *supra* el caso de los empleados temporales del sector público italiano general y algunos colectivos del sector público educativo temporal, en particular, en las antes referidas *Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia*, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y *Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia*, RC 146/2017, 7 julio 2020.

97. Así ocurre en *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párrs. 243-245.

98. Por tal motivo, se recoge aquí una descripción sucinta de este marco de garantías. Para un análisis más detenido desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, se remite a LUKAS, K. & O'CONNOR, C., "Gender Equality...", op. cit.; y LUKAS, K., *The European Social Charter and Equality*, op. cit.

cumplimiento se controla, fundamentalmente, desde el sistema de informes⁹⁹; sin perjuicio de que algunas reclamaciones colectivas también hayan denunciado la insuficiencia o falta de adecuación con el art. 1.2 de la regulación antidiscriminatoria de algunos Estados Parte¹⁰⁰.

En el terreno de las medidas de carácter sustantivo, el art. 1.2 exige, en primer término, que las legislaciones estatales recojan la prohibición de discriminación en el empleo con la amplitud¹⁰¹ de causas y ámbitos materiales que se ha descrito anteriormente (discriminaciones directas e indirectas en relación con todas las situaciones y condiciones laborales). De acuerdo con ello, se requiere igualmente la previsión legal de la declaración de nulidad o de la obligación de modificar toda disposición contraria al principio de igualdad de trato contenida en convenios colectivos, contratos de trabajo o normas propias de empresa. Finalmente, para garantizar la efectiva persecución y defensa frente a posibles actos discriminatorios, el Comité también deriva del art. 1.2 la necesidad de reconocer la garantía de indemnidad frente al despido u otras represalias del empresario contra el trabajador denunciante de tales actos.

En el plano procesal, la persecución efectiva de los casos de discriminación se hace depender, principalmente, del establecimiento de la inversión o aligeramiento de la carga de la prueba¹⁰² para el trabajador en caso de denuncia de actos discriminatorios. Asimismo, se insta a la configuración de una legitimación activa amplia en los procesos por discriminación en el empleo, de forma que tengan cabida como partes en el mismo, no sólo las personas directamente afectadas, sino otros agentes con interés legítimo en tales causas, ya sea por ser representantes de los trabajadores (sindicatos) o por constituir entidades dirigidas a la lucha contra la discriminación y la atención a las víctimas.

Por su parte, en el terreno de las medidas reparadoras de las víctimas de actos discriminatorios, el Comité requiere que éstas sean adecuadas al daño provocado, proporcionales y suficientemente disuasorias. En línea con lo anterior, el Comité ha considerado que la predeterminación legal de límites indemnizatorios máximos no

99. La configuración esencial del sistema de garantías de tutela antidiscriminatoria establecido por el Comité a partir del art. 1.2 de la Carta puede observarse en las Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Islandia, 2002 sobre Francia o en las Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2, entre otras.

100. En particular, se ha cuestionado la regulación laboral francesa (la general y algunos aspectos concretos del empleo público) en materia discriminatoria en *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, así como la vigencia de tales garantías en un concreto proceso de reestructuración del sector público en *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 59. En ambos casos, el Comité ha considerado el marco de garantías diseñado y consolidado en el sistema de informes.

101. Este concreto aspecto se pone en cuestión en *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, párrs. 28-32.

102. A este respecto, véanse particularmente las Conclusiones 2002 sobre Francia, art. 1.2; así como *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, párrs. 33-35.

resultaría conforme con la Carta revisada¹⁰³, ya que en ciertos casos ello puede impedir el pleno reconocimiento de los daños y perjuicios sufridos y su adecuada reparación, además de resultar una respuesta no suficientemente disuasoria para el empleador.

Finalmente, el Comité considera necesario, en orden a asegurar una mayor efectividad, integrar la acción legislativa en el marco de una más amplia política antidiscriminatoria de carácter promocional que incluya la creación de órganos independientes orientados a la promoción de la igualdad en el empleo, la información pública y el seguimiento de la lucha contra la discriminación.

9. CONCLUSIONES

La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el art. 1.2 de la Carta constituye una relevante manifestación de la voluntad de pormenorización, enriquecimiento y precisión de los derechos sociales y laborales que subyace en el sistema de la Carta Social Europea. Así, tras la proclamación literal del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, el Comité protege los dos atributos esenciales sobre los que se asienta la dignidad del trabajo; esto es, la libertad del individuo para autodeterminarse en su esfera o proyección profesional, y la exigencia de igualdad de trato en todos los momentos y vicisitudes de la trayectoria profesional.

La protección eficaz de ambos atributos determinó que el CEDS identificara las dos facetas o proyecciones originales del derecho al trabajo libremente elegido conforme al art. 1.2 de la Carta. De un lado, mediante la prohibición de toda forma de trabajo forzado se trata de garantizar la obligación de los poderes públicos de respetar la voluntariedad o libertad de trabajar del individuo en todas las fases de una relación laboral, incluyendo, por tanto, el libre desistimiento. Por su parte, la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo es el medio para hacer efectiva la obligación de los poderes públicos de proteger a las personas frente a la exclusión injustificada de un ámbito esencial de desarrollo como es el empleo¹⁰⁴.

En particular, la labor del Comité en relación con la prohibición de discriminación que deriva del art. 1.2 CSER, reviste particular interés porque éste se integra en el sistema de garantía de la igualdad de trato y oportunidades que subyace a toda la Carta. Así, la existencia de otras previsiones en materia de igualdad y no discriminación en el articulado de la Carta, impone al Comité la obligación de definir el ámbito de aplicación del art. 1.2. Así, la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo se concibe de una forma amplia y abierta, tanto por la diversidad de tipos

103. Abundan en este particular las Conclusiones 2012 sobre Andorra, art. 1.2.

104. Se sigue en este punto la clasificación de las obligaciones que el derecho al trabajo impone a los poderes públicos de respeto, protección y realización; correspondiente a las dos primeras un carácter defensivo según desarrolla GIL Y GIL, J.L., "El derecho a un trabajo digno", op. cit., pp. 969 ss.

y causas de discriminación admitidas como por las diferentes situaciones laborales y condiciones de empleo sobre las que se proyecta. Junto a ello, la Carta contempla específicamente la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia de empleo (art. 20 CSER), la discriminación por razón de sexo en relación con determinadas condiciones de trabajo, como el salario (art. 4.3), la igualdad de trato y oportunidades en materia de empleo de las personas con discapacidad (art. 15.2 CSER), así como otras referencias relativas a concretos colectivos y derechos sociales, sin olvidar la propia cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER de carácter transversal.

Esta circunstancia, unida al margen que tienen los Estados para aceptar sólo algunas disposiciones de la Carta (España la ha aceptado en su integridad), determina que la doctrina del Comité sobre el art. 1.2 y su delimitación con otras previsiones de la Carta adquiera importancia en clave tanto sustantiva como procesal (v.gr. para asegurar el buen fin de las reclamaciones colectivas que puedan plantearse). En tal sentido, el Comité ha declarado el carácter autónomo de la prohibición de discriminación del art. 1.2; lo que implica la posibilidad de apreciar su vulneración sin necesidad de vincularla a otros preceptos de carácter sustantivo o a la cláusula general del art. E; así como el alcance pluriofensivo de una misma normativa o práctica nacional por vulnerar tanto la prohibición de discriminación como la regulación relativa a la condición laboral de que se trate (v.gr. el salario, jornada, despido...).

En cuanto a su delimitación material, la prohibición de discriminación del art. 1.2 constituye una ley general sobre la materia en relación con el empleo, que cede –siempre que hayan sido aceptadas– en favor de las previsiones específicas relativas al empleo de las personas con discapacidad (*ex* art. 15 CSER) y, particularmente, a la discriminación por razón de sexo en materia de empleo (*ex* arts. 4.2 y 20 CSER). De acuerdo con tales acotaciones, y sin perjuicio del análisis general que realiza bajo el sistema de informes, el Comité ha hecho frente desde el sistema de reclamaciones colectivas a supuestos de discriminación por motivos de conciencia, edad y por falta de justificación de tratos diferenciados entre categorías de trabajadores comparables. Desde el punto de vista de las condiciones o situaciones laborales respecto de las que se ha analizado un trato discriminatorio, las reclamaciones colectivas resueltas han versado sobre el salario (de trabajadores jóvenes), la jubilación forzosa y las opciones de promoción, ascenso y consolidación de un empleo estable. Asimismo, la doctrina del Comité ofrece ejemplos de enjuiciamiento de medidas de acción positiva, sobre las que aplica un control estricto (de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y efectividad) en tanto que excepciones al principio general de igualdad de trato.

Además de la definición del contenido y alcance de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, la labor del Comité al respecto ha contribuido a precisar y consolidar un sistema de tutela antidiscriminatoria que, si bien construido a partir de la discriminación por razón de sexo, se ha hecho extensible al resto de causas de discriminación para asegurar la efectividad de la prohibición. Así, la tutela

antidiscriminatoria en el ámbito del empleo se articula a través de un consolidado conjunto de medidas sustantivas, procesales y promocionales que persiguen tanto la prevención como la reacción y reparación frente a los casos de discriminación por causas distintas al sexo. Estas medidas constituyen obligaciones positivas de los Estados cuyo cumplimiento es objeto de un incisivo control de efectividad por parte del Comité, tanto desde el sistema de informes como a través de reclamaciones colectivas que han denunciado la insuficiencia o inadecuación de las normativas y prácticas nacionales sobre la materia.

El control que realiza el Comité sobre la acción de los Estados en relación con las obligaciones positivas apuntadas no se limita a verificar su cumplimiento formal, sino que descende a evaluar la efectividad de las medidas nacionales dispuestas a partir de datos e indicadores de ejecución concretos (v.gr. número de intervenciones de la Inspección de trabajo, número de resoluciones judiciales dictadas, dotación de medios materiales y humanos, etc.). En este sentido, el Comité ha desarrollado un avanzado modelo de control (de efectividad) de las obligaciones positivas de los Estados dimanantes de los derechos sociales y laborales de carácter prestacional, cuya emulación por parte de los órganos de garantía de otros sistemas de protección sería deseable.

Finalmente, la labor de extensión aplicativa que viene realizando el Comité del elemental derecho a un trabajo libremente elegido que se proclama en el art. 1.2, del que deriva hasta tres facetas o contenidos concretos, alcanza también a la concreta prohibición de toda forma de discriminación en el empleo. Su carácter general y abierto garantiza su respuesta a las demandas de tutela frente a nuevas formas de discriminación, sin perjuicio de su atención (compatible) desde la perspectiva de otras previsiones de la CSER. No obstante, sin embargo, el hecho de que esa respuesta sea, fundamentalmente, de construcción jurisprudencial, pone de manifiesto la necesidad de redoblar los esfuerzos para que la doctrina del Comité sea acogida por los operadores nacionales y tenga eco en la labor de otros órganos de garantía nacionales y europeos. La doctrina emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas debe suponer, en el caso de España, un revulsivo para generar dicha dinámica.

10. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.I. “La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social”, *Trabajo y Derecho*, n. 12, 2015, pp. 1-21.

Alfonso Mellado, C.L., JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, 2014.

Alzaga Ruiz, I., “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”, *Trabajo y Derecho*, n. 64, 2020, pp. 1-31.

- Arenas Ramiro, M., “La garantía del Comité Europeo de Derecho sociales: un compromiso real con los derechos sociales”, *Lex Social*, vol. 10, n. 1, 2020, pp. 261-291.
- Canosa Usera, R., “Carta Social Europea y Comité Europeo de Derechos Sociales”, en MASALA, P.: *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Foros y Debates 5, CEPC, 2018, pp. 143-172.
- Carmona Cuenca, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J. Y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2009, pp. 733-740.
- COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, art. 1.2, 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, *Relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, 2018.
- Cubero Marcos, J.I., “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 105-140.
- Chatton, G.T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, n. 73, 2008, pp. 273-310.
- Fernández López, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98, 2009, pp. 11-57.
- Gil y Gil, J.L., “El derecho a un trabajo digno”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 949-1016.
- González de Rivera I Serra, X., “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”, *Lex Social*, vol. 5, n. 2, 2015, pp. 260-291.
- Jimena Quesada, L., “El Comité Europeo de Derecho Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, 2015, pp. 99-1278.
- Jimena Quesada, L., “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, 2020, pp. 125-167.
- Jimena Quesada, L., “La Jurisprudencia Europea sobre derechos sociales”, en VON BOGDANDY, A; FIX-FIERRO, H; MORALES, M. Y FERRER, F. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutio-nale commune en América Latina*, UNAM, México, 2011, pp. 281-312.
- Lukas, K. & O’cinneide, C., “Gender Equality within the Framework of the European Social Charter”, en COOK et al. (eds.), *Gender Equality - Engaging across Borders* (en prensa).

- Lukas, K., *Taking Stock of the European Social Charter at 60. The European Social Charter and Equality*, accesible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/the-european-social-charter-and-equality> (20/03/2022).
- Morte Gómez, C., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 551-568.
- Nivard, C., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa”, *Lex Social*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 12-33.
- Rey Martínez, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pág. 125-171.
- Rey Martínez, F., “Principios de teoría y dogmática constitucional. La Constitución de los principios. Igualdad”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 337-359.
- Salcedo Beltrán, C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europa (constitución social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n. n. 83, 2018, pp. 45-74.
- Salcedo Beltrán, C., “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del Constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 57, 2020, pp. 195-271.
- Salcedo Beltrán, C., “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”, *Actualidad – Centro de Estudios Andaluces*, n. 73, 2015, 1-38.
- Sarmento Barra, J. y Aubriere, M., “La Charte Sociale Europeenne et son application par les juridictions internes: regards croises entre la jurisprudence française et espagnole”, *Lex Social*, vol. 5, n. 1, 2015, pp. 161-173.

11. JURISPRUDENCIA DEL CEDS

Observaciones Interpretativas

- Observación interpretativa sobre el art. 1.2, de 31 de mayo de 1969 (Conclusiones I).
- Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y del art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 septiembre 1997 (Conclusiones XII-5).
- Observación interpretativa sobre el art. 1.2 (Conclusiones XVI-1 y 2002).
- Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002).

Reclamaciones Colectivas

- International Commission of Jurists c. Portugal, RC 1/1998, 9 septiembre 1999.
- Syndicat national des Professions du tourisme c. France, RC 6/1999, 10 octubre 2000.
- International Association Autism-Europe c. France, RC 13/2002, 4 noviembre 2003.
- SUD Travail Affaires Sociales c. Francia, RC 24/2004, 8 noviembre 2005.
- Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. Francia, RC 56/2009, 23 junio 2010.
- Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia, RC 58/2009, 25 junio 2010.
- International Federation of Human Rights (FIDH) c. Bélgica, RC 62/2010, 18 marzo 2013.
- General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012.
- Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012.
- Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013.
- Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015.
- Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017.
- University Women of Europe c. Croacia, RC 126/2016, 5 diciembre 2019.
- University Women of Europe c. República Checa, RC. 128/2016, 5 diciembre 2019.
- Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindicato autonomo polizia ambientale forestale (SA-PAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019.
- Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020.
- Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020.
- Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia, RC 147/2017, 30 junio 2021.

Sistema de informes

Artículo 1.2

- Conclusiones XIV-1 (1998) sobre Grecia, art. 1.2.
- Conclusiones 2002 sobre Francia, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Alemania, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Islandia, art. 1.2.
- Conclusiones XVII-1 (2005) sobre España, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Austria, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre España, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Grecia, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Bulgaria, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Lituania, art. 1.2.
- Conclusiones 2008 sobre Azerbaiyán, art. 1.2.
- Conclusiones 2012 sobre Albania, art. 1.2.
- Conclusiones 2012 sobre Andorra, art. 1.2.
- Conclusiones XXII-1 (2021) sobre España, art. 1.2.

TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



COMUNICACIONES

POBREZA, EXCLUSIÓN SOCIAL Y COLECTIVOS
DISCRIMINADOS EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA*

POVERTY, SOCIAL EXCLUSION AND DISCRIMINATED
GROUPS IN SPAIN AND IN THE EUROPEAN UNION

M^a Teresa Arévalo Quijada

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0001-5511-2470

arevalo@us.es

Patrocinio Fernández Geniz

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-9282-2890

patro@us.es

Dolores Gómez Domínguez

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0003-2189-6670

dogomez@us.es

RESUMEN: En este trabajo se realiza un análisis descriptivo de la evolución de los indicadores de pobreza y exclusión social y de la discriminación percibida entre la población de la Unión Europea. Se constata que la pobreza y exclusión social (tasa AROPE) y el riesgo de pobreza monetaria incide en mayor medida en determinados grupos entre los que también se percibe más discriminación, tal es el caso de la discriminación de género, edad o discapacidad. Con relación a la discriminación, los ciudadanos de la Unión Europea perciben en sus países mayores porcentajes de

* Este trabajo es resultado de proyecto de investigación denominado “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico y Social” (US-1264479).

discriminación generalizada entre la población de origen étnico diferente al mayoritario y entre la población LGB, aunque se habría producido una disminución en casi todos los estados miembros en la percepción de discriminación.

PALABRAS CLAVES: Pobreza; Exclusión; AROPE; Discriminación.

ABSTRACT: In this paper, a descriptive analysis of the evolution of poverty and social exclusion indicators and perceived discrimination among the population of the European Union is carried out. It is found that poverty and social exclusion (ARPE rate) and the risk of monetary poverty have a greater impact on certain groups among which more discrimination is also perceived, such is the case of gender, age or disability discrimination. In relation to discrimination, the citizens of the European Union perceive in their countries higher percentages of generalized discrimination among the population of ethnic origin different from the majority and among the LGB population, although there would have been a decrease in almost all the member states in the perception of discrimination.

KEYWORDS: Poverty; Exclusion; AROPE; Discrimination.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL EN EL ENTORNO DE EUROPA. 2.1. Evolución de la tasa de pobreza y exclusión social (ARPE). 2.2. Diferencias y Evolución de la pobreza según sexo. 2.3. La edad en el análisis de la pobreza. 2.4. Indicadores de pobreza y discapacidad. 2.5. Pobreza, exclusión y nacionalidad. 3. DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA Y EUROPA. 3.1. Discriminación percibida por la población. 3.2. La actitud de los ciudadanos hacia los colectivos discriminados. 3.3. Percepción de discriminación en el acceso a un puesto de trabajo. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El estallido de la pandemia de la COVID-19 se produce cuando todavía las tasas de pobreza y exclusión social no habían recuperado los valores anteriores al estallido de la crisis financiera internacional de 2007, y la posterior crisis económica que afectó a las economías europeas.

La crisis que se inicia en 2008 genera un aumento de la desigualdad y de la pobreza que, a partir de la segunda mitad de la pasada década, comienza a reducirse, aunque en menor medida de lo que se recupera el crecimiento económico o el empleo. La desigualdad y la pobreza aumentan en la fase recesiva del ciclo, pero su reducción en la fase expansiva suele ser más moderada (Ayala, Jurado y Pérez, 2022a). De hecho, en el caso de España, pese a un crecimiento del PIB a precios corrientes de casi un 22% entre 2013 y 2019 y una reducción de la tasa de desempleo del 12%, la

pobreza monetaria aumento en 3 décimas, y la tasa de riesgo de pobreza y exclusión social sólo se redujo un 7.3%, es decir, 2.4 puntos.

Aunque los últimos datos disponibles referentes a los indicadores de pobreza son del año 2020 y en algunos de ellos el dato de referencia es la renta de los hogares del año 2019 y, por tanto, no recogerían la incidencia de la crisis económica provocada por la pandemia, muestran un incremento de las tasas de pobreza y exclusión social que los desvían del cumplimiento de uno de los objetivos de la Agenda 2030, reducir dicha tasa en el horizonte temporal de 2030 a la mitad del valor exhibido en 2015 (Llano Ortiz, 2021).

Las elevadas tasas de pobreza y exclusión social han hecho que sean múltiples los trabajos que tratan de identificar las bolsas de pobreza a partir de determinadas características socioeconómicas y demográficas utilizando un enfoque descriptivo o causal. Así, por ejemplo, en el análisis de la pobreza para España, Adiego y Moneo (2002) concluyen que es más probable estar en situación de pobreza monetaria severa si se es mujer, si se es joven o mayor y si se tienen bajos niveles de estudios; Lafuente, *et al.* (2009) añaden la condición de extranjero no comunitario, la situación en el mercado laboral y el estado de salud como factores explicativos de la pobreza; Poza y Fernández (2011) concluyen que el tipo de contrato, la formación y la salud, las relaciones sociales, la edad y el sexo explican la pobreza.

Algunos de los grupos de población en los que la incidencia de la pobreza y la exclusión social es mayor, son también grupos discriminados en el mercado laboral y en el entorno social, poniendo de manifiesto la relación entre discriminación y pobreza. Así, por ejemplo, la discriminación por razón de género implica que las mujeres hayan tenido más dificultad para acceder a puestos directivos y de gerencia, sus salarios sean más bajos y hayan optado tradicionalmente a empleos de peor calidad. De igual forma se podría argumentar, con relación a la población de diferente origen étnico, en su mayor parte extranjera, que suelen desarrollar su actividad en empleos que no quieren desempeñar el grupo poblacional mayoritario y por lo general, están peor remunerados.

Una de las vinculaciones estudiadas es la de la discriminación salarial debida al género y pobreza (Gradín, Del Río y Cantó, 2006; Del Río, Gradín y Cantó, 2008; Gradín, Del Río y Cantó, 2010) que concluyen que la eliminación de brecha salarial por género debida a la discriminación conllevaría la reducción de la pobreza de las mujeres y de los hogares de las que estas son sus principales sustentadoras. De igual modo, ha sido objeto de análisis la discriminación salarial en España de la población inmigrante con relación a la población nativa (Rueda y Navarro, 2011). La relación entre discriminación de la población con discapacidad y pobreza también ha sido objeto de análisis en la literatura (Martínez Ríos, 2013).

Tanto la pobreza en términos relativos, como la exclusión y la discriminación que sufren determinados grupos de población, es un problema de la sociedad actual que

debe afrontarse desde las instituciones para lograr, si no es posible su erradicación, sí al menos su disminución progresiva.

En este trabajo realizamos un análisis de los indicadores de pobreza y exclusión social, así como de la discriminación percibida en el entorno de la Unión Europea a partir de la información pública disponible.

En el siguiente apartado se recoge la evolución del indicador AROPE y de los tres indicadores que lo componen, riesgo de pobreza monetaria, privación material severa y baja intensidad laboral del hogar para el conjunto de la población y para aquellos grupos de población para los que se percibe mayor discriminación y existe información. Los datos objeto de análisis proceden de la base de datos de la Oficina Estadística Europea (EUROSTAT), extraídos de las Encuestas de Condiciones de Vida que elaboran los estados miembros sobre una base armonizada (EU-SILC), lo que hace posible la comparación entre los distintos países. Estos datos sólo están disponibles hasta 2020, por lo que, en el caso de España y al objeto de ofrecer información sobre la incidencia que la crisis económica desencadenada por la pandemia ha podido tener sobre la pobreza, son completados con los elaborados por otras fuentes no oficiales, concretamente con los informes y encuestas de la fundación FOESSA¹. El apartado 3 se dedica al análisis y evolución de los datos de discriminación percibida de origen étnico, por orientación sexual, género, identidad de género, religión o creencia, edad y discapacidad, así como al análisis de la actitud de la población hacia estos grupos en cuanto a su participación social. Los datos que permiten este análisis han sido extraídos de los Eurobarómetros Especiales de Discriminación elaborados a instancia de la Comisión Europea. Finalmente se recogen las conclusiones del análisis descriptivo realizado.

2. POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL EN EL ENTORNO DE EUROPA

La principal fuente que permite establecer comparaciones entre la evolución de la desigualdad, pobreza y exclusión social en España y en los países de la Unión Europea son las estadísticas de EUROSTAT. El indicador AROPE² es de carácter multidimensional y engloba tres componentes, la pobreza monetaria o pobreza en el ingreso, la carencia material y la pertenencia a un hogar con baja intensidad laboral. Una persona se incluye entre la población en riesgo de pobreza o exclusión social cuando presenta alguno de los tres componentes, predominando las que contabilizan en el indicador por estar en riesgo de pobreza monetaria.

1. Lorenzo Gilsanz (2014), Fernández Maíllo (2019) y Ayala, Laparra y Rodríguez (2022).

2. At Risk of Poverty or Social Exclusion.

2.1. Evolución de la tasa de pobreza y exclusión social (AROPE)

La Evolución de la tasa de riesgo de pobreza y exclusión social (AROPE) en la UE y en España se recoge en el gráfico 1. Una simple lectura de éste nos indica el incremento que experimentó la tasa en el periodo de mayor crudeza de la crisis económica. En España, el incremento de la tasa entre 2008 y 2014 fue de 5.4 puntos, mientras que, en la Eurozona (AE), aunque la tasa AROPE aumentó, lo hizo en un porcentaje menor (1.9 puntos). Entre 2014 y 2019 se ha producido una reducción progresiva de la tasa de 3.6, 2.7 y 3.9 para la Unión Europea, la Eurozona y España, respectivamente. Aunque la reducción en España ha sido mayor, en 2019 el indicador AROPE se situaba 4.4 puntos por encima de la media de la Unión Europea y 1.5 puntos por encima del valor de la tasa en 2008. La diferencia con respecto a la media de la UE se mantiene en los últimos datos disponibles que corresponden a 2020, año en el que se rompe la tendencia del indicador y experimenta un incremento de 1.1 punto tanto en la Unión Europea como en España.

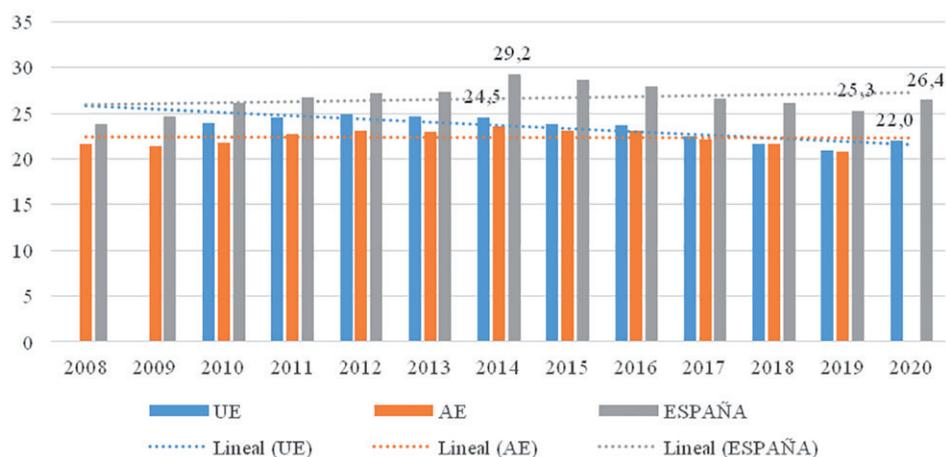


Gráfico 1. Evolución del AROPE (2008-2020). Fuente: Eurostat [ilc_peps01]³ y Elaboración propia

Como se pone de manifiesto en el gráfico 2, existen diferencias según el territorio, así en 2015, dentro de la Eurozona la mayor tasa AROPE era la de Grecia (35,7), le seguían Letonia (30,9) y Lituania (29,3), España ocupaba ese año la sexta posición

3. Los datos pueden consultarse en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_peps01/default/table?lang=en

en porcentaje AROPE entre las 19 economías de la eurozona, algo por detrás de Chipre e Italia. Los datos de 2020 sitúan a España en la segunda posición en el indicador por detrás de Grecia, aunque la reducción operada en la tasa en el caso de este país en el quinquenio ha sido considerablemente mayor, 6.8 puntos frente a los 2.2 puntos que se habría reducido la tasa en el caso de España. Una reducción similar a la experimentada por la tasa en Grecia en este último quinquenio se habría producido en Portugal e Irlanda. Sin embargo, en Alemania, Luxemburgo y Francia, el indicador AROPE habría aumentado en el quinquenio 4, 2.4 y 0.5 respectivamente. La escasa reducción de la tasa experimentada por España la situarían lejos de cumplir con los objetivos de la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible. Con relación al AROPE, la estrategia supone reducir para este horizonte temporal la tasa a la mitad del valor exhibido en 2015 (Llano Ortiz, 2021), es decir, en 2030 se debería situar en 14,3, luego una reducción uniforme por quinquenio supondría que la tasa se debería haber reducido en este último algo más de 4,7 y lo ha hecho en menos de la mitad (gráfico 2).

La evolución de las tres dimensiones consideradas en el AROPE, es decir, la pobreza en el ingreso o pobreza monetaria⁴, la privación material severa⁵ y el factor de baja intensidad en el empleo por hogar⁶ se recogen en la tabla 1.

En el periodo 2008-13, coincidiendo con los años de crisis financiera y económica, la tasa de pobreza monetaria se elevó por encima de 20.5 puntos, pero es entre 2013 y 2014 cuando se produce un incremento de casi dos puntos, que continúa creciendo, aunque de forma más leve, hasta 2016. Entre 2016 y 2019 la tasa se reduce 1,6 puntos. El Producto Interior Bruto (PIB) comienza a crecer a partir de 2014, sin embargo, como acabamos de indicar, el indicador de pobreza monetaria marca los mayores valores en esos primeros años de crecimiento. Entre 2016 y 2019, el PIB per cápita aumentó 11,2%, pero la tasa de pobreza monetaria sólo se redujo un 7% (tabla 1).

4. La tasa de Riesgo de pobreza monetaria representa el porcentaje de población cuyo ingreso está por debajo del 60% del ingreso mediano por unidad de consumo.

5. Una persona se considera en situación de Privación material severa si no puede acceder al consumo de al menos cuatro de los nueve ítems de consumo considerados básicos en territorio europeo. Estos ítems son (EAPN-ES, 2021, 55): 1) No poder comer carne, pollo o pescado, al menos cada dos días; 2) No poder mantener la vivienda a una temperatura adecuada; 3) No tener capacidad para afrontar gastos imprevisto; 4) Tener retrasos en el pago de gastos relacionados con la vivienda principal o en compras a plazos en los últimos doce meses; 5) No poder permitirse al menos ir de vacaciones una semana al año; 6) No poder permitirse disponer de un teléfono; 7) No poder permitirse disponer de una lavadora; 8) No poder permitirse disponer de un televisor y 9) No poder permitirse disponer de un automóvil.

6. El factor de baja intensidad de empleo por hogar de la tasa AROPE agrupa a aquellas personas menores de 60 años que viven en hogares en los que sus miembros en edad de trabajar lo hicieron menos del 20 % de su potencial de trabajo total durante el año.

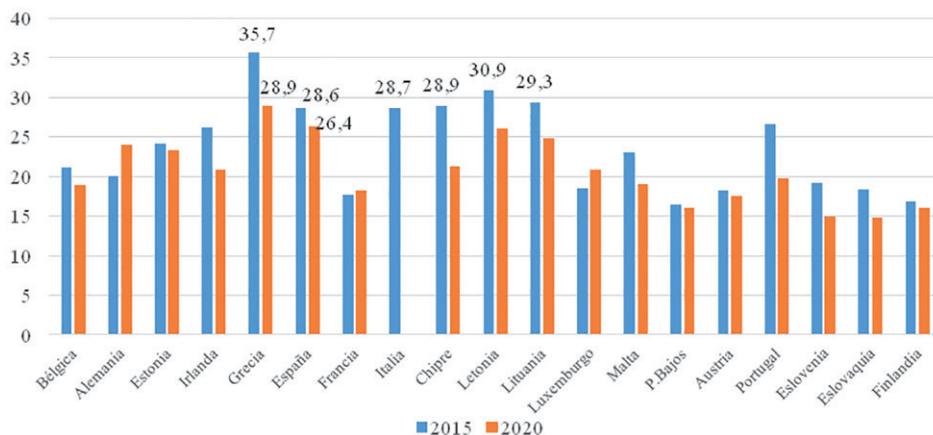


Gráfico 2. Tasa AROPE en las economías de la EUROZONA. Fuente: Eurostat [ilc_peps01] y Elaboración propia

Tabla 1. Evolución de los indicadores del AROPE

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Riesgo de pobreza monetaria	UE	16,6	16,4	16,5	16,9	16,8	16,7	17,2	17,3	17,3	16,9	17,1	:	:
	EUROZONA	16,0	16,1	16,2	16,8	16,8	16,7	17,1	17,2	17,4	17,0	17,0	17,4	17,3
	ESPAÑA	19,8	20,4	20,7	20,6	20,8	20,4	22,2	22,1	22,3	21,6	21,5	20,7	21,0
Privación material severa	UE	8,5	8,2	8,4	8,8	9,9	9,6	8,9	8,1	7,5	6,6	5,9	5,4	-
	EUROZONA	5,7	5,8	5,8	6,6	7,5	7,3	7,3	7,0	6,6	5,9	5,5	4,9	-
	ESPAÑA	3,6	4,5	4,9	4,5	5,8	6,2	7,1	6,4	5,8	5,1	5,4	4,7	7,0
Baja intensidad de empleo por hogar	UE	9,2	9,2	10,3	10,5	10,6	11,0	11,3	10,7	10,5	9,5	8,8	8,5	:
	EUROZONA	9,3	9,1	10,4	11,0	10,7	11,2	11,9	11,2	11,1	10,2	9,4	9,0	9,4
	ESPAÑA	6,6	7,6	10,8	13,4	14,3	15,7	17,1	15,4	14,9	12,8	10,7	10,8	9,9

Fuente: Eurostat y elaboración propia

El umbral de riesgo de pobreza monetaria aumenta o disminuye en la medida que lo hagan los ingresos medianos del conjunto de la población. Esto hace que algunas personas próximas al umbral, pese a disponer de ingresos estables, pueden entrar o salir del riesgo de pobreza de un periodo a otro. El indicador de riesgo de pobreza anclada en el umbral de 2008 (gráfico 3) revelaría todavía mayor crecimiento de la pobreza monetaria en los años en los que se registran mayores valores del indicador y

mayor divergencia con respecto al conjunto de la Eurozona, una diferencia superior a los 10 puntos en 2014 y cercana a los 5 puntos en 2020.

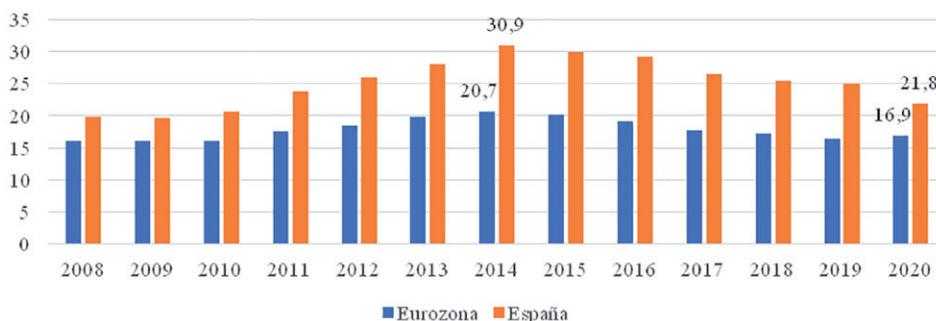


Gráfico 3. Tasa de riesgo de pobreza anclada en 2008. Fuente: Eurostat [EU-SILC survey [ilc_li22b]] y Elaboración propia

La tasa de riesgo de pobreza monetaria no refleja los efectos de la pandemia ya que se basa en los datos de renta de 2019. Aunque sin la pretensión de sustituir a los datos oficiales, Ayala, Jurado y Pérez (2022b) comparan los datos de pobreza monetaria pre y post pandemia utilizando los datos de la encuesta EINSFOESSA⁷, que revelan un incremento de casi tres puntos en el indicador de pobreza monetaria entre 2018 y 2021, aumento que se elevaría por encima de los 6 puntos si el umbral de pobreza se ancla en el valor de 2018 (tabla 2).

Tabla 2. Riesgo de pobreza monetaria, 2018-2021

	2018	2021
Riesgo de pobreza moderada no anclada (60% de la mediana)	21,6%	24,5%
Riesgo de pobreza severa no anclada (40% de la mediana)	9,5%	11,2%
Riesgo de pobreza moderada anclada	–	27,7%

Fuente: Ayala, Jurado y Pérez (2022b, p. 117)

El indicador de privación material severa aumentó en España como consecuencia de la crisis 3.5 puntos entre 2008 y 2014 (más de un 97%) muy por encima del crecimiento en puntos que se produjo en el conjunto de la UE (1.4 entre 2008 y 2013)

7. Encuesta sobre Integración y Necesidades Sociales de la Fundación Foessa.

y en la Eurozona (1.8). En 2020, este indicador se elevó en 2.3 puntos, devolviendo la tasa, en un solo año, a los peores valores de 2014.

El componente del AROPE que más se elevó en España en la anterior crisis es el de personas que conviven en hogares con baja intensidad laboral. Entre 2008 y 2014 aumentó 10.5 puntos en España y 2.1 y 2.6 en la UE y la Eurozona, respectivamente. Los mayores valores del indicador corresponden a los periodos en los que la tasa de paro fue más elevada en España, por encima del 20% desde el último trimestre de 2010 hasta el segundo trimestre de 2016.

Como se ha indicado anteriormente, el mayor porcentaje de población en el AROPE corresponde a los que sólo sufren riesgo de pobreza monetaria, siendo mucho menor el peso en la población que, sin estar en riesgo de pobreza monetaria, computa en el AROPE por las otras componentes (tabla 3).

De los datos contenidos en la tabla 3 podemos destacar, en España, el incremento de peso entre la población en riesgo de pobreza y exclusión social de la privación material, y de la población que sufre conjuntamente riesgo de pobreza monetaria y privación material. El componente de baja intensidad laboral ha perdido peso relativo entre la población en el AROPE, sobre todo entre 2015 y 2019, debido posiblemente a la recuperación del empleo en el periodo.

La tasa AROPE y los demás indicadores de pobreza no son homogéneos para el conjunto de la población y existen diferencias según el grupo de población que consideremos.

2.2. Diferencias y Evolución de la pobreza según sexo

El indicador de pobreza y exclusión social es, por lo general, superior en la población de mujeres que en la de hombres (tabla 4). La diferencia en la tasa estaba cercana a los tres puntos en el año 2008. A lo largo del periodo esa diferencia se ha ido reduciendo y, en el caso de España, la tasa AROPE para la población de hombres estaba por encima de la de la población de mujeres en el periodo 2012 a 2016, llegando a situarse en 2015, la tasa de pobreza y exclusión social de los hombres 0.7 puntos por encima.

No obstante, hemos de señalar que esa es una tendencia asociada a la crisis anterior en la que, debido a la masculinización del empleo en ciertos sectores más afectados por la destrucción de empleo, la población masculina se vio más afectada por la pérdida de ingresos salariales. Sin embargo, como ponen de manifiesto los datos para España, cuando la tasa AROPE comienza a descender, a partir de los datos de 2015, la reducción es mayor para la población masculina y a partir de 2017, la tasa AROPE de la población femenina se sitúa por encima de la masculina. Los datos de 2020 con respecto a los de 2019 reflejan un incremento de 1 punto en el indicador AROPE para la población masculina y algo superior, 1.2 puntos para la población de

mujeres, que hace que esta última tasa se sitúe 1.6 puntos por encima de la masculina. Esta diferencia de tasas en 2020 es similar en la EUROZONA, aunque las tasas son más bajas que en España, pero su incremento ha sido mayor entre 2019 y 2020.

Tabla 3. Personas en AROPE por componentes

		2015	2019	2020	2015	2019	2020
		Miles de personas			Porcentajes		
ESPAÑA	Sólo riesgo de pobreza	5743	5975	6076	47,10	50,21	48,01
	Sólo privación	866	1006	1484	7,10	8,45	11,72
	Sólo baja intensidad	1865	1317	1143	14,14	10,79	9,03
	pobreza monetaria+privación	970	1267	1429	7,96	10,65	11,29
	pobreza monetaria+baja intensidad laboral	2222	1357	1470	18,22	11,40	11,61
	privación+baja intensidad	283	260	201	2,32	2,18	1,59
	pobreza+privación+baja intensidad	1243	1029	854	10,19	8,65	6,75
	Total	12193	11900	12657	100,00	100,00	100,00
UE	Sólo riesgo de pobreza	42204	45526	47928	40,21	49,38	49,66
	Sólo privación	16906	11050	11850	16,11	11,99	12,28
	Sólo baja intensidad	9653	7713	7895	9,20	8,37	8,18
	pobreza monetaria+privación	12480	9238	9679	11,89	10,02	10,03
	pobreza monetaria+baja intensidad laboral	12026	11025	11400	11,46	11,96	11,81
	privación+baja intensidad	2275	1331	1517	2,17	1,44	1,57
	pobreza+privación+baja intensidad	9402	6314	6.251	8,96	6,85	6,48
	Total	104946	92197	96520	100,00	100,00	100,00

Fuente: Eurostat [ilc_pees01n] y elaboración propia

Tabla 4: Tasa AROPE según sexo

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
UE	Hombres	22,3	22,0	22,7	23,2	23,8	23,7	23,6	23,1	22,6	21,5	20,8	20,4	:
	Mujeres	25,1	24,5	24,8	25,4	25,8	25,5	25,3	24,5	24,4	23,3	22,8	22,3	:
EUROZONA	Hombres	20,2	20,3	20,9	21,8	22,2	22,2	22,6	22,3	22,1	21,2	20,7	19,8	21,7
	Mujeres	23,2	22,9	23,1	24,0	24,4	24,0	24,3	23,8	24,0	23,0	22,4	21,6	23,2
ESPAÑA	Hombres	22,4	23,8	25,5	26,1	27,3	27,9	29,4	29,0	28,0	26,0	25,1	24,6	25,6
	Mujeres	25,1	25,6	26,7	27,4	27,2	26,7	28,9	28,3	27,9	27,1	27,0	26,0	27,2

Fuente: EUROSTAT [ilc_peps01] y elaboración propia

La evolución de las tres dimensiones del AROPE por sexo se recoge en la tabla 5. Para la Eurozona todos los componentes alcanzan mayor valor en la población de mujeres que en la de hombres. La tasa de pobreza monetaria en la Eurozona es superior para la población de mujeres durante todo el periodo considerado, aunque las diferencias se han reducido ligeramente con respecto a los años iniciales en los que la diferencia era de dos puntos. En España, la diferencia entre las tasas de pobreza monetaria de la población de mujeres y hombres en 2008, era superior a la de la Eurozona (2.8 puntos), pero en los años sucesivos, al mantenerse o incluso reducirse la de la población de mujeres e incrementar la de los hombres, esa diferencia se fue reduciendo, y entre 2013 y 2016 el indicador de pobreza monetaria masculino estuvo por encima del de la población femenina. Sin embargo, a partir de 2017 la tasa masculina desciende y de nuevo se sitúa por debajo de la de la población de mujeres. Los datos de 2020 comparados con los de 2019 reflejan un incremento de la tasa para la población de mujeres y se mantiene la de la población de hombres, por lo que incrementa la diferencia hasta los 1,5 puntos, aunque se mantiene por debajo de la existente en los inicios de la anterior crisis económica (tabla 5).

La componente de privación material severa en España es la que muestra mayor aumento entre 2019 y 2020, tanto para la población de hombres como de mujeres, por encima de los 2 puntos, existiendo escasa diferencia en esta tasa para las dos poblaciones.

La componente de baja intensidad laboral sólo se sitúa para la población masculina, ligeramente por encima de la de la población femenina en 2013, 2015 y 2016.

Tabla 5: Dimensiones del AROPE según sexo

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Riesgo de pobreza monetaria	Hombres	15,0	15,1	15,4	16,0	16,1	16,1	16,5	16,8	16,7	16,3	16,4	16,6	16,6
	Mujeres	18,4	19,4	20,1	19,9	20,7	20,9	22,4	22,5	22,6	21,0	20,9	20,2	20,2
Privación material severa	Hombres	17,0	17,0	17,0	17,5	17,6	17,2	17,7	17,7	18,1	17,7	17,5	18,2	17,9
	Mujeres	21,2	21,3	21,3	21,4	20,9	19,9	22,1	21,8	22,1	22,2	22,2	21,1	21,7
Baja intensidad laboral del hogar	Hombres	5,5	5,6	5,6	6,4	7,3	7,2	7,2	6,9	6,4	5,7	5,3	4,7	6,0
	Mujeres	3,7	4,6	4,7	4,5	6,2	6,3	7,0	6,6	5,3	4,9	5,3	4,6	6,9
	Hombres	5,9	6,0	5,9	6,9	7,7	7,5	7,5	7,0	6,9	6,1	5,6	5,1	6,2
	Mujeres	3,5	4,4	5,1	4,6	5,5	6,1	7,1	6,3	6,2	5,3	5,5	4,8	7,0
	Hombres	8,5	8,3	9,7	10,2	10,0	10,7	11,5	10,8	10,7	9,8	8,8	8,6	9,0
	Mujeres	6,1	7,2	10,6	12,9	13,8	15,9	17,0	15,8	14,9	12,4	10,1	10,0	9,7
	Hombres	10,4	9,9	11,2	11,6	11,4	11,6	12,3	11,6	11,6	10,6	9,9	9,5	9,7
	Mujeres	7,0	8,0	11,0	13,8	14,8	15,4	17,2	15,1	14,8	13,2	11,2	11,7	10,1

Fuente: EUROSTAT y elaboración propia

2.3. La edad en el análisis de la pobreza

El análisis del AROPE por grupos de edad revela mayores tasas de pobreza y exclusión social para los grupos de menor edad (tabla 6). En el inicio de la crisis financiera internacional, la tasa AROPE de los mayores de 65 años estaba por encima de la de los grupos de 25 a 54 años y de 55 a 64 años, pero en los años posteriores, mientras que el indicador se elevaba para los otros grupos de edad, el de la población de mayor edad se reducía.

En España, el indicador AROPE se elevó 16 puntos entre 2008 y 2015, para el grupo de 16 a 24 años, situándose en el 42%, más de 12 puntos por encima de la media de la Eurozona. Este es el grupo donde se registran los mayores valores del indicador. En el grupo de 25 a 54 años, y para el mismo intervalo temporal, la tasa se elevó en España casi 11 puntos. Sin embargo, para el grupo de edad por encima de 65 años la tasa se reduce en más de 13 puntos en el intervalo 2008-2014 y, aunque en los años sucesivos el AROPE alcanza mayores valores y se produce un aumento considerable (casi 5 puntos) entre 2019 y 2020, en el último dato disponible para este grupo de mayor edad, la tasa está casi 6 puntos por debajo del dato de partida, mientras que para el resto de los grupos de edad y, pese a la reducción que se produce a partir de 2014 o 2015, la tasa continúa por encima de los valores de 2008. Sin embargo, en el caso de la Eurozona, iniciado el periodo de recuperación económica, el indicador AROPE habría retornado paulatinamente a los valores anteriores a la crisis (tabla 6).

2.4. Indicadores de pobreza y discapacidad

Los grupos de población que sufren algún tipo de discapacidad tienen mayor dificultad para integrarse en distintos ámbitos de la sociedad, en particular en el mercado laboral. Diversos estudios revelan que se trata de grupos que están sobrerrepresentados entre la población pobre. Así lo ponen de manifiesto los datos de EUROSTAT de 2019 que revelan una diferencia entre las tasas de pobreza y exclusión social entorno a los 10 puntos para la población mayor de 16 años, dependiendo de que no tengan ninguna discapacidad o sufran algún tipo de discapacidad (tabla 7).

Además, hemos de indicar que, tanto en la UE como en la Eurozona y en España, las diferencias entre las tasas de riesgo de pobreza y exclusión social de la población que no tiene ninguna discapacidad y de la que sí la sufre han ido aumentando. Para el conjunto de la UE, la tasa AROPE de la población con discapacidad estaba, en 2010, 8.8 puntos por encima, y para la población con discapacidad severa, 14.5 puntos por encima. En 2019, esa diferencia era de 10.7 y 17.8 puntos, respectivamente. En la Eurozona, la diferencia en la tasa AROPE registrada en 2010 entre los que sufren algún tipo de discapacidad y los que no tienen ninguna era de 7.4 puntos

Tabla 6: AROPE por grupos de edad

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Menores de 16 años	UE	:	26,9	27,0	27,3	26,8	27,0	26,1	25,8	24,0	23,0	21,8	23,4
	Eurozona	23,3	23,7	24,9	25,0	25,2	24,6	25,4	25,1	24,7	23,9	23,2	22,0
16-24 años	España	29,6	31,9	32,6	31,6	31,4	31,9	35,4	33,4	31,0	28,8	30,1	31,2
	UE	:	29,6	30,0	31,1	31,1	31,5	31,3	30,7	29,0	27,7	26,9	28,4
25-54 años	Eurozona	26,5	26,3	27,7	28,1	29,4	30,1	29,8	30,0	28,4	27,6	26,6	:
	España	26,0	26,7	30,9	32,2	36,6	36,9	38,7	42,0	40,3	35,8	32,8	33,0
55-64 años	UE	:	22,4	23,5	24,1	24,1	24,5	23,6	23,3	21,9	20,8	19,9	20,7
	Eurozona	19,6	19,6	20,6	22,0	22,8	22,9	24,0	23,3	23,2	21,2	20,3	:
65 años y más	España	20,7	21,9	24,5	26,4	28,1	28,6	31,6	30,6	29,7	27,0	26,4	26,0
	UE	:	25,6	26,3	26,7	26,9	25,9	25,8	24,9	24,0	23,0	22,1	22,7
65 años y más	Eurozona	24,7	24,2	23,4	24,6	25,1	25,6	25,1	24,4	23,6	22,7	21,9	:
	España	23,0	24,2	24,0	25,0	26,2	27,2	28,5	27,6	27,9	25,4	24,5	26,0
65 años y más	UE	:	19,8	20,1	19,4	18,2	17,6	17,3	18,2	18,2	18,4	18,5	19,8
	Eurozona	19,8	19,0	17,3	18,0	17,3	16,3	16,0	15,9	17,3	17,4	17,2	:
España	26,2	24,9	22,9	21,2	16,5	14,5	12,9	13,7	14,4	16,4	17,6	15,7	20,5

Fuente: EUROSTAT [ilc_peps01] y elaboración propia

y se situó en 2019 en 9,6, es decir, 2,2 puntos por encima. Los datos para España reflejan una menor diferencia entre las tasas de pobreza de la población con discapacidad o discapacidad severa y la de la población sin discapacidad que en la UE o en la Eurozona, que en 2010 es de 6,8 y 12,7 respectivamente y, en 2019, de 10 y 14 puntos respectivamente.

Tabla 7. Tasa AROPE según discapacidad (Población mayor de 16 años)

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
UE	Ninguna	20,8	21,1	21,7	21,6	21,4	20,8	20,9	19,9	18,9	18,4	:
	Moderada o severa	29,6	30,4	30,3	30,2	30,1	30,2	30,1	29,3	29,3	29,1	:
	severa	35,3	36,8	36,3	36,4	36,7	36,1	36,4	36,0	36,2	36,2	:
EUROZONA	Ninguna	19,1	19,6	20,3	20,2	20,7	20,4	20,8	19,9	19,1	18,2	:
	Moderada o severa	26,5	28,1	27,6	27,8	28,4	28,9	28,9	27,8	27,9	27,8	:
	severa	32,6	35,0	33,7	34,0	34,6	34,1	35,0	34,1	34,1	33,9	:
ESPAÑA	Ninguna	23,6	24,3	25,6	25,7	27,1	27,0	26,1	24,4	24,1	22,5	23,0
	Moderada o severa	30,4	31,7	29,6	29,4	31,2	30,1	30,9	31,5	31,1	32,5	33,8
	severa	36,3	36,6	34,9	32,0	33,4	32,6	35,7	36,8	35,3	36,5	38,3

Fuente: Eurostat [hlth_dpe010] y elaboración propia

La tasa AROPE para el conjunto de la población y para la población sin discapacidad, se sitúa en España por encima de la media de la UE y de la Eurozona, pero, sin embargo, la tasa AROPE para la población con discapacidad severa de España, registra datos más cercanos o incluso inferiores a los de la media de la Unión Europea.

También, al igual que ocurre con el conjunto de la población, la tasa de pobreza y riesgo de exclusión social de las mujeres es, por lo general, superior a la de los hombres para el conjunto de la UE y la Eurozona, pero en el caso de España, como se ha comentado anteriormente, la agudeza de la crisis económica afectó particularmente al empleo e ingresos salariales de la población masculina, y ello condujo a mayores tasas AROPE entre dicha población, que se situaron por encima de las femeninas. Esto mismo ocurre con las tasas AROPE de la población con discapacidad salvo que, en este caso, desde 2011 y hasta el dato más actual, la tasa masculina siempre ha estado por encima de la femenina, como se pone de manifiesto en el gráfico 4.

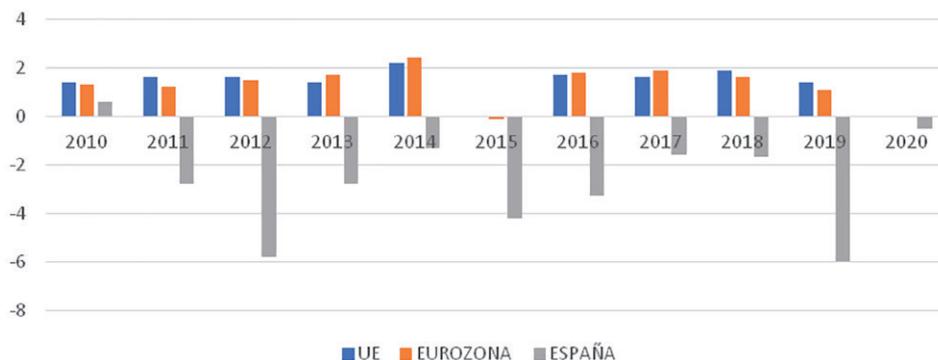


Gráfico 4. Diferencia entre la tasa AROPE mujeres y hombres con discapacidad. Fuente: Eurostat [hlth_dpe010] y elaboración propia

Esta mayor incidencia de la pobreza en la población con discapacidad se puede observar cuando se consideran las diferentes dimensiones de la pobreza. La tasa de pobreza monetaria de la población con discapacidad, sin discapacidad y de la población total mayor de 16 años se recoge en la tabla 8. En líneas generales, se puede observar que la pobreza monetaria, tanto para la población total como para la población sin discapacidad, aumenta en el periodo 2010-2016, y posteriormente, hasta 2019, experimenta un ligero descenso.

Tabla 8. Tasa de pobreza monetaria según discapacidad (población mayor de 16 años)

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TOTAL	UE	15,6	15,9	15,9	15,9	16,4	16,6	16,7	16,5	16,5	16,2	:
	EUROZONA	15,2	15,7	15,8	15,8	16,4	16,5	16,8	16,4	16,4	15,9	:
	ESPAÑA	19,4	19,5	19,7	19,3	20,8	21,0	21,1	20,4	20,6	19,4	19,7
CON DISCAPACIDAD	UE	18,9	19,3	19,0	18,8	19,6	20,0	20,2	20,5	21,3	21,4	
	EUROZONA	18,5	19,3	18,9	18,8	19,6	19,9	20,2	19,8	20,5	20,5	
	ESPAÑA	23,1	22,8	20,5	19,8	20,9	20,5	21,9	22,4	23,4	23,6	24,4
SIN DISCAPACIDAD	UE	14,5	14,7	14,8	14,8	15,3	15,4	15,6	15,2	14,9	14,6	:
	EUROZONA	14,0	14,3	14,6	14,6	15,1	15,3	15,7	15,3	15,1	14,5	:
	ESPAÑA	18,4	18,6	19,5	19,2	20,8	21,1	20,9	19,9	19,9	18,5	18,3

Fuente: Eurostat [hlth_dpe020] y elaboración propia

En el caso de España, y centrándonos en la tasa de pobreza monetaria de la población total mayor de 16 años, entre 2010 y 2016 el porcentaje que representa la tasa se elevó 1.7 puntos, algo más que en la UE (1.1) y en la Eurozona (1.6). Para la población de más de 16 años sin discapacidad, el aumento en el mismo periodo fue de 2.5, 1.1 y 1.7 para España, la UE y la Eurozona respectivamente. Sin embargo, en el mismo periodo y para la población con discapacidad, la tasa de pobreza monetaria se elevó 1.3 en la UE, y 1.7 en la Eurozona, pero en España, la tasa se había reducido 2.6 puntos hasta 2015, situándose ese año por debajo de las tasas de los otros grupos de población considerados (total y sin discapacidad); a partir de ese año, comienza a crecer, y en 2018 ya se sitúa por encima del primer dato de la serie, el del año 2010. Es decir, la recuperación económica y reducción del desempleo, que supuso una ligera reducción de los indicadores de pobreza monetaria en el caso de España, no afectó a la población con discapacidad, sino más bien al contrario, se produce una elevación de las tasas de pobreza monetaria.

Si atendemos al objetivo de reducción de la pobreza de la agenda 2030 y lo trasladamos a la tasa de pobreza monetaria de la población con discapacidad en España, el valor de referencia de la tasa, el del año 2015, debería reducirse a la mitad en 2030, es decir, debería situarse en 10.25. Una reducción proporcional, supondría 0.7 puntos por año, 2.73 puntos entre 2015 y 2019 y, sin embargo, la tasa aumentó en esos cuatro años 3.1 puntos.

En la tabla 9 se recogen los porcentajes de población que sufren privación material severa por limitación de la actividad (tener o no alguna discapacidad) para la UE, Eurozona y España.

Los datos contenidos en la tabla revelan, por un lado, un incremento del porcentaje de población que sufre privación material severa en la UE y la Eurozona para todos los grupos de población considerados en el intervalo 2010-2012, y en España, un comportamiento análogo, en el intervalo 2010-2014. A partir de ese último año, los porcentajes disminuyen hasta 2019, año en el que el dato está por debajo del computado en 2010, salvo para la población con discapacidad de la Eurozona y de España.

La privación material severa está más representada en la población que sufre algún tipo de discapacidad y además, para España, la elevación que experimenta el indicador en la población con discapacidad, 3.9 puntos en el periodo 2010-2014, no se recorta completamente en el periodo de recuperación económica.

La variabilidad de la tasa de privación material severa en el periodo recogido en la tabla 9, exceptuando el dato de 2020 (mayor tasa-menor tasa), está en torno a los 4 puntos en la UE para todos los grupos de población y en torno a 2 puntos en el caso de la Eurozona y España, con la salvedad de la mayor variabilidad de la tasa en España para el grupo con discapacidad, al que hacíamos referencia en el párrafo anterior.

Tabla 9. Privación material severa por nivel de limitación de la actividad (%)

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TOTAL	UE	8,1	8,5	9,4	9,3	8,6	7,7	7,3	6,5	5,8	5,4	:
	EUROZONA	5,5	6,2	7,1	7,0	7,0	6,6	6,5	5,8	5,4	4,9	:
	ESPAÑA	4,5	4,4	5,5	5,7	6,6	5,9	5,6	4,9	5,2	4,4	6,5
CON DISCAPACIDAD	UE	11,1	12,0	12,8	12,6	12,1	11,3	10,8	10,0	9,2	8,7	:
	EUROZONA	7,7	9,2	9,8	9,7	10,0	9,8	9,5	8,8	8,4	8,1	:
	ESPAÑA	5,5	5,8	7,1	7,2	9,1	8,0	7,9	7,6	8,4	7,5	9,6
SIN DISCAPACIDAD	UE	7,0	7,2	8,3	8,0	7,2	6,5	6,2	5,4	4,7	4,3	:
	EUROZONA	4,7	5,1	6,1	5,9	5,8	5,5	5,5	4,9	4,4	3,9	:
	ESPAÑA	4,2	4,0	5,1	5,2	5,8	5,2	4,9	4,2	4,4	3,7	5,6

Fuente: Eurostat [hlth_dm010] y elaboración propia

En cualquier caso, las tasas de privatización material severa son más bajas en España que en la UE y la Eurozona, pero el comportamiento de este indicador en España ha hecho que, aun permaneciendo por debajo, la tasa se haya acercado a la de su entorno europeo. En 2010, la diferencia de la tasa de privación material severa en población con discapacidad y sin discapacidad entre la UE y España era de 5.6 y 2.8 puntos, respectivamente. En 2019, esa diferencia se había reducido a 1.2 para la población con discapacidad y 0.6 para el grupo de población sin discapacidad.

Finalmente, y sin que podamos disponer del dato de privación material severa para el conjunto de la UE y de la Eurozona de 2020, el dato de España, que ya recogería los efectos de la pandemia, supone un incremento de la tasa en sólo un año de 2.1 puntos en la población con discapacidad y de 1.9 puntos en el grupo poblacional sin discapacidad. Si comparamos la evolución de la tasa con la de otros países de nuestro entorno (gráfico 5), puede concluirse un peor comportamiento de la tasa en España, sobre todo en el grupo con discapacidad ya que, tanto para Portugal como para Francia, se observa un descenso de más de un punto y de medio punto, respectivamente.

El tercer subindicador del AROPE agrupa al número de personas que viven en hogares con baja intensidad del empleo. Su relación en porcentaje con su grupo de población se recoge en la tabla 10, poniéndose de manifiesto que este indicador, para la población con discapacidad, más que duplica, y en algunos casos casi triplica, al de la población sin discapacidad (tabla 10).

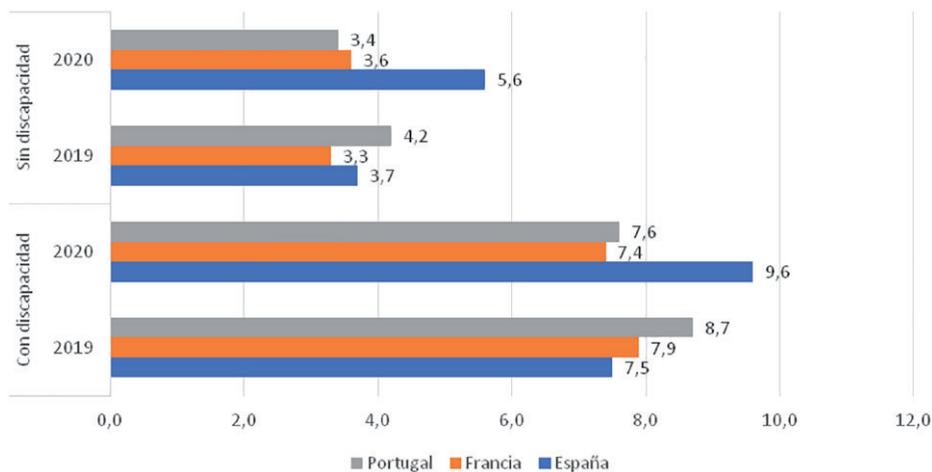


Gráfico 5. Privación material severa. Fuente: Eurostat [hlth_dm010] y elaboración propia

Tabla 10. Población que vive en hogares con baja intensidad del empleo % (población de menos de 60 años)

		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
TOTAL	UE	10,5	10,7	10,8	11,2	11,6	11,0	10,9	10,0	9,3	9,0	:
	EUROZONA	10,8	11,2	11,1	11,7	12,4	11,7	11,7	10,8	10,0	9,6	:
	ESPAÑA	11,4	13,9	15,0	16,5	18,0	16,5	15,9	13,7	11,6	11,5	10,7
CON DISCAPACIDAD	UE	24,3	24,6	24,0	24,3	25,2	25,4	25,7	23,8	22,7	22,7	:
	EUROZONA	22,9	24,0	22,4	22,8	24,4	25,0	25,2	23,9	23,0	23,9	:
	ESPAÑA	23,3	30,3	31,3	30,1	34,2	30,6	32,9	31,4	28,7	34,0	24,0
SIN DISCAPACIDAD	UE	7,9	8,0	8,2	8,5	8,7	8,2	8,2	7,5	6,8	6,5	:
	EUROZONA	8,4	8,6	8,7	9,1	9,7	9,1	9,2	8,4	7,6	7,1	:
	ESPAÑA	9,6	11,8	12,8	14,2	15,3	14,1	13,3	11,5	9,2	8,9	8,2
DISCAPACIDAD SEVERA	UE	39,1	40,1	38,8	39,7	41,8	41,2	41,6	39,4	39,2	39,7	:
	EUROZONA	37,6	40,3	36,5	37,7	40,2	39,4	40,2	38,9	39,2	40,7	:
	ESPAÑA	36,2	48,8	49,5	47,1	53,7	47,5	56,0	45,9	48,4	49,2	32,4

Fuente: Eurostat [hlth_dpe040] y elaboración propia

2.5. Pobreza, exclusión y nacionalidad

En el análisis sociodemográfico de la pobreza y exclusión también existen diferencias entre los residentes según su nacionalidad. En general la población extranjera presenta mayores tasas de pobreza que la nacida en el país, pero además existen diferencias en función del territorio de nacimiento, siendo menores las tasas para los nacidos en algún país de la Unión Europea con relación a los extranjeros que proceden de estados no miembros (tabla 11).

Tabla 11. Tasa AROPE según nacionalidad (población de 18 años y más)

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Eurozona	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	23,1	23,3	25,5	24,8	25,5	26,5	26,2	27,4	24,9	24,7	22,9	:
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	38,8	38,3	41,7	40,7	42,8	42,6	41,9	42,0	41,2	39,7	38,5	:
	Población no extranjera	19,8	19,6	19,8	20,6	21,2	20,9	21,3	20,9	20,9	20,0	19,5	18,8	:
España	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	38,0	39,5	36,4	35,9	36,3	43,2	38,9	43,6	41,4	46,1	43,9	38,9
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	45,8	45,7	51,2	52,7	54,1	55,1	55,7	51,4	49,2	50,3	46,8	53,0
	Población no extranjera	19,1	20,3	21,7	22,4	22,7	22,8	24,7	24,4	23,8	22,6	21,9	20,7	21,3

Fuente: EUROSTAT [ilc_peps06] y elaboración propia

En la Eurozona, la tasa de riesgo de pobreza y exclusión social para los extranjeros procedentes de otros Estados miembros de la UE está 3,5 puntos por encima; además la diferencia se fue ampliando hasta alcanzar los 6,5 puntos en 2016. Aunque a partir de ese año, la reducción en el AROPE se produce tanto para nacionales como para los extranjeros, la diferencia es mayor que en la que muestran los datos de partida, 4,1 en 2019 frente al 3,5 de 2009. La diferencia de tasas entre nacionales y extranjeros es mayor cuando consideramos a los procedentes de países no miembros de

la UE. Para este último grupo, las tasas de pobreza en el conjunto de la Eurozona están en torno al 40%, en 2013 alcanzaron el 42,8% y presentaron una diferencia con respecto al AROPE de los no extranjeros cercana a los 22 puntos. Aunque, al igual que ocurre para los otros grupos de población, las tasas se reducen al iniciarse la recuperación y hasta el inicio de la pandemia, lo hacen más lentamente, por lo que el dato de 2019 para los extranjeros de Estados no miembros es superior al de partida.

En España, las diferencias de tasas entre la población extranjera y no extranjera, es mucho mayor que para el conjunto de la Eurozona. Concretamente, en el año 2019 que es el que presenta mayor AROPE para la población extranjera procedente de otros Estados miembros (43,9%), la diferencia con el AROPE de los no extranjeros estuvo por encima de los 23 puntos. Curiosamente, en los años de mayor agudeza de la anterior crisis económica, coincidiendo con el periodo de mayor austeridad, la tasa AROPE de los extranjeros de otros estados miembros registra los menores valores, al igual que ocurre en 2020, año en el que el AROPE crece para los otros grupos, pero para los extranjeros de otros Estados miembros de la UE disminuye 4 puntos con relación al dato de 2019. La tasa AROPE de los extranjeros de fuera de la Unión Europea registra valores superiores al 45%, siendo el peor dato el del año 2015, con una tasa del 57,7%. Aunque a partir de este dato y hasta 2019, la tasa se reduce, experimenta un brusco incremento en el primer año de pandemia, entre 2019 y 2020 crece más de 6 puntos.

Si analizamos algunas de las componentes del AROPE, para la tasa de riesgo de pobreza monetaria también se observa un mayor riesgo para la población extranjera que para la no extranjera (tabla 12). En la Eurozona, para los extranjeros de países miembros de la UE, la diferencia con respecto a la población no extranjera está entre 8.2 puntos de los datos de 2009 y 2019 y los 11 puntos de 2014 y 2016. Con relación a la población extranjera no procedente de los países miembros de la UE, la diferencia de tasas con la población no extranjera es, como ya vimos con el AROPE, superior, entre los 22.3 de 2009 y cercana a los 28 puntos en 2017. Además, la tasa de pobreza monetaria de la población extranjera no pertenecientes a la UE se mantiene en 2019 dos puntos por encima de su situación en 2009 y sólo 1.5 puntos por debajo del valor de 2015.

En el caso de España, las diferencias entre las tasas de pobreza de la población extranjera y española son aún mayores. El peor dato de riesgo de pobreza monetaria para los extranjeros de países miembros se registra en 2018 con una tasa del 45.4, siendo la diferencia con respecto a la tasa de la población española de 27.5 puntos. Curiosamente, para los extranjeros miembros de la UE la tasa experimenta un descenso considerable entre 2019 y 2020, de más de 7 puntos. La tasa de pobreza monetaria para la población extranjera no pertenecientes a la UE supera el 50% desde el año 2014 y en 2020 se sitúa en 50.4%, más de 9 puntos por encima del dato de 2009 y con una diferencia con respecto a la tasa de la población española de 33.5 puntos.

Tabla 12. Tasa de riesgo de pobreza monetaria (población de 18 años y más)

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Eurozona	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	22,6	25,6	24,6	24,4	25,8	26,3	25,3	26,4	23,3	25,0	22,9	:
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	36,7	38,4	39,7	38,5	39,4	41,6	40,4	42,1	43,0	39,3	38,9	:
	Población no extranjera	14,5	14,4	14,2	14,9	15,0	14,9	15,3	15,4	15,4	15,1	15,1	14,7	:
España	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	34,7	35,7	29,2	35,0	35,2	36,2	33,4	40,1	39,0	45,4	42,5	35,9
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	41,0	42,4	48,3	49,0	46,8	54,2	54,6	51,7	52,0	50,5	50,1	50,4
	Población no extranjera	15,5	16,2	16,4	16,6	16,3	16,2	18,1	18,4	18,4	17,8	17,9	16,4	16,9

Fuente: Eurostat [ilc_li31] y elaboración propia

Aunque en España, el indicador de riesgo de pobreza monetaria es superior para la población extranjera que para la no extranjera, según los datos de la encuesta EINSFOESSA, esta tasa no sólo no habría aumentado para la población extranjera no perteneciente a la Eurozona sino que podría haber retrocedido en 1 punto, mientras que para la población española o perteneciente a los 15 países que conformaron la UE hasta la ampliación de 2004 habrá aumentado en 3.7 puntos (tabla 13).

Tabla 13. Riesgo de pobreza monetaria, 2018-2021

	2018	2021
Todos los españoles o UE-15	17.2%	20,9%
Algún extracomunitario o UE-12	44.6%	43.6%

Fuente: Ayala, Jurado y Pérez (2022b, p. 119)

Por último, en la tabla 14 se recoge la evolución del indicador de privación material severa. En la Eurozona, para esta componente del AROPE, no existen tantas diferencias entre la población extranjera de países de la UE y la población no extranjera; sin embargo, la diferencia sí es importante entre la población extranjera no pertenecientes a la UE y la población no extranjera. Para la población extranjera no pertenecientes a la UE, la privación material severa alcanza el valor más alto en 2013, situándose en el 20,5%, a partir de ese valor disminuye en los años siguientes, y en el año de inicio de la pandemia la tasa se eleva en casi 5 puntos, mientras que para la población no extranjera ha aumentado en sólo 0.7 puntos.

Tabla 14. Privación material severa (población de 18 años y más)

		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Eurozona	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	5,2	5,4	6,8	6,7	7,8	8,1	7,1	7,8	5,5	6,1	5,0	8,3
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	16,9	17,1	15,8	17,7	20,5	19,6	18,5	16,2	16,6	13,7	12,5	17,4
	Población no extranjera	4,9	4,9	4,9	5,9	6,7	6,4	6,4	6,1	5,9	5,3	4,9	4,5	5,2
España	Población de otros Estados Miembros de la UE	:	6,5	2,2	6,6	6,2	9,0	13,2	12,3	14,4	5,5	9,4	8,0	11,5
	Población de otros Estados no pertenecientes a la UE	:	16,9	17,0	14,6	17,0	18,7	20,6	18,4	14,4	16,3	15,6	15,3	23,6
	Población no extranjera	2,1	2,8	3,3	3,4	4,3	4,4	5,5	4,9	4,6	4,1	4,3	3,5	5,1

Fuente: Eurostat [ilc_mddd15] y elaboración propia

En España, el indicador de privación material severa para la población extranjera registra por lo general valores muy superiores a los de la población española, siendo, en consonancia con los datos de la Eurozona, superiores para la población extranjera no pertenecientes a la UE. Entre 2019 y 2020, el indicador se ha elevado 1.6 puntos para la población española, 3.5 para la extranjera de la Unión Europea y más de 8 puntos para la extranjera no pertenecientes a la UE.

3. DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA Y EUROPA

El análisis desarrollado en este apartado se basa fundamentalmente en los datos extraídos de los Eurobarómetros Especiales de Discriminación⁸, el último de los cuales fue publicado en 2019. Los resultados son extraídos de las encuestas⁹ que en mayo de ese mismo año se realizaron en los 28 estados miembros que en ese momento constituían la UE. Sólo un 12% de los encuestados admite pertenecer a uno de los grupos objeto de análisis por discriminación, de los que un 4% se identifican como parte de una minoría religiosa, 3% de una minoría étnica, 1% se identifican de etnia gitana y un 2% a los otros grupos (discapacidad, orientación sexual e identidad de género).

3.1. Discriminación percibida por la población

La comparación de los datos de los Eurobarómetros especiales de discriminación en cuanto a la discriminación percibida por los encuestados, que no de la discriminación real, indican un incremento para el conjunto de la UE entre 2012 y 2015 y una disminución entre 2015 y 2019 para todos los tipos de discriminación, aunque hay una mayor percepción de discriminación, salvo en discapacidad, de la reflejada por la encuesta de 2012.

Tabla 15. Discriminación Percibida en la UE (% del total de encuestados)

		2009	2012	2015	2019
Origen étnico		61	56	64	59
Orientación sexual		47	46	58	53
Identidad de género		-	45	56	48
Religión o creencia		39	39	50	47
Discapacidad		53	46	50	44
Edad	Más de 55 años	58	45	42	40
	Menos de 30 años		18	19	
Género		40	31	37	35

Fuente: Eurobarómetros de discriminación 2009, 2012, 2015 y 2019. Elaboración propia

8. El primero de estos informes, basado en entrevistas a ciudadanos de los Estados Miembros de la UE, se realizó en 2006. A este le siguieron los otros cuatro realizados hasta el momento: 2009, 2012, 2015 y 2019.

9. Se realizaron 27438 entrevistas cara a cara. En España se realizaron 1005 entrevista.

Los datos más recientes, correspondientes a 2019, reflejan que los encuestados perciben en sus países mayor discriminación generalizada por origen étnico (el 59%), debido a la orientación sexual (53%) y por identidad de género (48%). Con respecto a las respuestas del Eurobarómetro de 2015, la percepción de discriminación generalizada ha disminuido más en identidad de género (8 puntos), discapacidad (6 puntos) y origen étnico y orientación sexual (5 puntos). En la discriminación de origen étnico, la percepción de existencia de discriminación generalizada hacia la población de origen gitano es algo superior, un 61% para el conjunto de la UE.

La percepción de discriminación varía entre los Estados Miembros. En España (gráfico 6), la discriminación percibida para los distintos tipos considerados, al igual que ocurre en el conjunto de la UE, se ha reducido.

En España, en 2019, el 54% de los encuestados perciben discriminación generalizada de origen étnico en el país, 5 puntos por debajo del dato de la UE. Un 10% de los encuestados en España la consideran muy generalizada, 3 puntos por debajo del dato registrado en el Eurobarómetro de 2015. Entre los estados miembros existe una gran variedad de respuesta sobre la discriminación percibida por este concepto, en 17 de ellos la percepción de discriminación generalizada debido al origen étnico estaría por encima del 50% y variaría entre el 76% que se deduce de la respuesta en Holanda y el 18% de Lituania. En todos los Estados Miembros salvo en Polonia y Portugal se ha producido un descenso en la percepción de este tipo de discriminación como generalizada en sus países.

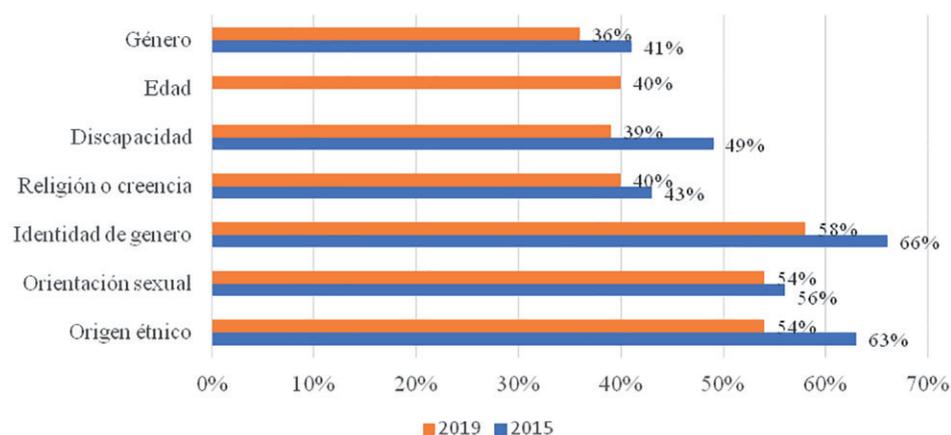


Gráfico 6. Discriminación percibida en España. Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

La percepción de discriminación hacia la etnia gitana en España está 4 puntos por encima de la del conjunto de la UE, situándose en el 65% en España. La percepción de discriminación hacia este grupo oscila entre 82% de Grecia o Suecia y el 23% de Estonia o el 35% de Malta.

El segundo tipo de discriminación que se percibe como más generalizada es por orientación sexual (ser gay, lesbiana o bisexual). En España, un 54% de los encuestados consideran que este tipo de discriminación está totalmente generalizado (2 puntos menos que en 2015), de estos un 13% consideran que está muy generalizado (2 puntos más que en 2015) y en el otro extremo estarían los que la consideran muy rara, un 12%.

El porcentaje de encuestados que perciben la discriminación en función de la orientación sexual como totalmente generalizada varía entre los países de la UE en una horquilla que oscila entre el 73% de Francia, el 71% de Portugal o el 70% de Grecia y, en el extremo opuesto estarían Eslovaquia (25%), Luxemburgo (27%) y Bulgaria (29%). Con relación al informe del eurobarómetro de 2015, en la mayor parte de ellos ha caído la percepción de que este tipo de discriminación esté extendida en su país, en Suecia la reducción ha sido de 21 puntos, 17 en Malta y 14 en Alemania. En cinco Estados Miembros la percepción ha subido: 5 punto en Eslovenia, 4 en la República Checa, 2 en Portugal y 1 en Francia y Polonia.

El 48% de los encuestados de la UE (8 puntos menos que en 2015) consideran que la discriminación hacia la población transgénero está totalmente extendida en sus países, mientras que un 35% (7 puntos más que en 2015) la califica de poco común. Entre los encuestados en España, un porcentaje mayor, el 58% (8 puntos menos que en 2015) la considera extendida y un 31% de poco común¹⁰ (10 puntos más). La percepción de discriminación generalizada en sus países hacia este grupo de población varía entre el 66% de Italia, el 59% de Portugal y el 58% de España frente al 20% de Letonia y Eslovaquia.

La percepción de la discriminación hacia la población intersexual es calificada por el 39% de los encuestado de la UE de totalmente extendida e igual porcentaje la considera poco común, registrándose un porcentaje de no respuesta entre los encuestados del 19%. Entre los encuestados en España, un 47% la califica de extendida y un 35% de poco común. Sólo en cuatro países de la UE más del 50% de los encuestados considerarían generalizada en sus países la discriminación hacia este grupo de población, Italia (58%), Portugal (55%), Grecia (54%) y Chipre (52%). En el lado opuesto estarían los Estados Miembro de la UE con una consideración entre los encuestados inferior al 20%, en Estonia (16%), Luxemburgo y Letonia (17%) y Eslovaquia (19%).

10. El porcentaje de no respuesta es del 14% en la UE y del 9% en España, pero llega hasta el 31% en Luxemburgo y el 30% en Bulgaria y Letonia.

La actitud de los ciudadanos europeos y de sus diferentes Estados Miembros con relación a la discriminación puede también analizarse basándose en determinadas preguntas contenidas en la encuesta que muestran la aceptación de los ciudadanos con las personas pertenecientes a grupos discriminados.

3.2. La actitud de los ciudadanos hacia los colectivos discriminados

En el cuestionario del Eurobarómetro se incluyen determinadas preguntas que pueden completar la percepción de la discriminación en el entorno europeo. En los gráficos 7 y 8 se recogen las respuestas de los encuestados a las preguntas de cómo de cómodo se sentirían los encuestados si una persona perteneciente a los grupos discriminados ocupara el más alto cargo político tanto para el conjunto de los países de la Unión Europea (gráfico 7) como para España (gráfico 8).

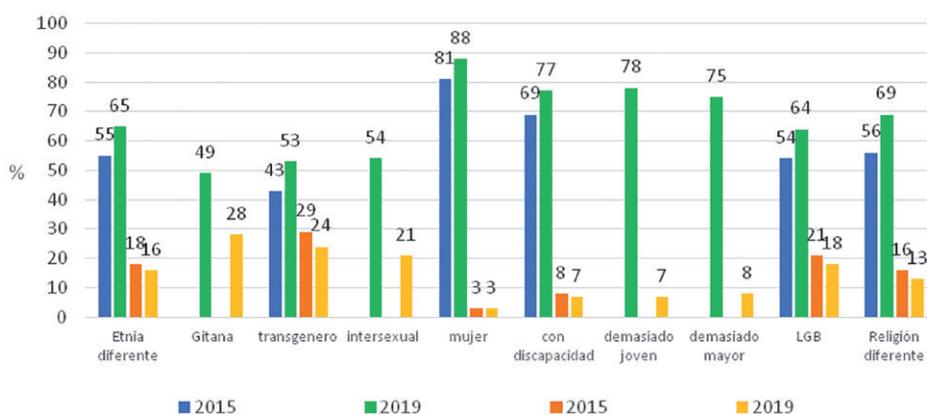


Gráfico 7. Actitud colectivos discriminados que ocupan el más alto cargo político (UE). Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

Más del 50% de los encuestados en 2019 se sentiría totalmente cómodo con la elección de una persona perteneciente a alguno de los grupos discriminados para el más alto cargo político, salvo para los pertenecientes a la etnia gitana. Además, es en los grupos en los que la discriminación percibida es mayor, en los que el porcentaje de los que se sentirían cómodos es menor, y mayor el de los que se sentirían nada cómodos. Estos grupos son orientación sexual, identidad de género, origen étnico y religión o creencia. Las respuestas en España nos dejan un escenario similar, aunque los porcentajes de los que se sienten totalmente cómodos son mayores, y menores los de los que responden nada cómodo.

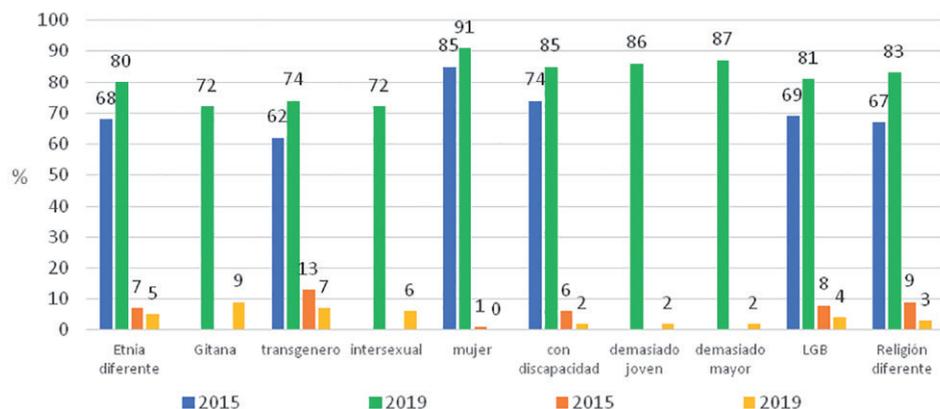


Gráfico 8. Actitud hacia colectivos discriminados que ocupan el más alto cargo político (España).
Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

La respuesta a la pregunta sobre el grado de comodidad al trabajar cotidianamente con una persona perteneciente a los grupos discriminados se recoge a continuación (gráficos 9 y 10). Para esta pregunta, los porcentajes de encuestados que se sentirían totalmente cómodos superan en todos los casos el 50%, pero de nuevo es con respecto a los colectivos para los que se percibe mayor discriminación para los que los porcentajes son menores. Además, el porcentaje de los que no se sentirían nada cómodos para el conjunto de la UE es relativamente elevado para la población gitana, transgénero, LGB y alguna creencia religiosa.

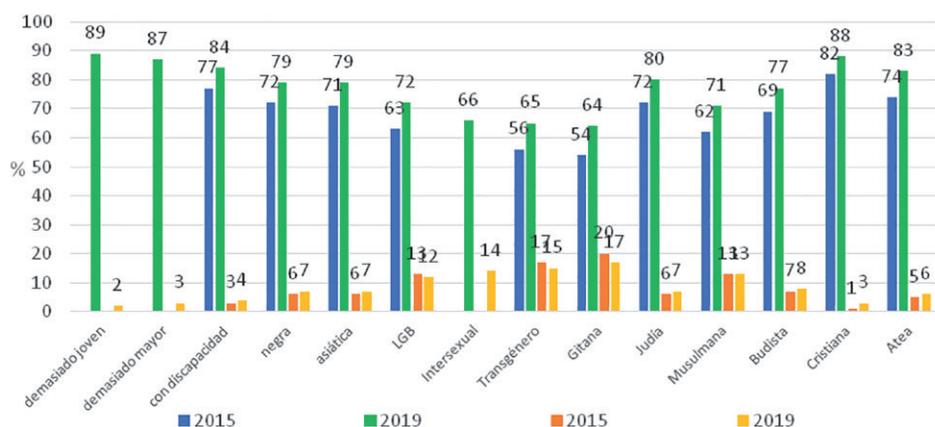


Gráfico 9. Actitud hacia compañeros de trabajo que pertenecen a colectivos discriminados (UE). Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

Para España, los porcentajes de los encuestados que se sienten totalmente cómodos son superiores, y menores los de los que se sienten nada cómodos. Pero la fotografía de los colectivos hacia los que hay una mayor aceptación o menor aceptación es la misma.

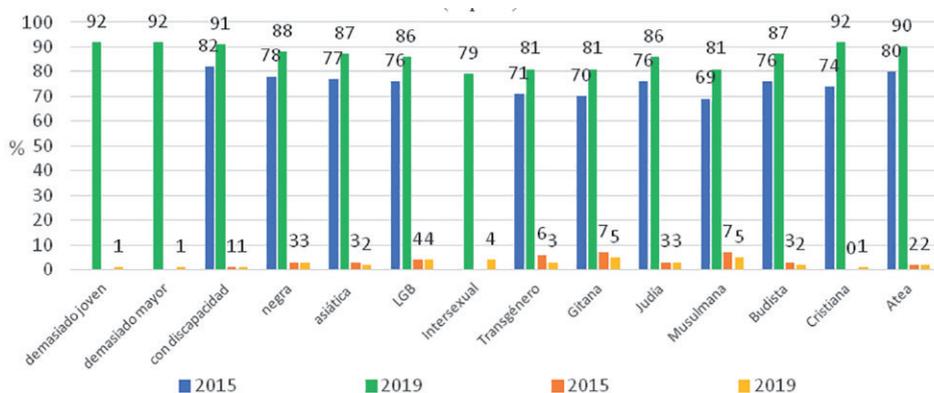


Gráfico 10. Actitud hacia compañeros de trabajo que pertenecen a colectivos discriminados (España). Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

Si se comparan los datos de los dos últimos Eurobarómetros, y centrándonos en los grupos para los que la discriminación percibida es mayor, de la respuesta a la pregunta de si se sentirían cómodos con que una persona de diferente origen étnico al predominante en el país ocupara el más alto cargo político por elección¹¹, se desprende que un 65% de los ciudadanos de la UE estarían totalmente cómodos, 10 punto más que en el anterior Eurobarómetro. El grado percibido de aceptación en España es superior, un 80% de los encuestados estarían totalmente cómodo, lo que supone 12 puntos más que en 2015. Este grado de aceptación varía entre los Estados Miembros en un rango que va desde el 88% del Reino Unido hasta el 40% de la República Checa. En el extremo opuesto estarían el porcentaje de ciudadanos que no se sentirían nada cómodos y que, para el conjunto de la UE sería un 16% y para España un 5%, estos porcentajes habrían caído, en ambos casos, 2 puntos desde 2015. Los porcentajes de los que no se sentirían nada cómodos varía entre el 5% de España, Reino Unido y Luxemburgo y el 41% de Chipre (5 puntos menos que en 2015) o el 36% de Grecia (8 puntos menos que en 2015).

11. La respuesta se da en una escala de 1 a 10 (1=nada cómodo, 10= totalmente cómodo).

A la pregunta de cómo se sentiría al trabajar diariamente con una persona negra o asiática¹², un 79% de los encuestados de la UE se sentirían totalmente cómodos y un 7% nada cómodos de trabajar con una persona negra o asiática. En España estos porcentajes son: un 88% se sentiría totalmente cómodo y un 3% nada cómodo de trabajar cotidianamente con una persona negra, esos porcentajes son del 87% y del 2% si se trata de una persona asiática. Los porcentajes de los que se sentirían totalmente cómodos al trabajar diariamente con una persona negra varían entre países, un 96% en Holanda y un 95% en Reino Unido y Suecia, en el otro extremo estarían Bulgaria (48%) y Hungría (46%). Los porcentajes con referencia a que el compañero de trabajo sea asiático oscilan entre 96% de Holanda y Suecia y el 52% de Bulgaria o el 54% de Hungría.

Curiosamente en aquellos países de la UE en los que es mayor el porcentaje de percepción generalizada de discriminación de origen étnico, por encima del 70%, tal es el caso de Holanda, Suecia o Francia, también es alto el grado de comodidad (por encima del 70%) con que una persona de diferente origen étnico ocupe el más alto cargo político o trabajar a diario con una persona de color negro o asiática (por encima del 90%). En el extremo contrario, Bulgaria, Letonia o Lituania, con un porcentaje de percepción de discriminación generalizada de origen étnico por debajo del 30%, manifiestan un grado de comodidad alto que está por debajo del 50% tanto a la opción de que una persona de diferente origen étnico ocupe un alto cargo político como a trabajar diariamente con una persona negra o asiática.

La actitud de los encuestados con relación a que una persona de etnia gitana ocupe un alto cargo político o a trabajar cotidianamente con una persona de esta etnia difieren con respecto a cuando la pregunta se formula respecto a otras minorías étnicas consideradas en los párrafos anteriores. Los porcentajes de respuesta de los que se sienten totalmente cómodos son inferiores. Un 49% de los encuestados de la UE se sentirían totalmente cómodos con que una persona gitana ocupara el más alto cargo político y un 28% se manifestaría nada cómodo. En sólo siete países de la UE, más de un 50% de los encuestados se sentiría totalmente cómodo con esta opción: Holanda (76%), España y Reino Unido (72%), Suecia (70%), Irlanda (61%), Croacia (54%) y Luxemburgo (53%). En el extremo opuesto estarían Lituania (21% totalmente cómodos y 59% nada cómodos), Bulgaria (25% totalmente cómodos y 54% nada cómodos) y Estonia (23% totalmente cómodos y 59% nada cómodos). Por otro lado, un 64% de los encuestados se sentiría totalmente cómodo al trabajar cotidianamente con una persona gitana y un 17% nada cómodo. En España, estos porcentajes serían del 81% y el 5% respectivamente. Italia y Bulgaria serían los países de la UE en los que los encuestados manifiestan un menor porcentaje de alto

12. Respuesta en escala 1-10 (1=nada cómodo, 10=totalmente cómodo)

grado de comodidad al trabajar con una persona gitana, 38 y 40% respectivamente, y un mayor porcentaje en la respuesta de nada cómodo, 39 y 37%, respectivamente.

La actitud de mayor tolerancia hacia el colectivo LGB se ha incrementado para el conjunto de la UE y España. La respuesta al grado de aceptación si una persona de este colectivo ocupara el más alto cargo político refleja que un 64% de los encuestados de la UE se sentirían totalmente cómodos (una subida de 10 puntos respecto a 2015) y un 18% nada cómodos (un descenso de sólo 3 puntos)¹³. En España, un 81% de los encuestados se manifiesta totalmente cómodo (12 puntos más que en 2015) y sólo un 4% nada cómodo (4 puntos menos que en 2015). El porcentaje de los encuestados que se sienten totalmente cómodos oscila en los países de la UE en una horquilla que va desde el 93% de los encuestados en Holanda o el 90% de los de Suecia, al 18% de Bulgaria o 26% de Rumania y Letonia. Más de un 50% de los encuestados de Bulgaria (60%), Lituania (56%) y Rumania (52%) no se sentirían nada cómodos si una persona LGB ocupara un alto cargo político.

La actitud de los encuestados ante la pregunta de trabajar diariamente con una persona LGB refleja que un 72% estarían totalmente cómodos (9 puntos más que en 2015), frente a un 10% que se mostrarían nada cómodos (1 punto menos que en 2015). Un 86% de los encuestados españoles se sentiría totalmente cómodo de trabajar diariamente con una persona LGB (10 puntos más que en 2015) y un 4% nada cómodo (igual que en 2015). El porcentaje de encuestados que se encuentra totalmente cómodo al trabajar diariamente con una persona LGB varía entre los países de la UE entre los que registran porcentajes por encima del 90%, tal es el caso de los encuestados en Holanda (93%) o Suecia (90%) y aquellos países en los que el porcentaje está por debajo del 30%, como en Bulgaria (18%) y Lituania y Rumania (26%).

3.3. Percepción de discriminación en el acceso a un puesto de trabajo

Algunos aspectos como el aspecto físico, los modales, la edad, el origen étnico o el género pueden ser considerados como causas de discriminación en la obtención de un puesto de trabajo.

Según los datos recogidos en el Eurobarómetro de 2019, cuando a los encuestados se les pide considerar la situación en la que una empresa debe elegir entre dos candidatos con la misma cualificación y habilidades, el 48% de los encuestados percibe que los modales y la forma de vestir podría perjudicarlos a la hora de ser seleccionados para ocupar el puesto de trabajo. El 47% considera que es la edad la que puede ser motivo de desventaja, ya sea por ser demasiado mayor o por ser demasiado joven (47%), también consideran que les podría perjudicar la discapacidad y la apariencia

13. La respuesta a la pregunta sí refleja una caída sustancial del porcentaje de los que se mostraban indiferentes (por ejemplo: 9 puntos en el conjunto de la UE, 23 en Estonia y 21 en Dinamarca).

física (41%), ser de etnia gitana (38%) o el color de la piel (37%). Otros aspectos que se perciben como motivo de discriminación a la hora de ser elegidos para ocupar un puesto de trabajo son el acento o forma de hablar (33%), el origen étnico (32%), ser hombre o mujer (28%), llevar algún símbolo religioso (28%), ser transgénero (24%), la orientación sexual (LGB) (22%), ser intersexual (18%), o el nombre o domicilio del candidato (19% y 12% respectivamente) (gráfico 11).

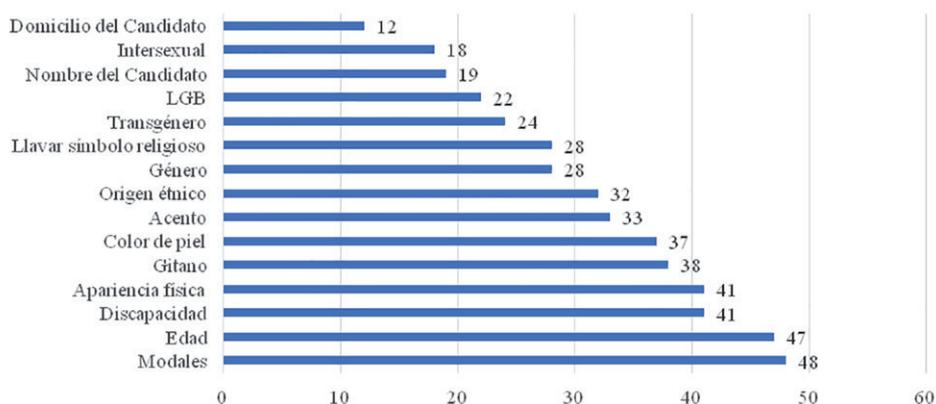


Gráfico 11. Discriminación en el acceso a un puesto de trabajo (UE). Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

No obstante, la percepción de discriminación varía entre los Estados Miembros. Con respecto a los tres primeros criterios más mencionados, los países donde son más propensos a decir que los modales y la forma de vestir podrían perjudicarlos a la hora de ser elegidos para un puesto de trabajo son Holanda (70%), Francia (64%), Suecia (59%), Portugal 58% y Dinamarca (57%). Este criterio es uno de los tres criterios más considerados en 17 países de la UE, y es el primero más mencionado en 9 de los países. En el otro lado están Bulgaria (24%), Eslovaquia, Polonia y Croacia (25%) donde menos propensos son a considerar que este criterio les perjudicaría.

La edad es también uno de los tres criterios más mencionados en 26 de los países de la UE, siendo el primer criterio más mencionado en 13 de los países. Donde más propensos son a considerar la edad como discriminatoria son en Holanda (67%), en Suecia y Chipre (66%), en Finlandia (63%) y en Portugal (62%). Los países que menos mencionan la edad como motivo de discriminación son Polonia (29%), Malta (31%), Rumanía (34%) y Eslovaquia (37%).

Con respecto a la discapacidad, también es uno de los tres criterios más mencionados en 17 de los países de la UE. Así los países donde son más propensos a decir

que la discapacidad les perjudicaría a la hora de ser seleccionados para un puesto de trabajo son Finlandia (64%) Suecia (63%) Holanda (62%) y Portugal (61%) y en los que son menos propensos son Malta (27%), Rumanía (28%), Italia Polonia y Eslovaquia (29%).

Con respecto a España (gráfico 12), el principal criterio que se considera podría perjudicar el acceso a un puesto de trabajo es el de la Edad (57%), seguido de los modales y forma de vestir (50%) y de la apariencia física (49%), superiores en 10, 9 y 8 puntos respectivamente a los porcentajes de población que tienen la misma percepción en la UE. Los siguientes criterios más mencionados son: ser una persona gitana (39%), la discapacidad (37%), la identidad de género y el color de piel (36%) y el origen étnico (33%). Los siguientes más nombrados serían los correspondientes a la orientación sexual, ser transgénero (27%) LGB (23%), intersexual (18%), y a continuación la forma de hablar o el acento (19%) y llevar algún símbolo religioso (18%); finalmente, los criterios menos mencionados son el nombre y el domicilio del candidato (6% cada uno).

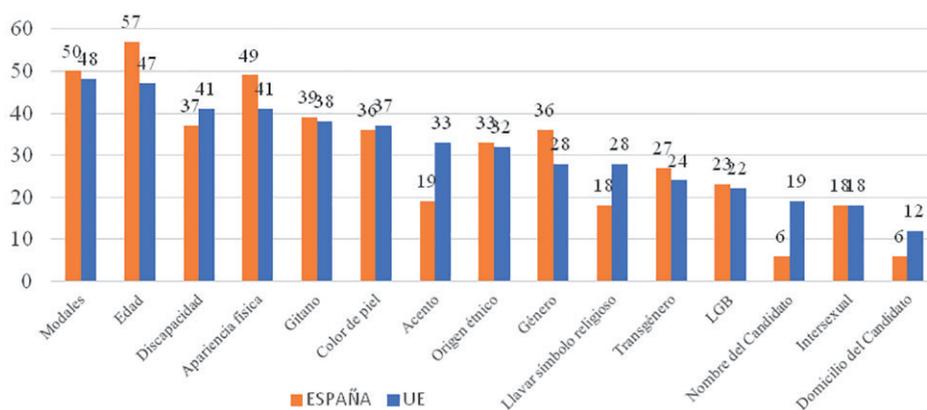


Gráfico 12. Discriminación en el acceso a un puesto de trabajo (España y UE). Fuente: Eurobarómetro de discriminación 2019 y elaboración propia

Se puede observar que además de los tres primeros, los criterios que se mencionan más y presentan una mayor diferencia con respecto a la UE son los de apariencia física y género (8 y 4 puntos superiores a la UE respectivamente) y los que menos se mencionan con respecto a la UE son el acento, llevar símbolos religiosos y el nombre y domicilio del candidato, que presentan una diferencia de 14, 10, 13 y 6 puntos por debajo de la UE respectivamente.

4. CONCLUSIONES

La anterior crisis económica ha dado lugar a un aumento del riesgo de pobreza que se ha puesto de manifiesto en el incremento de la tasa de riesgo de pobreza y exclusión social (AROPE) tanto en la UE, como en España, siendo mucho mayor en España que en la Eurozona. No obstante, a partir de 2014 se ha producido una reducción progresiva de dicha tasa, aunque en el año 2020 se ha producido un incremento en la tasa provocado por la pandemia, situándose la de España en la segunda posición por detrás de la de Grecia, lo que dificulta el poder alcanzar el objetivo fijado en el horizonte de 2030, un valor de la tasa del 14.3.

De las tres dimensiones de la tasa AROPE es el riesgo de pobreza monetaria la que en mayor medida se presenta, siendo en España muy superior a la de los países de la Eurozona y de la Unión Europea, situándose la tasa de pobreza monetaria en España, en los años de crisis económica, por encima de los 20.5 puntos. Esta divergencia con los países de la Eurozona se ve acrecentada por el indicador de riesgo de pobreza anclada en el umbral de 2008, y en la que se ve también reflejada los efectos de la pandemia, produciéndose un incremento de casi tres puntos de 2018 a 2021, según datos de las respectivas encuestas EINSFOESSA.

Aunque no tienen el mismo peso, las otras dos dimensiones en la tasa AROPE, la privación material severa y la baja intensidad laboral, también experimentaron en España, como consecuencia de la crisis económica, un aumento muy superior al producido en la UE y en la Eurozona, siendo mucho mayor el de la baja intensidad laboral, correspondiéndose con el periodo de mayor tasa de paro en España. Sin embargo, en los últimos años, dada la recuperación del empleo, es la privación material severa la que ha experimentado un mayor incremento. El riesgo de pobreza de las mujeres es superior al de los hombres, y esta diferencia es mayor en España que en la Eurozona, si bien esta diferencia se redujo en la anterior crisis, concretamente hasta 2016, en los últimos años ha aumentado en 1,5 puntos.

En cuanto a los grupos de Edad, en España, el riesgo de pobreza en los años posteriores a la crisis aumenta en los jóvenes, siendo el grupo de entre 16 y 24 años donde experimenta un mayor incremento, mientras que el riesgo de pobreza para la población mayor de 65 años disminuye. Sin embargo, en la eurozona, las mayores tasas de pobreza y exclusión social también se registran en la población más joven, sin embargo, tras la crisis económica, los valores del indicador de pobreza vuelven a los niveles anteriores a la crisis.

Las diferencias entre las tasas de riesgo de pobreza y exclusión social de la población que no tiene ninguna discapacidad y la que sí la sufre, han ido aumentando tanto en la UE como en la Eurozona y en España, presentando España valores superiores a los de la UE, salvo en la discapacidad severa, en la que los valores pasan a ser incluso inferiores. Además, se pone de manifiesto que la privación material severa está más representada en la población que sufre algún tipo de discapacidad, siendo

las tasas más bajas en España que en la UE y la Eurozona, pero el comportamiento de este indicador en España ha hecho que, aun permaneciendo por debajo, la tasa se haya acercado a la de su entorno europeo.

En España, las diferencias de tasas AROPE entre la población extranjera y no extranjera, es mucho mayor que para el conjunto de la Eurozona. En el caso del indicador de riesgo de pobreza monetaria, éste es superior para la población extranjera que para la no extranjera. Con respecto al indicador de privación material severa para la población extranjera, en España alcanza valores muy superiores a los de la población española, siendo, al igual que en la Eurozona, superiores para la población extranjera no pertenecientes a la UE.

El análisis de la discriminación percibida por los ciudadanos de los Estados Miembros de la UE, revela una mayor percepción de discriminación generalizada por origen étnico, orientación sexual e identidad de género. Además, dentro de la discriminación de origen étnico es mayor la percepción de discriminación hacia la etnia gitana, que en España es superior en 4 puntos a la de los países de la UE. Como dato positivo, se observa que entre 2015 a 2019, se ha producido un descenso en la percepción de todos estos tipos de discriminación, en contraposición a la tendencia que se observa entre 2012 y 2015.

Con relación a la actitud de los ciudadanos hacia los grupos en los que se percibe mayor discriminación generalizada, podemos concluir que es de nuevo la etnia gitana y los colectivos transgénero, intersexual y LGB los que tiene una menor aceptación o genera una mayor incomodidad en el resto de la población tanto en participación en la política como en el entorno laboral próximo.

Finalmente, del análisis de la discriminación podemos deducir que la edad es, por lo general, el factor que se percibe como mayor causa de discriminación en el acceso a un puesto de trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Adiego Estella, Marta; Moneo Ocaña, Cristina, (2002), *Pobreza y pobreza persistente en España. 1994-2001*. Instituto Nacional de Estadística, Madrid.
- Ayala Cañón, Luís; Jurado Málaga, Antonio; Pérez Mayo, Jesús, (2022a), “El impacto de la pandemia sobre la desigualdad”, en Ayala Cañón, Luís; Laparra Navarro, Miguel; Rodríguez Cabrero, Gregorio (Coords.), *Evolución de la Cohesión Social y Consecuencias de la Covid-19 en España*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Colección de Estudios 50, capítulo 4, 99-113.
- Ayala Cañón, Luís; Jurado Málaga, Antonio; Pérez Mayo, Jesús, (2022b), “El efecto de la pandemia sobre la vulnerabilidad económica y la falta de ingresos”, en Ayala Cañón, Luís; Laparra Navarro, Miguel; Rodríguez Cabrero, Gregorio (Coords.), *Evolución de la Cohesión Social y Consecuencias de la Covid-19 en España*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Colección de Estudios 50, capítulo 5, 115-137.

- Ayala Cañón, Luís; Laparra Navarro, Miguel; Rodríguez Cabrero, Gregorio, (2022): *Evolución de la Cohesión Social y Consecuencias de la Covid-19 en España*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Colección de Estudios 50, Madrid.
- Comisión Europea (2009), Discrimination in the EU in 2009 Report, Special Eurobarometer 317, disponible: https://cilvektiesibas.org.lv/media/record/docs/2012/02/06/ebs_317_en.pdf
- Comisión Europea (2012), Discrimination in the EU in 2012 Report, Special Eurobarometer 393, disponible en <http://www.respectfreedom.eu/wp-content/uploads/2015/06/Eurobarometer-393.pdf>
- Comisión Europea (2015), Discrimination in the EU in 2015 Report, Special Eurobarometer 437, disponible: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d629b6d1-6d05-11e5-9317-01aa75ed71a1>
- Comisión Europea (2019), Discrimination in the European Union, Special Eurobarometer 493, disponible en <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2251>
- Del Río Otero, Coral; Gradín Lago, Carlos Manuel; Cantó Sánchez, Olga, (2008), “Pobreza y discriminación salarial por razón de género en España”, *Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*, 184-(1/2018), 67-98.
- Fernández Maíllo, Guillermo (2019): *VIII Informe sobre Exclusión y Desarrollo Social en España*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Madrid.
- Gradín Lago, Carlos Manuel; Del Río Otero, Coral; Cantó Sánchez, Olga, (2006), “Poverty and women’s labor market activity: The role of gender wage discrimination in the EU”, *ECINEQ WP* 2006-40.
- Gradín Lago, Carlos Manuel; Del Río Otero, Coral; Cantó Sánchez, Olga, (2010), “Gender Wage Discrimination and Poverty in the EU”, *Feminist Economics*, 16:2, 73-109, DOI: [10.1080/13545701003731831](https://doi.org/10.1080/13545701003731831)
- Lafuente Lechuga, Matilde; Faura Martínez, Úrsula; García Luque, Olga; Losa Carmona, Antonio, (2009), “Pobreza y privación en España”, *Rect@*, vol. 10, 1–28.
- Llano Ortiz, Juan Carlos (Dir.), (2021), *El estado de la pobreza. Seguimiento de indicadores de pobreza y exclusión social en España 2008-2020*, EAPN-España.
- Lorenzo Gilsanz, Francisco (2014), *VII Informe sobre Exclusión y Desarrollo Social en España*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Madrid.
- Martínez Ríos, Beatriz, (2013), “Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos”, *Revista Española de Discapacidad*, I, 9-32.
- Poza Lara, Carlos; Fernández Cornejo, José Andrés, (2011), “¿Qué factores explican la pobreza multidimensional en España? Una aproximación a través de los modelos de ecuaciones estructurales”, *Revista de Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa*, 12, 81-110.
- Rueda Narváez, Mario F; Navarro Gómez, M^a Lucía, (2011), “Las ganancias de los trabajadores inmigrantes en España”, *Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*, 197-(2/2011), 37-65.

EL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA:
¿ES POSIBLE DISCRIMINAR A QUIENES PERTENECEN
A LOS GRUPOS SOCIALES DOMINANTES?

THE PROBLEM OF REVERSE DISCRIMINATION: IS IT POSSIBLE TO
DISCRIMINATE MEMBERS OF DOMINANT SOCIAL GROUPS?

Antonio Álvarez del Cuvillo
Universidad de Cádiz
ORCID: 0000-0003-2103-347X
antonio.alvarez@uca.es

RESUMEN: Este trabajo pretende ofrecer un marco teórico para resolver los problemas interpretativos relacionados con las alegaciones de “discriminación inversa”. En este ámbito resulta muy patente la discordancia entre una noción individualista de discriminación, vinculada al principio de igualdad formal y la noción de discriminación en sentido social, relacionada con la erradicación de las desigualdades sistemáticas entre los grupos humanos. A estos efectos, partimos de la base de que toda discriminación implica siempre tanto un perjuicio individual como un perjuicio social, pero que tanto uno como otro pueden ser puramente hipotéticos o potenciales. Desde ese prisma se analizan diversos supuestos de posible discriminación inversa para determinar en qué medida se relacionan realmente con la prohibición de discriminación.

PALABRAS CLAVE: Discriminación inversa; concepto de discriminación; acción positiva

ABSTRACT: This paper aims to provide a theoretical framework to address legal interpretation issues related to reverse discrimination claims. In this area, there is a clear contradiction between an individualistic notion of discrimination, linked to the principle of formal equality, and a social notion of discrimination, related to the

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 187-209
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.08>

eradication of systemic inequalities between human groups. We assume that discrimination should always imply both individual and social harm, but that includes potential or hypothetical harm as well. From this perspective, various assumptions of possible reverse discrimination are analyzed to determine to what extent they are really related to the prohibition of discrimination.

KEYWORDS: Reverse discrimination; concept of discrimination; affirmative action

SUMARIO: 1. LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO “CAMPO DE BATALLA” ENTRE DOS PARADIGMAS CONTRADICTORIOS DE LA NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 2. UN PUNTO DE ARTICULACIÓN: PERJUICIO INDIVIDUAL Y PERJUICIO SOCIAL. 3. CLARIFICACIÓN DE DISTINTOS SUPUESTOS DE APARENTE DISCRIMINACIÓN INVERSA. 3.1. Inexistencia de perjuicio individual ni social: la falsa conciencia de la mayoría oprimida. 3.2. Perjuicio individual sin perjuicio social: las distinciones positivas. 3.3. Disociación entre el perjuicio individual y el perjuicio social: discriminación por asociación y victimización de las “ovejas negras”. 3.4. El posible perjuicio social de los grupos dominantes en los contextos de inversión de status: el estrecho margen de la discriminación inversa. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO “CAMPO DE BATALLA” ENTRE DOS PARADIGMAS CONTRADICTORIOS DE LA NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Sin duda existe un consenso muy elevado en las sociedades capitalistas avanzadas respecto a la oportunidad, conveniencia o necesidad de la prohibición de discriminación, no solo respecto a la actuación de los poderes públicos, sino incluso frente a los sujetos privados, como pueden ser los empleadores. En efecto, desde un amplio abanico de posiciones ideológicas se sostiene que la discriminación vulnera el valor fundamental de la dignidad humana, por lo que la interdicción de estas conductas resulta esencial para garantizar los derechos humanos y se configura como uno de los elementos esenciales de las sociedades democráticas.

Ahora bien, este consenso respecto al carácter “odioso” de la “discriminación” enmascara discrepancias muy significativas respecto al contenido de esta categoría. En efecto, en la práctica existe una amplia variedad de usos contradictorios del término “discriminación”, no solo en el lenguaje coloquial, sino también en el discurso especializado de los operadores jurídicos y la doctrina judicial y académica. A grandes rasgos podríamos señalar que existen dos grandes paradigmas para entender la discriminación¹, que a los efectos de este trabajo denominaremos “perspectiva individualista” y “perspectiva social”.

1. MacKinnon 1979, 107 y ss.

La perspectiva individualista está íntimamente relacionada con el principio de igualdad formal, construido a partir del ideal aristotélico de que las cosas iguales deben ser tratadas del mismo modo, mientras que las cosas desiguales tienen que recibir un trato desigual en proporción a su diferencia. Así pues, desde esta óptica, la “discriminación” se identifica con los tratamientos diferenciados que carecen de justificación, que están prohibidos expresamente por la ley o, en todo caso, que utilizan como criterio de distinción determinadas categorías “sospechosas” de resultar irracionales o arbitrarias o bien porque no atienden a diferencias que realmente resulten significativas o bien porque responden a características consideradas “innatas”, “no modificables” o derivadas del ejercicio de derechos fundamentales². Así pues, en este caso, el discurso enfatiza el perjuicio individual que sufren las personas a las que se les aplica un trato peyorativo que carece de una justificación objetiva y razonable, según las representaciones abstractas de la construcción del “mérito” en la ideología liberal, a pesar de que estas pautas valorativas puedan ser incoherentes con los supuestos en los que la discriminación es económicamente racional, pero sigue siendo ilegítima.

En cambio, la perspectiva social se vincula al principio de igualdad sustancial, porque parte de la base de que existen determinados grupos que se encuentran, de hecho o de derecho, sometidos a una posición sistemática de subordinación, sujeción u opresión que implica un deterioro de su estatuto jurídico, económico, político, social o simbólico. Como consecuencia de esta situación de inferioridad, las personas adscritas a estos grupos ven limitadas sus oportunidades vitales y el acceso a los bienes y servicios producidos por la sociedad y se encuentran en una posición de desequilibrio en el desenvolvimiento de sus relaciones sociales. Desde este planteamiento, la discriminación sería el tratamiento peyorativo derivado de la adscripción a determinados grupos victimizados que tiende a mantener y reproducir la posición socio-jurídica de desigualdad sistemática en la que se encuentran estos colectivos y las personas que pertenecen a ellos. Para distinguir esta óptica de la perspectiva individualista

2. Esta justificación individualista de la prohibición de discriminación está muy extendida en la doctrina y en la jurisprudencia, pero presenta numerosas deficiencias si se pretende que este criterio permita identificar la conducta discriminatoria. En primer lugar, la discriminación sigue siendo ilegítima en los casos en los que resulta económicamente racional, como por ejemplo, si una empresa despidió a una persona negra debido a los constatados prejuicios racistas de sus clientes. En segundo lugar, las diferencias de trato fundadas en características inmutables no tienen por qué ser ilegítimas; por ejemplo, en el estado actual de la tecnología, no cabe ninguna duda de que una persona ciega no puede ser chófer de autobús. En tercer lugar, es posible encontrar diferencias de trato basadas en características que no son innatas ni derivan del ejercicio de un derecho fundamental y que aún así sean discriminatorias; por ejemplo, el hecho de que una discapacidad se haya contraído a causa de un accidente provocado por una conducta negligente o dolosa de quien lo sufre no excluye que se aplique la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. En definitiva, el carácter “odioso” de la discriminación no viene dado por la irracionalidad económica ni por el tipo de categoría utilizada, sino por el daño que causa a sus víctimas; en este sentido, aunque manteniéndose en la perspectiva individualista, Puyol González 2006, 91.

—que está muy extendida en la ideología liberal dominante— se ha acuñado el término “subdiscriminación”³, que utilizaremos a lo largo de todo este trabajo.

Ambas perspectivas están muy presentes tanto en el discurso teórico como en la práctica jurídica, por lo que podríamos decir que la noción generalmente admitida de discriminación es un concepto “híbrido” que abarca tanto una dimensión individual como una dimensión social. No obstante, a pesar de que existen algunos puntos de confluencia entre ambas tesis, en realidad estos paradigmas son, a grandes rasgos, contradictorios y mutuamente excluyentes, lo cual no impide que en la práctica a menudo se apliquen de manera combinada, incurriendo en numerosas incoherencias y contradicciones lógicas. En este contexto, cabe plantearse si es posible formular un esquema teórico que permita articular de manera coherente y operativa la dimensión individual y la dimensión social de la noción de discriminación, dado que estas aparecen de algún modo imbricadas en el derecho positivo.

Un espacio privilegiado para analizar el conflicto entre estas dos visiones de la discriminación y poner a prueba los criterios de articulación entre ellas que puedan postularse, es el campo de la “discriminación inversa”. Esta categoría, al igual que el término genérico de “discriminación”, también registra usos lingüísticos muy variados incluso en el discurso jurídico especializado, pero generalmente se aplica a los tratamientos que provocan un perjuicio a las personas pertenecientes a los grupos sociales dominantes o mayoritarios precisamente por su adscripción a estos colectivos. Se trataría, por tanto, de una forma de discriminación que operaría en sentido contrario al usual, perjudicando a las personas adscritas a los grupos privilegiados, a pesar de que estos generalmente se encuentran en una situación de ventaja relativa respecto a los grupos subordinados.

Desde el paradigma individualista, gran parte de las medidas destinadas específicamente a erradicar las desigualdades sociales sistemáticas, sobre todo las acciones positivas que utilizan directamente la adscripción al grupo como criterio de distinción, podrían calificarse a priori como discriminatorias en este sentido inverso. En efecto, si se postula en abstracto —sin tomar en consideración las desigualdades que operan en la práctica— que los hombres y las mujeres son “iguales” o que también lo son todas las personas, con independencia de su origen étnico o racial, las distinciones “positivas” (antidiscriminatorias) resultarían, en principio, injustificadas, dado que tratan de manera distinta a quienes son formalmente iguales. En el mejor de los casos, la justificación de estas diferencias de trato debería someterse a un escrutinio especialmente estricto, por afectar a categorías “sospechosas” de resultar irracionales o arbitrarias. Paradójicamente, en los ordenamientos en los que el test de racionalidad opera de manera diferenciada en función de cuál sea la causa de discriminación alegada, el escrutinio para las medidas de acción positiva sería más

3. Barrere Unzueta 2011.

estricto cuanto más importante y reconocida fuera la causa de discriminación en la sociedad. Así, por ejemplo, en el ordenamiento norteamericano, las exigencias de razonabilidad son mayores en lo que refiere a la “raza”, seguramente debido a la historia de esclavitud, segregación y opresión de la población afroamericana en Estados Unidos. Sin embargo, siguiendo esta lógica, si la “raza” se analiza como una categoría abstracta –disociada de la situación real de desigualdad sistemática de la población afroamericana–, las distinciones positivas destinadas a erradicar esta situación especialmente odiosa para esta sociedad norteamericana, serían enjuiciadas con especial severidad, lo que parece contradictorio e incoherente.

En cambio, desde el paradigma social (antisubordiscriminatorio), el propio concepto de “discriminación inversa” podría entenderse como una contradicción en los términos que carece de sentido y que simplemente deriva de una apropiación por parte de los grupos dominantes de la categoría jurídica “discriminación”, que termina por diluir su potencial transformador, legitimando así el orden de poder desigual, en cuyo caso, no solamente la prohibición de discriminación dejaría de cumplir su función emancipadora, sino que, además, se convertiría en un instrumento de dominación. En efecto, si la discriminación se define como el tratamiento que reproduce el status de inferioridad de determinados grupos sociales, entonces resulta imposible –y de hecho, absurdo–, suponer que los miembros de los grupos dominantes puedan considerarse víctimas de ella.

El propósito de este trabajo no es otro que definir un punto de articulación entre estas nociones contradictorias de discriminación y proyectarlo sobre el problema de la discriminación inversa. De este modo, no solo se pretende establecer un marco teórico que permita abordar de manera apropiada los problemas interpretativos relacionados con la discriminación inversa, sino también someter a evaluación una propuesta determinada de articulación de las dimensiones social e individual de discriminación, aplicándola a un caso concreto .

2. UN PUNTO DE ARTICULACIÓN: PERJUICIO INDIVIDUAL Y PERJUICIO SOCIAL

Hemos de comenzar nuestra argumentación aclarando que no pretendemos que nuestra propuesta de articulación de los dos paradigmas de la discriminación se constituya como un punto medio de equilibrio entre dos extremos igualmente perniciosos. En realidad, como el lector seguramente ya ha adivinado por los matices de la exposición anterior, consideramos que la concepción más adecuada de la prohibición de discriminación es la que se sustenta sobre la dimensión social y que, de hecho, en realidad esta perspectiva es la única que se sostiene desde una interpretación histórica, sociológica, teleológica, sistemática e incluso literal del derecho positivo vigente.

En efecto, no cabe ninguna duda de que la normativa antidiscriminatoria surgió de manera específica para erradicar determinadas desigualdades sistemáticas muy arraigadas que afectaban –y afectan– a determinados colectivos porque estas vulneraban –y vulneran– la dignidad humana de las personas adscritas a esos grupos⁴; por tanto, compartimos la idea de que la prohibición de discriminación se configura como un mandato relativamente autónomo del principio de igualdad, en el que la parificación no se constituye como un fin en sí mismo, sino como un medio al servicio de la eliminación de las desigualdades sistemáticas que vulneran la dignidad humana y que constituyen un orden político y social manifiestamente injusto.

Esta finalidad emancipadora se aprecia de manera particularmente clara en las convenciones de Naciones Unidas destinadas a combatir la discriminación de colectivos específicos. Así, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 no se refieren en abstracto al sexo o a la raza como clasificaciones presuntamente irracionales en el plano lógico, como se aprecia en los propios títulos que se utilizan para denominarlas (“eliminación de todas las formas de discriminación”). Más bien atienden de manera expresa a una realidad social desigual que supone, en la teoría o en la práctica, exclusiones o limitaciones concretas del disfrute de los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en el ámbito de la ONU, de las mujeres o de determinadas minorías raciales, afectando, por tanto, a su dignidad como seres humanos. De manera aún más evidente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, naturalmente no se refiere a la discapacidad como una clasificación neutra que pueda motivar en abstracto diferencias de trato irrazonables de manera simétrica –es decir, tanto a quienes tengan discapacidad como a quienes no la tengan– sino a una serie de circunstancias que, en interacción con determinadas barreras sociales impide o dificulta el disfrute pleno de los derechos humanos, lo que termina exigiendo una normativa de protección específica que elimine estas barreras sociales.

En este contexto, disociar la normativa antidiscriminatoria de la lucha contra las desigualdades sistemáticas que realmente operan en la sociedad, constituye una distorsión manifiesta de su finalidad que puede terminar desactivando su operatividad. La perspectiva puramente individualista concibe las causas de discriminación enunciadas en las normas antidiscriminatorias simplemente como clasificaciones abstractas que entrañan un riesgo de producir diferencias de trato irracionales, en un sentido o en otro, por no estar directamente relacionadas con diferencias significativas, por ejemplo, respecto a la cualificación profesional real. Ese proceso de

4. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernández López 1986, 81-113.

abstracción invisibiliza las desigualdades realmente existentes en la sociedad, proyectándolas sobre un plano lógico-formal desconectado de la realidad material concreta. En último término, esta forma de proceder permite concebir la discriminación como una situación anómala, excepcional o patológica, ocultando así las situaciones cotidianas que reproducen las relaciones de dominación, lo que termina legitimando el orden de poder desigual⁵.

Asimismo, hay que recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional español reconoce abiertamente que la prohibición de discriminación se configura como un mandato específico relativamente autónomo del principio general de igualdad, que encuentra su justificación en una finalidad claramente social, que es la lucha frente a las desigualdades sistemáticas que históricamente han afectado y que afectan a determinados grupos sociales:

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación [...] Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE [SSTC 3/2007, 233/2007, 117/2011, 66/2015, entre muchas otras].

Ahora bien, nada de esto implica que la discriminación –al menos en sus aspectos más básicos– solo pueda predicarse de categorías que se encuentran insertas en un sistema de dominación vigente y hegemónico que imponga resistencias palpables al disfrute igualitario de los derechos básicos como sucede con el sistema de sexo-género, con las relaciones de dominación asociadas a determinados orígenes raciales o étnicos o con las diversas circunstancias que englobamos en la categoría de “discapacidad”.

En primer lugar, hay que destacar que el listado de motivos de discriminación está abierto, tanto en el texto de la Constitución Española como en un gran número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, por lo que no necesariamente se aplican a grupos sociales que han sido victimizados en el pasado. Las nuevas causas de discriminación pueden reconocerse como consecuencia de una toma de conciencia respecto a sistemas de opresión históricamente arraigados, como ha sucedido con la orientación sexual, pero también pueden aparecer de

5. Marion Young 2000, 329.

manera sobrevenida en relación con cambios económicos, políticos, tecnológicos, culturales o sociales, como sucede con la discriminación por el contenido del material genético o las formas de discriminación “por razón de casta” que puedan surgir en países occidentales al hilo de la inmigración de personas procedentes de otros países. Así pues, no solo se condenan determinadas situaciones presentes en la realidad histórica o actual, sino también una serie de conductas que responden a una lógica de victimización o segregación y que, por ello, pueden generar en el futuro nuevos desequilibrios sociales que afecten a la dignidad de la persona.

En segundo lugar, algunas causas de discriminación claramente reconocidas en los textos normativos no tienen una conexión tan estable con las desigualdades sociales sistemáticas como sucede con las categorías asociadas al sexo y al género o con la polaridad entre los “blancos” y las “minorías raciales”. En efecto, la identidad de los grupos dominantes y de los grupos victimizados en función de la “ideología”, e incluso, en algunos casos, de la “religión” o el “origen étnico”, puede variar notablemente en función de las circunstancias aplicables a cada caso concreto. Así, por ejemplo, en sociedades muy polarizadas en bloques ideológicos (izquierda/derecha, separatistas/unionistas), la discriminación puede operar fácilmente en un sentido o en otro en función del estado de las relaciones de poder en cada contexto concreto, incluyendo los microcontextos como podría ser la realidad de una empresa en particular. En realidad, podríamos decir que en estas causas sí que existe una cierta dosis de abstracción, aunque en último término el desvalor no viene de que generen distinciones irracionales o arbitrarias, sino de su potencial para generar grupos estigmatizados o victimizados en contextos concretos.

En tercer lugar, pueden existir categorías históricamente oprimidas que actualmente no lo sean, pero que mantengan un claro potencial segregador y de exclusión de determinados grupos de la dignidad humana. Así, por ejemplo, en la actualidad no parece verificarse ninguna desventaja específica de los “judíos” en el mercado de trabajo español. Sin embargo, despedir a un trabajador al identificarlo como “judío” es un tratamiento claramente discriminatorio y esta calificación no deriva de la arbitrariedad o irrazonabilidad del motivo, que en todo caso determinaría la improcedencia del despido, pero no la nulidad. En efecto, en la prohibición de discriminación, nuestro ordenamiento atiende a dos tipos de perjuicio, íntimamente relacionados entre sí: de un lado, un perjuicio individual sufrido por la víctima, en la medida en que el trato peyorativo fundado en la adscripción al grupo social agrede a su identidad social y por tanto causa un daño moral y, de otro lado, un perjuicio social difuso derivado del potencial segregador de esta categoría, que entraña un riesgo de victimización grupal en el contexto social en el que se produce el tratamiento controvertido. Así, la conducta discriminatoria es socialmente dañina porque tiende a situar a los grupos afectados en una situación sistemática de inferioridad, aunque a veces no lo consiga como conducta aislada.

En cuarto lugar, por más que la finalidad social (antisubordiscriminatoria) sea evidente en la regulación positiva de la prohibición de discriminación, lo cierto es que también algunos textos normativos se orientan por una perspectiva más formalista o individualista, que incluso en ocasiones puede percibirse como una protección aparentemente simétrica. Así, el tratamiento de la discriminación en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se sitúa claramente en la órbita del principio de igualdad formal⁶.

Por otra parte, la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (así como la doctrina del TJUE) es especialmente ambigua y compleja en su integración de las perspectivas individual y social; aunque reconoce expresamente instituciones como la discriminación indirecta o la acción positiva, que solo pueden entenderse cabalmente desde la óptica antisubordiscriminatoria, al mismo tiempo tiende a considerar las causas de discriminación como clasificaciones contrarias a un principio general de igualdad de trato considerado en un plano abstracto y que, por tanto, permite una tutela simétrica. De hecho, la jurisprudencia del TJUE admite abiertamente la posibilidad de la discriminación inversa, puesto que ha tomado en consideración a menudo las reclamaciones basadas en la supuesta discriminación de miembros de los grupos dominantes⁷.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español, a pesar de que reconoce la especificidad de la prohibición respecto al principio de igualdad y aunque admite las distinciones positivas, hace referencia al “carácter bidireccional de la parificación entre los sexos”, aunque sea para reconocer inmediatamente que son las mujeres quienes han estado sometidas a un trato discriminatorio (SSTC 229/1992 y 13/2009). De esta referencia puede deducirse que las mayorías pueden reclamar algún tipo de tutela frente a diferencias de trato basados en la pertenencia a la mayoría, aunque esta tutela no tenga por qué ser simétrica respecto a la que se brinda a los grupos victimizados. De hecho, son muy numerosas, aunque en general bastante antiguas, las sentencias de este órgano en la que se estiman las pretensiones de “varones discriminados”, en particular en la extensa saga relativa a la pensión de viudedad (SSTC 103/1984, 42/1984, 253/1988, 144/1989, 176/1989, 142/1990, 158/1990, 58/1991, 102/1992), pero también en el caso de los ayudantes técnicos sanitarios que se vieron perjudicados por el impacto de acciones protectoras de la mujer (STC 81/1982).

En último término, incluso las Convenciones antidiscriminatorias de Naciones Unidas, en las que el propósito social resulta especialmente saliente, generalmente

6. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Fernández López 1986, 113-134. Esta perspectiva no ha cambiado sustancialmente con la inclusión del Protocolo 12. Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH es a menudo sensible a las diferencias sociales realmente existentes respecto a determinados grupos, pero ello no es óbice a que el paradigma básico del que se parta siga siendo el principio de igualdad formal.

7. Recientemente en la STJUE, *WA v. INSS*, de 12-12-2019.

hacen referencia a una serie de límites para la acción positiva, que parecen estar dirigidos a proteger el interés individual de las personas que pudieran verse perjudicadas por determinados tratamientos preferenciales mal planteados, asumiendo, por tanto, que existe un principio de igualdad genérico que puede verse a priori afectado por estas medidas.

Lógicamente, la dogmática jurídica debe ubicar en términos teóricos la tutela de los derechos individuales reconocidos expresamente por esta normativa y jurisprudencia.

La necesaria búsqueda de un punto de articulación entre el paradigma antisubdiscriminatorio y el respeto a la dignidad de las personas adscritas a grupos sociales que no se encuentran globalmente sometidos a una posición sistemática de inferioridad o incluso que pertenecen a grupos dominantes, exige construir un concepto teórico y analítico de discriminación. A este respecto, en otros trabajos hemos propuesto que la conducta discriminatoria se conforma por la confluencia de dos elementos constitutivos: de un lado la adscripción a uno o varios grupos o categorías sociales y de otro lado, el perjuicio individual y social provocado por el tratamiento derivado de esta adscripción, que lesiona la dignidad humana en tanto que tiende a situar a determinados grupos en una posición socio-jurídica de inferioridad⁸. Así pues, solamente serían discriminatorios los tratamientos desiguales de carácter grupal, que estuvieran funcional o sistemáticamente orientados a la marginación de determinados grupos sociales y de los individuos que los integran. Ahora bien, esto no implica que la conducta solo pueda calificarse como discriminatoria cuando consiga por sí sola situar a todos los integrantes del grupo en una posición de inferioridad, lo cual resulta imposible, sino que lo que se exige es que la conducta pueda contemplarse como la manifestación de una pauta sistemática de degradación de la posición de los integrantes de un grupo que, si se generaliza o se reproduce, contribuiría a situarlos en una posición de inferioridad. Por consiguiente, el perjuicio colectivo es siempre un daño potencial, por más que la intensidad del riesgo generado por el tratamiento discriminatorio varíe significativamente en función de su grado de conexión con las pautas sociales dominantes. Así, por ejemplo, más allá del daño personal sufrido por las víctimas, el despido de una trabajadora por quedarse embarazada implica un riesgo mayor de degradación efectiva de la posición global del grupo social afectado que el despido de un trabajador por ser identificado como “judío”, simplemente porque la desigualdad de las mujeres en el mercado de trabajo español está actualmente muy extendida o generalizada y en gran medida se basa en el hecho del embarazo y la maternidad, mientras que la exclusión de los “judíos” se trata de una conducta claramente anómala y desviada de las pautas sociales actualmente dominantes. Sin embargo, desde una perspectiva abstracta, ambas conductas responden a la misma lógica de degradación sistemática de la posición socio-jurídica del colectivo afectado.

8. Álvarez Alonso, Álvarez del Cuvillo 2006, en especial, para la cuestión que nos ocupa, 1033-1034.

Así pues, utilizaremos este marco teórico para evaluar los distintos supuestos en los que en el debate político, social y jurídico se suele aludir a la “discriminación inversa”. A estos efectos se distinguirá entre cuatro posibilidades: a) la inexistencia de perjuicio individual o social; b) el perjuicio individual sin perjuicio social; c) la disociación entre el perjuicio individual y el perjuicio social y d) el posible perjuicio social de la mayoría en los contextos de inversión de *status*.

3. CLARIFICACIÓN DE DISTINTOS SUPUESTOS DE APARENTE DISCRIMINACIÓN INVERSA

3.1. Inexistencia de perjuicio individual ni social: la falsa conciencia de la mayoría oprimida

Para considerar adecuadamente las alegaciones de discriminación inversa es preciso tomar en consideración el fenómeno social que hemos denominado “conciencia de la mayoría oprimida”⁹, según el cual, el acceso progresivo de las personas pertenecientes a grupos victimizados a una posición social, económica o simbólica que antes estaba reservada a los grupos sociales dominantes tiende a generar sobre las personas que pertenecen a estos últimos una sensación de amenaza que habitualmente se traduce en la percepción de que los integrantes de los grupos dominantes están siendo injustamente tratados o discriminados por su pertenencia a la mayoría social, a pesar de que esta conclusión se oponga abiertamente a la evidencia empírica. La “falsa conciencia de la mayoría oprimida” puede deberse a una diversidad de factores, como la necesidad de fortalecer la autoestima¹⁰ o simplemente en la defensa inconsciente de una situación de privilegio material o simbólico que se considera “normalizada” y que no se pretende compartir con otros grupos.

Un ejemplo muy claro es el del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, contemplado por determinados sectores como una agresión a las parejas heterosexuales, solamente por el hecho de que las parejas homosexuales hayan podido acceder a un status jurídico (material y simbólico) equivalente al suyo. Asimismo, la asignación de más papeles protagonistas a las mujeres y a miembros de minorías étnicas o sexuales en las películas comerciales provoca en muchas personas la impresión de que prácticamente no existen películas protagonizadas por hombres blancos heterosexuales, aunque evidentemente estas sigan siendo mayoritarias. En términos más relacionados con el Derecho social, el acceso progresivo de los extranjeros –o de las personas de origen extranjero– en condiciones de igualdad a la asistencia sanitaria o a las prestaciones sociales genera la idea equivocada –pero muy

9. Álvarez del Cuvillo 2010b, 93.

10. Lowery, Knowles, Unzueta 2007, 1248.

extendida entre la ciudadanía— de que estos gozan de algún tipo de estatuto jurídico privilegiado frente a los nacionales. Esta percepción social se ve claramente amplificada por la instrumentalización de ella que hacen determinados grupos políticos. En la medida en que los discursos abiertamente supremacistas, misóginos, xenófobos y homófobos dejan de tener cabida en los espacios más institucionalizados y estructurados (no así en privado o en las redes sociales), el planteamiento más habitual de los grupos de ultraderecha consiste en sostener que la mayoría social se encuentra de algún modo oprimida o subordinada a los grupos tradicionalmente victimizados, generalmente como parte de una conspiración orquestada por las élites, conectando así también con los anhelos e inseguridades de la clase media.

Por supuesto, por más que este tipo de pretensiones estén muy presentes en el debate público, carecen de toda significación en el plano jurídico, pero sin duda estos aspectos ideológicos pueden influir en la configuración de las alegaciones de discriminación inversa¹¹, de modo que es preciso comprobar que estas se refieren a un perjuicio real y no solamente a una representación ideológica.

Por otra parte, en la normativa antidiscriminatoria encontramos determinadas medidas específicamente dirigidas a erradicar discriminaciones realmente existentes en la práctica que no pueden calificarse como medidas de acción positiva porque se integran en el contenido de la prohibición de discriminación en supuestos determinados, imponiendo responsabilidades jurídicas exigibles a sujetos concretos. Así sucede con la obligación de llevar a cabo “ajustes razonables” en el empleo de personas con discapacidad. Estas medidas formarían una suerte de “contenido adicional” del derecho a no ser discriminado —siendo el “contenido esencial” simplemente el mandato de parificación— y, dado que se conectan con la búsqueda de la igualdad real frente a una realidad fáctica de desigualdad sistemática, por su propia naturaleza no pueden construirse de manera simétrica o bidireccional. Así, por poner un ejemplo extremo, carece de sentido proponer ajustes razonables para las personas sin discapacidad. Del mismo modo, las medidas adoptadas por las empresas para prevenir el acoso sexual y sexista naturalmente deben partir de la base de que estas conductas se ubican estructuralmente en un contexto sistemático de dominación masculina. Esta tutela asimétrica exigida por la garantía material de la prohibición de discriminación no puede considerarse en ningún caso como una discriminación inversa.

3.2. Perjuicio individual sin perjuicio social: las distinciones positivas

Aunque las alegaciones motivadas en la “falsa conciencia de la mayoría oprimida” a menudo son vagas e imprecisas, haciendo referencia un sentimiento difuso de agravio que es difícilmente sostenible en sede judicial, la problemática de la discriminación

11. Pincus 2000.

inversa en el campo jurídico tiende a focalizarse más bien sobre las “distinciones positivas”, es decir, sobre las medidas de acción positiva que se materializan a través de un tratamiento preferencial basado en la adscripción directa a un grupo social determinado¹². De hecho, como una manifestación más de la confusión terminológica generalizada en el campo de la teoría sobre la discriminación, en ocasiones se emplea el término “discriminación inversa” como un sinónimo de “acción positiva” o incluso ambas nociones se terminan fundiendo amigablemente en el babélico oxímoron “discriminación positiva”. En realidad, esta identificación ha terminado contaminando el estudio de la acción positiva como institución jurídica, que generalmente se ha centrado exclusivamente en los posibles perjuicios que pudieran afectar a los grupos sociales dominantes. Desde nuestra perspectiva¹³, la acción positiva no se refiere solo a los tratamientos preferenciales, dichos tratamientos no siempre utilizan la técnica de la adscripción directa, cuando lo hacen no siempre afectan a los miembros de la mayoría y, por último, pueden presentar otros problemas técnicos o aplicativos que hay que tomar en consideración y que no se refieren solamente a los derechos de los miembros de los grupos dominantes. En todo caso, indudablemente hay situaciones en las que estas personas sufren perjuicios individuales como consecuencia de la aplicación de una distinción positiva, que deben ser evaluados jurídicamente.

Desde luego, en términos generales, la posibilidad de llevar a cabo estas distinciones positivas está, en principio admitida –y a veces incluso fomentada o exigida– por la normativa internacional, por el Derecho de la Unión Europea y por nuestro ordenamiento jurídico interno, como reconoce también la jurisprudencia del TJUE y del TC. Por consiguiente, está claro que en el plano jurídico no puede calificarse toda distinción positiva como una discriminación inversa ilegítima.

No obstante, lo cierto es que tanto en la normativa antidiscriminatoria como en la jurisprudencia que la aplica, se establecen determinados límites para las distinciones positivas, tomando en consideración la posibilidad de que estas tengan un impacto desproporcionado sobre las personas pertenecientes a grupos no discriminados que se vean afectadas por ellas. Ciertamente, estos límites se han configurado de manera un tanto estricta, poniendo más énfasis en la garantía del principio de igualdad formal que en la realización material del mandato de erradicación de las discriminaciones realmente existentes¹⁴. De cualquier modo, no corresponde a este trabajo

12. La “acción positiva” o “acción afirmativa” también sufre la indeterminación conceptual y terminológica que aqueja a la discriminación y a la discriminación inversa. Algunos autores reservan este término para las distinciones positivas (tratamientos preferenciales que tienen efectos perjudiciales sobre un individuo), distinguiendo así entre “acción positiva” y “medidas de igualdad de oportunidades”. No compartimos esta distinción, no solo porque no responde al propio origen histórico del término “affirmative action”, sino porque el propio término “igualdad de oportunidades” resulta sumamente problemático.

13. Álvarez del Cuvillo 2010a.

14. Casas Baamonde 2019, 37 y 40.

analizar críticamente estos límites y condicionamientos, sino más bien la calificación que debe otorgarse a las medidas que pudieran sobrepasarlos, en el bien entendido de que, aunque las distinciones positivas podrían analizarse desde una perspectiva más favorable a la igualdad sustancial, aún así no hay duda de que algunas de ellas pueden resultar excesivas, desproporcionadas o ilícitas.

A este respecto, entendemos que el supuesto arquetípico es el de una distinción positiva que razonablemente se orienta a erradicar una situación de desigualdad sistemática realmente existente en un contexto concreto, pero que provoca un impacto desproporcionado sobre las personas perjudicadas por el trato preferencial, que ven limitadas injustamente sus oportunidades vitales como consecuencia de que los costes de una política social justificada se han repercutido sobre la esfera de sus derechos individuales. En estos casos, podemos decir que existe un perjuicio individual, pero no un perjuicio social, por lo que nos encontramos con una conducta ilícita, pero no estrictamente discriminatoria.

Supongamos que en un determinado área de conocimiento universitaria, como es habitual, la inmensa mayoría de los catedráticos son varones, aunque existe un mayor equilibrio de género —o incluso un predominio femenino— en el resto del profesorado y, para abordar este problema se atribuye una plaza de cátedra a una mujer en detrimento de un candidato varón que en este caso concreto tiene unos “méritos profesionales” indiscutiblemente superiores, como consecuencia de una preferencia absoluta basada en el sexo. El candidato preterido puede alegar que ha sufrido un perjuicio significativo en su derecho a la promoción, que resulta desproporcionado respecto al beneficio social pretendido por la medida, al margen de que en este caso se vería también afectado el principio constitucional de mérito y capacidad que rige el acceso a la función pública. Pero en ningún caso podría sostenerse que “los hombres” se han visto discriminados como grupo, salvo incurriendo en las distorsiones propias de la “falsa conciencia de la mayoría oprimida”. En efecto, en un caso como el mencionado, no existe ningún riesgo de degradación de la posición socio-jurídica de los varones como colectivo, puesto que estos siguen manteniendo en términos grupales una posición manifiesta de dominio en la distribución de los puestos de catedrático.

En definitiva, en estos casos no debe aplicarse en sentido estricto la prohibición de discriminación, sino el principio formal de igualdad¹⁵ aunque a veces los tribunales utilicen la palabra “discriminación” en sentido impropio como desigualdad injustificada o prohibida por la ley. La ubicación del conflicto en sede de principio de igualdad y no de prohibición de discriminación tiene consecuencias muy concretas respecto a los esquemas de justificación de la diferencia de trato que resultan aplicables, la consideración de la discriminación indirecta (que no debe ser posible si no

15. Álvarez del Cuvillo 2010a, 21-22; Casas Baamonde 2019, 24-25.

hay un perjuicio sistemático de grupo) y quizás también respecto al alcance de la obligación respecto a los sujetos privados, que en principio no se encuentran vinculados por el principio de igualdad en sentido estricto y donde de hecho no resulta exigible la consideración objetiva del “mérito”, aunque en estos casos puede también argumentarse que existe una cierta vinculación derivada de la transposición del Derecho de la Unión Europea que tiene una dimensión parcialmente formalista¹⁶.

Ciertamente, es posible concebir otros supuestos en los que la medida de acción positiva se aplique en un contexto en el que realmente no existan desigualdades sistémicas que sea necesario erradicar o incluso que se utilice la retórica de la acción positiva para justificar medidas en beneficio de grupos privilegiados. En este contexto sí que podrían calificarse algunas medidas ilícitas como “discriminatorias” aunque en sentido estricto no constituirían formas de discriminación inversa, por no referirse realmente a grupos dominantes en el contexto de referencia.

En definitiva, allí donde solamente existe un perjuicio individual, pero no un perjuicio social, no puede hablarse de discriminación en sentido propio y, por tanto, tampoco de discriminación inversa, por lo que deberá acudirse a la lógica del principio de igualdad formal.

3.3. Disociación entre el perjuicio individual y el perjuicio social: discriminación por asociación y victimización de las “ovejas negras”

Un tercer tipo de supuestos son aquellos en los que la conducta controvertida perjudica a un individuo que pertenece a un grupo dominante o no victimizado, pero al mismo tiempo provoca un impacto social desfavorable sobre un colectivo que realmente se encuentra en una posición jurídica de subordinación en la sociedad. En estos casos la conducta sí que puede calificarse claramente como discriminatoria, pero no como una discriminación inversa, dado que perjudica a individuos que pertenecen a las mayorías o incluso a subgrupos de las mayorías asimilados a los grupos victimizados, pero no a los grupos mayoritarios en sí mismos considerados.

El supuesto más sencillo de apreciar, porque en él el perjuicio social se manifiesta de manera muy clara, es el de la discriminación por asociación, admitida en nuestro sistema a partir de la STJUE *Coleman* de 17-7-2008 y de la STC 71/2020. En efecto, en el caso de la discriminación por asociación se perjudica a una persona por su conexión con otra que pertenece a una categoría victimizada, por lo que al daño personal que sufre la víctima concreta del trato peyorativo, se añade el riesgo manifiesto de degradación de la posición socio-jurídica del colectivo afectado.

En estos casos, el impacto social de la conducta controvertida se advierte claramente, por existir una víctima secundaria concreta perteneciente a un colectivo

16. Álvarez del Cuvillo 2010a, 21-23.

subordinado al que no pertenece la víctima primaria. Pero esta disociación puede aparecer también en otros supuestos en los que el perjuicio social es más difuso, pero aun así resulta reconocible.

Así sucede con el fenómeno que hemos denominado “el castigo de la oveja negra”¹⁷, es decir el perjuicio sistemático que se aplica (intencionadamente o no) a las personas que no se ajustan a los roles preestablecidos en un sistema concreto de dominación, o precisamente a los miembros de los grupos dominantes que asumen roles socialmente atribuidos a los grupos dominados. A este respecto, los supuestos pueden ser numerosos y variados, aunque habitualmente se refieren a la discriminación por razón de género.

-El caso paradigmático es el de las represalias frente a los “varones desobedientes” que no se atienen al comportamiento socialmente esperado para el género socialmente asignado desde las pautas tradicionales¹⁸. Excluimos aquí los supuestos de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, porque estos han generado categorías autónomas (que también afectan a las mujeres y a las personas que se identifican como “no binarias”). Pero 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 *individuos* que pertenecen a dicho grupo que restringen sus posibilidades vitales y el libre desarrollo de su personalidad. Como se ha señalado “El privilegio masculino no deja de ser una trampa [...] que impone en cada hombre el deber de afirmar en cualquier circunstancia su virilidad”¹⁹. En otras causas de discriminación, estos mecanismos son teóricamente posibles, pero no parecen muy comunes en la práctica, más allá de los que pueden reconducirse a la discriminación por asociación o a la discriminación por error: así, por ejemplo, un payo puede recibir un trato desfavorable por asimilarse a los gitanos que viven a su alrededor o por ser socialmente percibido como “gitano”, pero en este caso no se castiga la desviación del rol social prescrito. De cualquier modo, podrían concebirse mecanismos de disciplina similares a los del género en categorías relativas al nacimiento u origen social, como las clases sociales o las castas en los sistemas sociales que las reconocen.

-Ahora bien, la prohibición de discriminación no se aplica únicamente a las represalias, sino que también afecta simplemente a cualquier diferencia de trato peyorativa que pueda aplicarse sobre los varones que asumen roles feminizados²⁰ o en

17. Álvarez del Cuivillo 2010b, 98 y ss.

18. Álvarez del Cuivillo 2010b, 98-99.

19. Bourdieu 2000, 68.

20. Casas Baamonde 2019, 24 y 48-49.

su caso a los miembros de mayorías que asumen espacios generalmente asignados a las minorías, aunque no exista ninguna intencionalidad disciplinaria, sino meramente una consecuencia de la degradación asociada a estos espacios en una sociedad desigual.

El ejemplo más importante es el de las represalias sufridas por los varones que ejercen derechos laborales asociados a las responsabilidades familiares, tengan o no una intención de reforzar las pautas de género, dado que también pueden imponerse simplemente como consecuencia de la visión negativa que se tiene de la asunción de estas responsabilidades desde determinada ideología empresarial. A este respecto, como es sabido la STC 26/2011 acuñó la categoría de la “discriminación por circunstancias familiares”, que resulta claramente incoherente en términos teóricos, porque las circunstancias familiares no implican en sí mismas la pertenencia a un grupo victimizado. No obstante, la argumentación de la sentencia, como no puede ser menos, se basa en la necesidad de la corresponsabilidad en las tareas de cuidado exigida por el principio de igualdad entre hombres y mujeres (F5). En efecto, en estos casos la víctima del perjuicio individual causado por la conducta impugnada es un varón, pero la lesividad social de esta conducta perjudica fundamentalmente a las mujeres como grupo, dado que tiende a dificultar la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, por lo que contribuye a reproducir las desigualdades sistemáticas entre hombres y mujeres. En realidad, sucede que nos encontramos ante una discriminación “por razón de género” y el Tribunal Constitucional lo admite en el cuerpo de la argumentación, pero no utiliza esta expresión, seguramente para eludir la polémica del uso del término “género”, contestado desde determinadas posiciones ideológicas y conseguir así articular el consenso que realmente existía sobre el fondo del asunto; en este sentido, resulta inteligente la propuesta del voto particular de entender que se trata de una discriminación indirecta, que presenta menos incoherencias teóricas que la solución mayoritaria, aunque sigue sin admitir el hecho de que simplemente es posible que una conducta que perjudica individualmente a un miembro del grupo dominado pueda afectar negativamente al grupo subordinado, del mismo modo que es posible beneficiar a individuos del grupo dominante para beneficiar al grupo victimizado (como sucede en el establecimiento de permisos de cuidado concedidos para varones).

Aquí podríamos incluir también los supuestos de medidas de acción positiva o de acción protectora en el ámbito del fomento del empleo o de la protección social destinadas a compensar las desventajas que sufren las mujeres en el mercado de trabajo y en el nivel contributivo de la seguridad social debido al desequilibrio en el reparto de las tareas de cuidado, cuando estas utilizan la técnica de adscripción directa al “sexo” femenino, excluyendo así a los varones que se encuentren en una situación comparable a las mujeres por haber sufrido perjuicios en sus carreras profesionales debido a la asunción de dichas tareas.

Este tipo de problemas se han enfocado tradicionalmente desde la óptica del principio de igualdad formal en sentido estricto, en tanto que se produce un tratamiento desigual de situaciones sustancialmente iguales. Así se planteó en su día en la clásica sentencia Décimo Circuito de Apelaciones norteamericano, *Charles E. Moritz v. Commissioner of Internal Revenue* de 1972, relativa a la exclusión de una deducción fiscal de un varón soltero que había cuidado a su madre y donde estaba en juego la protección igual de la Decimocuarta enmienda a la Constitución. Pero también es la perspectiva que predomina en las SSTJUE *Griesmar*, de 29-11-2001 y TJUE, *WA v. INSS*, de 12-12-2019, dada la relativa simetría con la que este Tribunal ha abordado la interpretación de las directivas antidiscriminatorias.

Ahora bien, también es posible enfocar estos supuestos desde la perspectiva anti-subdiscriminatoria, tomando en consideración que estas medidas provocan, como mínimo, un efecto *boomerang* simbólico contra las mujeres, al cristalizar en la norma los estereotipos que les atribuyen tareas de cuidado sin que esto resulte estrictamente necesario para articular la diferencia de trato, dado que esta podría referirse directamente a las tareas de cuidado, manteniendo, por tanto, el beneficio de las mujeres que, de manera mayoritaria, las desarrollan. En algunos casos también podría producirse un efecto *boomerang* más material, en la medida en que estas medidas, especialmente si se multiplican, tienden a generar incentivos para que se mantenga este reparto desequilibrado de tareas, cuando, en realidad, podría ser incluso oportuno incentivar que sean los varones quienes asuman más responsabilidades familiares²¹. De hecho, este criterio podría utilizarse también para revisar resoluciones jurisprudenciales en las que determinadas medidas de acción protectora se consideraron adecuadas desde la óptica de la “discriminación inversa” (o, en realidad, del principio de igualdad formal), es decir, solo desde la perspectiva de los varones, pero donde no se tomaron en consideración los posibles efectos secundarios sobre las mujeres, bien es verdad que en un contexto social y jurídico distinto del actual²².

-Otro supuesto relacionado con el anterior es el que se produce como consecuencia de determinadas formas de discriminación indirecta, que afectan a colectivos integrados mayoritariamente, pero no exclusivamente por mujeres o bien por minorías étnicas o grupos particulares de edad. Tomemos el ejemplo clásico de dos categorías profesionales que desempeñan un trabajo de igual valor, pero en las que una está feminizada y otra masculinizada, obteniendo esta última una retribución significativamente superior. Desde un punto de vista procesal, la diferencia retributiva podría indudablemente impugnarse de manera genérica a través del proceso de conflicto colectivo, pero ciertamente los particulares afectados también podrían reclamar a título

21. *Vid.* Barrere Unzueta 2018, 34.

22. En este sentido, *Cfr.* STC 128/1987 sobre plus de guarderías para mujeres y “hombres viudos” y STJUE *Abdoulaye* de 16-9-1999 sobre asignación económica a mujeres que inician permiso por maternidad.

individual que no se les aplique la diferencia de trato indirectamente discriminatoria. Lógicamente, aunque el motivo justificativo de la impugnación sería el perjuicio sufrido por las mujeres como grupo social, los trabajadores afectados de sexo masculino también podrían solicitar que se les abonaran las diferencias retributivas. Se trataría, una vez más, en este caso, de una “discriminación por razón de género” en la que existe una disociación entre el perjuicio individual y el perjuicio colectivo, pero puede plantearse también respecto a otros motivos prohibidos. No obstante, no se trataría de una “discriminación inversa” en sentido estricto.

-Por último, también pueden enmarcarse en este apartado los supuestos en los que se excluye directamente al grupo social dominante de un ámbito laboral concreto, por lo que la conducta se asemeja a la “discriminación inversa” que se describe en el epígrafe siguiente, pero con la diferencia de que se provoca un impacto desfavorable sobre los colectivos victimizados. Una vez más, los ejemplos imaginables se refieren fundamentalmente a la discriminación por razón de género. Así, en la cadena de restaurantes “Hooters” solo se contrata a camareras de sexo femenino que respondan a determinados cánones estandarizados de atractivo físico, que deben “aceptar” un uniforme que las sexualiza y que asumen en sus contratos de trabajo que están dispuestas a asumir con naturalidad comentarios y bromas de naturaleza sexual de los clientes, lo que las sitúa en evidente riesgo de sufrir acoso sexual. En este caso, el perjuicio sufrido por los varones como grupo por ser excluidos de la contratación es relativo, en comparación con el impacto de este modelo de negocio sobre la reproducción de las relaciones personales asimétricas entre hombres y mujeres, situando a estas últimas en unas condiciones de trabajo degradantes o, como mínimo, en una situación de alto riesgo de ser acosadas. En este caso, si se excluye a un candidato varón del puesto de camarero, este sufre sin duda un perjuicio individual por no ser contratado - máxime cuando la situación degradante o el peligro de acoso afecta únicamente a las mujeres- pero este daño individual convive con el perjuicio social que sufren las mujeres como grupo por la consolidación de esta forma de organizar el servicio de un restaurante.

3.4. El posible perjuicio social de los grupos dominantes en los contextos de inversión de *status*: el estrecho margen de la discriminación inversa

Por último, es preciso que nos ocupemos de los únicos supuestos que realmente podrían calificarse como “discriminación inversa” en sentido estricto, que serían aquellos en los que la víctima individual pertenece a un grupo dominante, pero el perjuicio social de la conducta controvertida también afecta fundamentalmente a este grupo, debido a su potencial segregador o de negación de la dignidad humana de sus integrantes en un contexto social determinado, normalmente separado del marco global. Ciertamente, es muy difícil que estas conductas por sí solas vayan a revertir la posición de dominio del grupo -prácticamente imposible en las causas de discriminación

comúnmente aceptadas—, pero recordemos que, según la posición que defendemos, lo que se considera “odioso” es el potencial segregador de la aplicación de una pauta sistemática de degradación de un colectivo, aunque este no responda a los grupos históricamente discriminados, precisamente para “prevenir injusticias similares en el futuro”²³.

Sin embargo, cabe plantearse si estos supuestos son realmente posibles en términos empíricos, dado que la desigualdad en las relaciones de poder en principio bloquearía la virtualidad de las conductas discriminatorias, especialmente de aquellas que hipotéticamente vinieran de las personas pertenecientes a colectivos vulnerables. La respuesta es que estas situaciones realmente pueden producirse en determinadas circunstancias, aunque naturalmente son mucho menos comunes de lo que se proclama desde la “falsa conciencia de la mayoría oprimida”. Y en efecto, son posibles porque la realidad social es mucho más compleja que las representaciones esquemáticas que hacemos de ella; así, por ejemplo, los grupos mayoritarios no son homogéneos ni monolíticos, por lo que, ni todos sus integrantes se encuentran en una posición de privilegio equiparable, ni los actos discriminatorios tienen que venir necesariamente de los miembros de las minorías o de aquellos que se encuentran en una posición más vulnerable.

Una vez más, en el ámbito del género encontramos supuestos que responden a una lógica tradicional de reparto de roles y que perjudican, no solo a los individuos varones, sino también en cierto modo a los varones como grupo en determinados ámbitos muy específicos y restringidos, por más que en términos globales el patriarcado sitúe a los varones como grupo en una posición ventajosa.

Un ejemplo de carácter institucional podría ser la imposición del servicio militar obligatorio exclusivamente a los varones, que deriva claramente de la ideología de género del modelo patriarcal clásico; ciertamente, en este caso, desde una perspectiva antisubdiscriminatoria podría postularse que existe un perjuicio para las mujeres, en tanto que el monopolio de la violencia física derivado de la atribución de la función militar termina siendo un instrumento de dominación. No obstante, este perjuicio sería muy indirecto y difuso, en contraposición con el perjuicio material concreto que en principio sufrirían los varones como grupo al situarse en una situación de trabajo forzoso para el Estado que no se impone a las mujeres, si bien no es imposible que se aleguen ambas causas de discriminación de manera acumulativa.

Un ejemplo más vinculado a un contexto informal podría ser el de las dificultades de empleo que encuentran los masajistas varones, en la medida en que tanto las clientes femeninas como los clientes masculinos heterosexuales tienden a sentir una mayor incomodidad si les atiende un hombre que si les atiende una mujer, por razones distintas en cada caso, pero en todo caso relacionadas con la carga histórica de las

23. Ruiz Miguel 1996, 128.

formas tradicionales y sistemáticamente desiguales de relación sexual entre hombres y mujeres, dado que el masaje no tiene un contenido sexual pero se caracteriza por el contacto físico, afectando de algún modo a la intimidad de los clientes. Aunque el contexto del patriarcado resulta indispensable para comprender el perjuicio concreto que sufren los varones para acceder a esta profesión, resulta complicado postular un perjuicio social directo sufrido por las mujeres, más allá de la idea genérica de que la segregación ocupacional termina incidiendo en la infravaloración de las profesiones feminizadas.

Un supuesto distinto, que sí que puede aplicarse a diversas causas de discriminación y no solo al género es la de los microcontextos sociales en los que se produce una inversión de roles, de status o de posiciones jerárquicas, que se opone al flujo que ordinariamente siguen las relaciones de poder en el contexto más amplio. Tomemos el ejemplo de una empresa de capital chino localizada en España, en la que la mayoría de los trabajadores y todos aquellos que ocupan posiciones jerárquicas fueran de origen chino, pero un trabajador de “origen español” ocupara una posición subordinada. Es concebible que este trabajador pueda ser preterido en la promoción o en el ascenso debido a su origen étnico (mayoritario en la sociedad española, pero minoritario en la empresa); también sería posible que recibiera una retribución inferior a la de otras personas que realizaran un trabajo de igual valor o incluso que sufriera acoso discriminatorio por su adscripción racial o étnica. Esto puede suceder sencillamente porque las mismas pautas de segregación que se presentan en la sociedad respecto a determinadas categorías pueden reproducirse en otras en relación con otras categorías cuando las relaciones de poder varían.

Estos supuestos marginales de inversión de poder son perfectamente compatibles con la existencia de un sistema de dominación más amplio. De hecho, en el campo de la Antropología se ha postulado que los “ritos de inversión de status” que existen de algún modo en todas las sociedades humanas a menudo contribuyen a reforzar la estructura jerárquica que simbólicamente revierten²⁴. Desde otra perspectiva, las actitudes de discriminación contra los miembros de grupos dominantes pueden conectarse con el marco estructural si se contemplan como “revanchas” o válvulas de escape de la pérdida de autoestima derivada de la posición general de la subordinación o simplemente como proyecciones o imitaciones de la conducta discriminatoria ejercida por los miembros de los grupos dominantes. De cualquier modo, en el microcontexto en el que las relaciones de poder están invertidas, la conducta tiene un potencial segregador que niega la dignidad humana de las víctimas por su pertenencia al grupo y este contexto resulta relevante, por cuanto la valoración del perjuicio colectivo no se refiere a un espacio social determinado²⁵.

24. Turner 1988, 171, 175, y 180.

25. Álvarez Alonso y Álvarez del Cuvillo 2006, 1034-1038.

En estos supuestos de inversión de status, debe aplicarse la tutela antidiscriminatoria básica que hemos vinculado al “contenido esencial” del derecho y que consiste básicamente en un mandato de parificación o de trato digno, pero esto no implica que la protección deba ser simétrica respecto a los supuestos en los que las víctimas pertenecen a colectivos victimizados. En términos generales, estas situaciones son realmente anómalas, por lo que no requieren la aplicación de una protección específica que intente maximizar la efectividad de la tutela antidiscriminatoria frente a las resistencias de las pautas sociales dominantes, como sucede con el concepto de discriminación indirecta.

4. CONCLUSIONES

La conclusión de estas reflexiones es que la “discriminación inversa” realmente puede producirse, pero tiene un carácter más bien anómalo o excepcional y se refiere a un número de supuestos muy reducidos, en los que debe aplicarse la tutela antidiscriminatoria básica, pero no es preciso adoptar medidas específicas adicionales (como el principio de transversalidad de género, los ajustes razonables o la prohibición de discriminación indirecta), por no existir una posición de subordinación global. No pueden confundirse estos supuestos de auténtica discriminación inversa con la mera equiparación de los colectivos marginados al status de las mayorías, que no es más que una realización de la igualdad, ni con la aplicación de medidas de acción positiva dirigidas a conseguir la igualdad sustancial. Tampoco puede confundirse la “discriminación inversa” con las distinciones positivas que realmente se orientan a minimizar las desigualdades sistemáticas entre los grupos, pero lo hacen de un modo desproporcionado, que deberían reconducirse al principio de igualdad (aunque los sujetos privados podrían verse obligados al mandato de parificación como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea). Por último, existen supuestos –sobre todo en materia de género y en la discriminación por asociación– en los que las víctimas individuales son miembros de los grupos dominantes, pero la conducta controvertida tiende a reproducir el estatus de inferioridad de los grupos subordinados; estos casos no responden al esquema de la discriminación inversa, por lo que sí que resulta oportuna la aplicación de pautas específicas, como la obligación de interpretar las normas conforme al principio de transversalidad de género.

En otro orden de cosas, el problema de la discriminación inversa pone de manifiesto la necesidad de un modelo teórico que parta de la base de que todo acto de discriminación debe implicar un perjuicio social sobre determinados grupos humanos, pero que al mismo tiempo asuma que este perjuicio social puede ser solamente potencial. Ahora bien, esto implica que no siempre existen las mismas resistencias sociales a la aplicación del principio de no discriminación y que, por tanto, en el caso de

los grupos victimizados es necesario adoptar medidas específicas –de acción positiva, de prohibición de discriminación indirecta y de integración del concepto de discriminación– que garanticen la igualdad sustancial de estos grupos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Alonso, Diego; Álvarez del Cuvillo, Antonio (2006). “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, pp. 997-1044.
- Álvarez del Cuvillo, Antonio (2010), “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, *Relaciones Laborales*, 11, 1-32 [Ejemplar electrónico en base de datos Wolters Kluwers]
- Álvarez del Cuvillo, Antonio (2010b). El género como categoría y las categorías de género. *Revista de Derecho Social*, 52, 79-112.
- Barrere Unzueta, María Ángeles (2018), “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio; ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 34, 11-42.
- Bourdieu, P. (2000), *La dominación masculina*, Barcelona: Anagrama [Publicado originalmente en 1998].
- Casas Baamonde, María Emilia (2019), “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social*, 88, 13-54.
- Lowery, Brian; Knowles, Eric; Unzueta, Miguel (2007), “Framing Inequity Safely: Whites’ Motivated Perceptions of Racial Privilege”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 33/ 9, 1237-1250. DOI: <https://doi.org/10.1177/0146167207303016>
- MacKinnon, Catharine (1979), *Sexual Harassment of Working Women: a Case of Sex Discrimination*, New Haven and London: Yale University Press.
- Marion Young, Iris (2000), *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Ediciones Cátedra [original publicado en 1990].
- Pincus, Fred (2000), “Reverse discrimination vs. White privilege: an empirical study of alleged victims of affirmative action”, *Race & Society*, 3, 1-22. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1090-9524\(01\)00018-3](https://doi.org/10.1016/S1090-9524(01)00018-3)
- Puyol González, Ángel (2006), “¿Qué hay de malo en la discriminación?”, *Doxa*, 29, 77-91.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel; Fernández López, María Fernanda (1986), *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1996), “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 123-140. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.07>
- Turner, Victor (1988), *El proceso ritual*, Madrid: Taurus [original publicado en 1969].

LA DIMENSIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE, SIN DISCRIMINACIÓN

THE SOCIAL AND ECONOMIC DIMENSION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT, WITHOUT DISCRIMINATION

Guadalupe Medina Casado
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0002-2355-5100
cefoec@gmail.com

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la transformación de la economía española hacia una economía circular, bajo el soporte social, económico y medioambiental. Se analizan ejemplos de políticas inclusivas con las que se propone un crecimiento en el empleo sin discriminación. Se hace mención al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que se encuentra en la actualidad en fase de ejecución en España.

PALABRAS CLAVE: Economía circular; no discriminación; brecha salarial; criterios DNSH.

ABSTRACT: This essay studies the transformation of the Spanish economy towards a circular economy, under social, economic and environmental support. It analyses examples of inclusive policies that propose employment growth without discrimination. Mention is made of the Recovery, Transformation and Resilience Plan that is currently being implemented in Spain.

KEYWORDS: Circular economy; non-discrimination; pay gap; DNSH criteria.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. ANÁLISIS DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AGENDA 2030, ODS 8. 2.1. Crecimiento del empleo sostenido. 2.2. Crecimiento del empleo inclusivo. 2.3. Crecimiento del empleo sostenible.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

3. LA CONSECUENCIA DE LA INTEGRIDAD AMBIENTAL A TRAVÉS DE LA JUSTICIA SOCIAL. 4. POLÍTICAS ORIENTADAS A POTENCIAR EL EMPLEO, SIN DISCRIMINACIÓN. 4.1. Políticas salariales inclusivas. 4.2. Políticas para promover el desarrollo de competencias y el aprendizaje a lo largo de la vida. 4.3. Políticas con perspectiva de género para apoyar el pleno empleo y el trabajo decente. 4.4. las normas de trabajo y las instituciones del mercado de trabajo y su función en la promoción de la inclusión, la equidad, la seguridad y la no discriminación. 5. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. ANTECEDENTES. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A partir de las conferencias promovidas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Estocolmo (1972) y Río (1992), se comenzó a utilizar por primera vez el término sostenibilidad¹ para integrar el medio ambiente y el ámbito social en la economía.

Se promueve de esta forma, un crecimiento económico y protección medioambiental que garantiza la calidad de vida de las generaciones actuales y futuras.

En 1987 se crea la Comisión Brundtland² para: «satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones», es decir, respeto al medio ambiente y a sus propios mecanismos de reproducción y conservación y no a través de pagar las «externalidades»; parafraseando a Stiglitz, J. E. (1986)³. Nobel de Economía en 2021, que las considera como un fallo del mercado. Bajo la hipótesis de que los costes siempre tienen que ser asumidos por alguien, una externalidad se produce cuando el coste que provoca un actor no es asumido por él mismo, sino que recae sobre otra persona.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 en Río de Janeiro consolidó el concepto de desarrollo sostenible, basado en los 27 principios establecidos en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

El objetivo de estos principios fue procurar acuerdos internacionales para el respeto mutuo entre los países, proteger el medio ambiente y el desarrollo mundial y que –como expondremos al final de esta introducción– desencadenarán en los actuales 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) adoptados por las Naciones Unidas.

De entre ellos destacamos el octavo objetivo para el desarrollo sostenible (ODS 8) que hace referencia al trabajo digno y no discriminatorio.

1. Según la RAE, sostenible en ecología y economía es aquello que «se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente».

2. <https://drive.google.com/file/d/1VHuacfetduxOc7DQz60qlemAfGbHdo5Y/view>

3. Bruce C. Greenwald; Joseph E. Stiglitz, (1986), «Externalidades en economías con información imperfecta y mercados incompletos», *The Quarterly Journal of Economics*, volumen 101, número 2, 229–264, <https://doi.org/10.2307/1891114>

Objetivo que será objeto de estudio del presente trabajo y que como señala Sánchez Bravo (2021) es «un instrumento canalizador que garantiza el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales y de la democracia»⁴.

Siguiendo con la cronología establecida en el párrafo anterior, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro en junio de 2012⁵, conocida como «Río+20», los líderes mundiales se reunieron con ONG y grupos del sector privado para determinar el futuro del desarrollo sostenible con las siguientes líneas de acción: más empleos, energía más limpia, mayor seguridad y mayor bienestar; para culminar en la Cumbre de Desarrollo Sostenible de la ONU de 2015⁶.

Posteriormente, en 2015, la Comisión Europea desarrolla el Plan de Acción de Economía Circular⁷, que tiene como objetivo desarrollar acciones concretas a nivel europeo para «cerrar el círculo» de los ciclos de vida de los productos a través de un mayor reciclaje y reutilización; con beneficios ambientales y sostenibles.

En efecto, el objeto de la Comisión era obtener el máximo valor de todas las materias primas, productos y residuos; así como promover el ahorro energético y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

En particular, con la economía circular –concepto que desarrollaremos a continuación– se hace una contribución fundamental en los esfuerzos de la Unión Europea incardinados a lograr una economía sostenible, baja en carbono, eficiente en el uso de los recursos y competitiva.

Deteniéndonos en el concepto de economía circular en palabras de Fernández Liesa (2021)⁸ va a suponer un nuevo modelo económico a escala mundial, que surge como un nuevo modelo de organización de la economía, basado principalmente en el comportamiento de los seres vivos en la naturaleza. Los cuales obtienen los materiales y productos para su supervivencia para consumirlos sin, posteriormente, generar desechos.

Esto es, estamos ante un modelo recurrente que se retroalimenta constantemente, sin dejar remanentes. Porque los residuos que se generan ahora ya no son un desecho, sino que son la materia prima que se utilizará para otro nuevo proceso productivo.

Este modelo se basa en la famosa regla de las 3R⁹, propuesta ideada por la asociación ecologista Greenpeace: Reducir, Reusar y Reciclar, por las que se potencia la tendencia de mantener hábitos saludables para el planeta; y en las siete erres que ayudan

4. Sánchez Bravo 2021

5. <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/climate-change-and-the-environment/rio20-conference>

6. <https://www.un.org/es/conferences/environment/newyork2015>

7. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024>

8. Fernández Liesa 2021.

9. <https://es.greenpeace.org/>

al consumidor a adquirir los bienes y servicios de forma más responsable y sostenible y que son: Rediseño, Reducir, Reutilizar, Reparar, Renovar, Recuperar y Reciclar¹⁰.

En 2020, la Comisión Europea aprobó un nuevo plan de acción que constituye un plan de futuro para lograr una Europa sostenible y más competitiva en estrecha colaboración con los agentes económicos, los consumidores y los ciudadanos.

Plan de actuación centrado en el diseño y la producción, con miras al nuevo modelo de economía circular, influyendo en los patrones de consumo para evitar el desperdicio, al tiempo de garantizar que los recursos utilizados permanezcan en la economía el mayor tiempo posible.

En 2020, el Ministerio de Transiciones Ecológicas y Retos Demográficos crea la «Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030»¹¹. Inspirada en 13 principios generales y un conjunto de orientaciones estratégicas, a partir de las cuales se derivan las acciones específicas que integrarán el correspondiente plan de acción.

Las líneas de actuación en las que se centrarán las políticas y herramientas de la Estrategia Española de Economía Circular, con referencia al primer Plan de Acción de la Comisión Europea son: producción, consumo, gestión de residuos, materias primas secundarias, y reutilización y depuración del agua; y, con carácter transversal, sensibilización y participación, investigación, innovación y competitividad, y empleo y formación.

Para facilitar la transición a un modelo de economía circular, el gobierno español ha desarrollado la Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030. Y con ella se sientan las bases para la promoción de nuevos patrones de producción y consumo en los que el valor de los productos, materiales y recursos se reutilicen al máximo posible, minimizando la generación de residuos y aprovechando al máximo aquellos que no se puedan evitar.

Por ello, en Andalucía se están desarrollando actualmente nuevas líneas de actuación y medidas en el ámbito de las estrategias de desarrollo sostenible, poniendo en práctica las conclusiones de la cumbre Río+20 y los compromisos de la Agenda 2030. En concreto, la Estrategia de Desarrollo Sostenible de Andalucía 2030¹² (EADS 2030).

Podemos concluir que, en la actualidad, la Agenda 2030 es el resultado de más de cuarenta años de diálogo y debate multilateral sobre los desafíos ambientales, sociales y económicos a los que se enfrenta la comunidad internacional. Y lo conforman un conjunto de medidas a alcanzar y adoptadas por líderes de países de todo el mundo con unos objetivos globales muy claros: «Erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos».

10. <https://ecoembesdudasreciclaje.es/reducir-reutilizar-reciclar/>

11. <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/estrategia/>

12. <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/planificacion-evaluacion-estadistica/planes/detalle/150292.html>

La Agenda 2030¹³ se basa en cinco pilares fundamentales: Personas, Prosperidad, Planeta, Compromiso Colectivo y Paz. Pilares que informan las decisiones de política de desarrollo.

En base a estos fundamentos, se desarrollan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que son 17 áreas de acción necesarias para alcanzar el desarrollo sostenible y que enumeramos a continuación. ODS1, terminar con la pobreza; ODS2, hambre cero; ODS3, salud y bienestar; ODS4, educación de calidad; ODS5, igualdad de género; ODS6, agua limpia y saneamiento; ODS7, energía asequible y libre de contaminación; ODS8, trabajo decente y crecimiento económico; ODS9, industria, innovación e infraestructura; ODS10, reducir la desigualdad; ODS11, ciudades y comunidades sostenibles; ODS12, producción y consumo responsable; ODS13, acción climática; ODS14, vida submarina; ODS15, vida en los ecosistemas terrestres; ODS16, paz, justicia e instituciones sólidas; ODS17, alianzas para lograr los objetivos.

Fue precisamente para hacer cumplir estos 17 objetivos, por lo que se hizo necesaria la transformación del modelo económico de producción actual hacia un nuevo modelo que garantizara un crecimiento sostenible. Un modelo basado en la economía circular que dilapida el modelo de producción lineal basado en producir, consumir y tirar; y que fomente el uso racional de los recursos finitos, alargue la vida útil de los productos y minimice la generación de residuos.

Llegados a este punto, seis de los 17 ODS están directamente relacionados con la economía circular. Mencionamos específicamente las energías limpias (ODS7), el trabajo digno (ODS8), la innovación industrial (ODS9), la producción y el consumo responsable (ODS12), la acción climática (ODS13) y la vida de los ecosistemas terrestres (ODS15).

En Andalucía, se están desarrollando actualmente nuevas líneas de actuación hacia un modelo de economía circular y medidas en el ámbito de las estrategias de desarrollo sostenible, poniendo en práctica las conclusiones de la cumbre Río+20 y los compromisos de la Agenda 2030. En concreto, la Estrategia de Desarrollo Sostenible de Andalucía 2030¹⁴ (EADS 2030).

En el marco de las perspectivas para el desarrollo sostenible antes citadas y en el contexto de crisis económica y de cambio global actual, el objetivo de la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 es orientar y reforzar las políticas e iniciativas públicas y privadas con incidencia en la comunidad autónoma andaluza, hacia un modelo de crecimiento económico sostenible basado en la protección del medio ambiente y en la integración de las dimensiones ambientales, económicas y sociales.

13. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/>

14. <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/planificacion-evaluacion-estadistica/planes/detalle/150292.html>

En este contexto, el 25 de mayo de 2021, el Consejo de Ministros español aprobó el I Plan de Acción de Economía Circular 2021-2030¹⁵ (PAEC), previsto en la Estrategia Española de Economía Circular 2030 (EEEC) y Planes de Acción y que, junto a la inminente Ley de Residuos y Suelos Contaminados¹⁶, y la Ley de Economía Circular Andaluza¹⁷ (LECA), conforman el Paquete normativo en materia de Economía Circular.

La economía circular según Revuela Pérez (2021)¹⁸ supone una estrategia para el desarrollo económico de Europa y para el bienestar y calidad de vida de sus ciudadanos. Porque como además afirma la Organización Internacional del Trabajo¹⁹, en su informe de 2018, la legislación medioambiental europea es el «empujón» necesario para la transición climática y, en consecuencia, también para el mercado laboral. Y «los cambios en la producción y el uso de energía, con el objetivo de alcanzar el objetivo de 2°C, previsto en el Acuerdo de París, podrían conducir a la creación de alrededor de 18 millones de empleos verdes en todo el mundo en el 2030».

Todo ello debido a que la fabricación de productos aplicando las nuevas tecnologías con criterios de sostenibilidad, provocarán la aparición de nuevos puestos de trabajo.

Pongamos el ejemplo del aumento de la producción de coches eléctricos, que supondrá además de la necesidad de mecánicos en el sector, un incremento de puestos de trabajo de ingenieros eléctricos.

En consecuencia, los cambios en el sector del reciclaje, al afectar a los nuevos procesos productivos, tendrá un impacto en el empleo en un sentido amplio. En el fomento del diseño, la reparación, la remanufactura²⁰, redes de logística inversa asociadas²¹, que requerirán mayor cualificación técnica y tecnológica, demandadas por las reparaciones; más creativa, para crear nuevos diseños y nuevos materiales; e inclusiva, porque tendrán cabida en el mercado laboral trabajadores poco especializados o con diversidad funcional con aportaciones muy valiosas en el sector del reciclaje.

Como afirmó la organización europea REEUSE²² en su informe de 2015 sobre el potencial de creación de empleo en el sector de la reutilización: «10.000 toneladas de residuos indiferenciados suponen hoy en día 1 empleo si el destino es la incinera-

15. https://www.giec.es/doc/i_plan_accion_eco_circular_2021_2023.pdf

16. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/180521-enlace-residuos.aspx>

17. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/189997.html>

18. Revuela Pérez, Ochoa Monzó 2021.

19. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_629917/lang--es/index.htm

20. Consiste en utilizar máquinas que ya no funcionan o sus componentes para fabricar unas nuevas con las mismas garantías, <https://www.remanufacturing.fr/es/paginas/principios-remanufactura.html>

21. <https://www.deustoformacion.com/blog/gestion-empresas/10-ejemplos-logistica-inversa>

22. <https://www.residuosprofesional.com/reciclaje-de-biorresiduos-nicho-de-empleo-para-discapacitados/>

ción, 6 empleos si es el vertido, 36 puestos de trabajo si es el reciclaje y 296 puestos de trabajo si se promueve la reutilización»²³.

Benedit Guillot (2021)²⁴ afirma que el 80% de los residuos se ahorran con el diseño del producto. Y a partir de este análisis nos preguntamos ¿tenemos que consumir un producto, o un servicio? Es decir, necesitamos un coche o desplazarnos. La respuesta está como afirma Flores *et al.* (2021)²⁵ en dar alternativas ante una necesidad. Si vemos satisfecha nuestra carencia con un producto o con un servicio. Si finalmente nos decidimos a comprar, elegir los productos que vamos a adquirir según su índice de reparabilidad –que se puedan reparar o no.

En efecto, hay muchísimas iniciativas entre las que destacamos las impulsadas por la Fundación Ellen MacArthur²⁶ como es la simbiosis industrial, por la cual aquel material que le sobra a una industria, es utilizado como materia prima por otra.

Un ejemplo lo podemos observar en el olivar andaluz, los huesos de aceituna pueden ser utilizados en la calefacción como sustituto al pellet; o los restos de poda, que pueden ser usados como compost o producir biomasa (fuente de energía renovable).

Otras iniciativas muy interesantes son la remanufactura, que consiste en reparar máquinas para ponerlas en el mercado con las mismas garantías que una nueva. El consumo colaborativo, taladros en alquiler por *wallapop*, bloque de apartamentos con lavadora industrial, envases cada vez más reciclables, entre otros.

La conclusión que ya adelantamos y que extraemos de todos estos datos en el área del empleo –que es la materia objeto de estudio en este trabajo– es que esta transformación hacia una economía circular, creará nuevos yacimientos de empleo y demandará nuevos profesionales con nuevas habilidades, que sean capaz de tomar decisiones comerciales novedosas e ingeniosas que reduzcan el impacto ambiental.

Pensadores más creativos que desafíen los diseños tradicionales; colaboradores que faciliten el intercambio de recursos entre industrias; o expertos digitales que potencien el proceso, son algunos de los roles extremadamente valiosos en la economía circular.

La Comisión Europea²⁷, por su parte, considera que «la transición a la economía circular es una oportunidad de modernizar y transformar Europa en su camino hacia competitividad sostenible», mediante:

- A. Desarrollo de Asociaciones en las que participe la I+D nacional; por ejemplo, en materia de diseño, para analizar los productos con vistas a estimular la innovación con los fabricantes.

23. <http://www.rreuse.org/wp-content/uploads/Final-briefing-on-reuse-jobs-website-2.pdf>

24. Benedit Guillot 2021.

25. Flórez, Rodríguez, Romero 2021, 147-162.

26. <https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/es/fundacion-ellen-macarthur/la-fundacion>

27. <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/comision-europea/>

- B. Interacción con los fabricantes para desarrollar estrategias de prolongación de la vida útil; por ejemplo, *servitización*, «diseño para durar», componentes y servicios de reparación/remanufactura.

Nuestra comunidad autónoma andaluza y con objeto de revisar los planes de residuos vigentes, y actualizar los objetivos de prevención, reciclado, valoración y eliminación, a los nuevos objetivos europeos y estatales, ha creado el Plan Integral de Residuos de Andalucía. Hacia una Economía Circular en el Horizonte 2030²⁸ (PI-Rec 2030).

El plan lo conforman actuaciones orientadas a «reforzar y acelerar la transición de Andalucía hacia una economía circular, para impulsar la competitividad, crear empleo y generar un crecimiento sostenible» y diez estrategias que han servido para orientar el programa de actuaciones del PIRec 2030 y de entre ellos destacamos la estrategia dedicada al empleo para la economía circular, que consiste en «consolidar políticas de empleo que favorezcan la transición justa y solidaria hacia una economía circular, identificando nuevos yacimientos de empleo y facilitando la creación de capacidades para los mismos».

Acciones que juegan un papel muy importante en la aceleración de los empleos verdes (Miñarro, 2021)²⁹.

2. ANÁLISIS DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA AGENDA 2030, ODS 8

De entre los 17 objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en el presente trabajo analizaremos el ODS 8, que según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), exhorta a la comunidad internacional a «promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo y productivo y el trabajo decente para todos».

En efecto, las metas del ODS 8 están directamente relacionadas con los objetivos de desarrollo sostenible desde una perspectiva holística, puesto que el crecimiento se ha de realizar en tres dimensiones: sostenido, inclusivo y sostenible.

Las metas propuestas en la Agenda 2030³⁰ son diez: 8.1. Crecimiento económico; 8.2 Diversificación, tecnología e innovación; 8.3 Fomento de la pequeña y

28. https://www.aborgase.com/wp-content/uploads/2021/09/PIRec_2030_Definitivo_compressed.pdf

29. Miñarro Yanini, 2021

30. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo8.htm>

mediana empresa; 8.4 Producción y consumo eficiente y respetuoso; 8.5 Pleno empleo³¹ y trabajo decente; 8.6 Jóvenes sin trabajo ni estudios (ninis); 8.7 Esclavitud, trata y trabajo infantil; 8.8 Derechos laborales y trabajo seguro; 8.9 Turismo sostenible; 8.10 Servicios bancarios.

2.1. Crecimiento del empleo sostenido

Crecimiento económico sostenido porque en un país existe una relación entre el producto interior bruto (PIB) y la productividad laboral. A mayor crecimiento de la economía, mayor empleo y mayor productividad.

En efecto, la primera dimensión que vamos a analizar es el crecimiento sostenido del ODS 8 –en el sentido de aumentar el umbral de crecimiento del PIB a partir del cual se crea empleo.

Basándonos en la Ley de Okun, propuesta en 1962 por el economista americano Arthur Okun, que relacionó el crecimiento de una economía con la tasa de paro, para mantener los niveles de empleo en un país era necesario que el PIB del mismo creciese cada año a un ritmo entre el 2,6% y el 3%. Señalaba que cualquier crecimiento inferior a esta cifra se traduciría en un incremento del desempleo debido a la mejora de la productividad laboral.

En efecto, existe una relación estrecha entre el crecimiento del PIB de un país y la generación de empleo. Además, la Ley de Okun señala que una vez mantenido el nivel de empleo gracias al crecimiento del 3% anual, si se pretende disminuir el paro es necesario crecer dos puntos porcentuales más, por cada punto de desempleo que se quiera reducir. No podemos establecer una cifra exacta de crecimiento necesario para generar empleo porque hay que tener en cuenta las circunstancias del periodo concreto que se analice y el país.

Para el caso de España, los analistas afirman que si con el avance tecnológico y la maquinaria es necesaria menos mano de obra, hemos de crecer a más de un 3% para disminuir la tasa de paro (Murillo *et al.*, 2003)³².

Con este nuevo enfoque se debe promover un crecimiento económico pero sostenido a largo plazo. Y para garantizarlo es necesario que se apoye en unas actividades productivas diversificadas y en inversiones financieras estables.

En efecto, como propone Bhatt (2015)³³, con el fortalecimiento de la capacidad de las instituciones financieras de un país, los ciudadanos tendrán un mejor acceso

31. El pleno empleo se alcanza cuando cada persona que busca empleo y está disponible puede encontrar un puesto de trabajo. Ello no implica una tasa de desempleo nula, porque todavía puede haber desempleo friccional, que se da cuando los trabajadores dejan un empleo para buscar otro.

32. Murillo, Usabiaga, 2003.

33. Bhatt 2015.

a los servicios bancarios y financieros. Especialmente aquellos trabajadores con empleos más precarios o que residen en el ámbito rural.

En consecuencia, para conseguir la meta 8.10, en la que todos los ciudadanos tengan mejor acceso a los servicios bancarios y financieros, se hace necesaria la inversión en infraestructura digital y poder disfrutar de los beneficios de los servicios bancarios móviles (Benería *et al.* 2015)³⁴.

2.2. Crecimiento del empleo inclusivo

En segundo lugar, analizaremos la dimensión social del ODS 8. Según el informe del año 2020 de la Organización Internacional del Trabajo³⁵ «los derechos de los trabajadores son derechos humanos y el cumplimiento de las normas del trabajo son la base del derecho decente y la justicia social». En efecto el aumento del empleo ha de ser inclusivo, que absorba a las personas con diversidad funcional, sin discriminación salarial por razón de género y que disminuya la proporción de jóvenes con consideración de *ninis*; jóvenes sin empleo, sin estudios y sin capacitación.

La meta 8.5 del objetivo ODS 8 reconoce el «pleno empleo y productivo y el trabajo decente» como objetivo y «lo hace extensivo a todas las mujeres y hombres, incluidos los jóvenes y las personas con diversidad funcional». Esta inclusión horizontal, junto con el «principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor», es fundamental para la cohesión social.

Afirman Acemoglu y Robinson (2012)³⁶, que una tasa alta de estabilidad laboral es señal de instituciones eficaces e inclusivas de las que se beneficia toda la sociedad y que «son esenciales para promover la innovación y la creatividad».

En consecuencia, el crecimiento económico se ha de analizar desde el punto de vista de la justicia social, sin discriminación. Un trabajo decente, como lo define y promueve la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2020) «proporciona a las personas identidad social, dignidad y autoestima».

Por tanto, no basta con que aumente la productividad, sino que el crecimiento y el desarrollo han de ser inclusivos y no discriminatorios.

La OIT (2020), organiza las metas del ODS 8 y basa el crecimiento inclusivo en cuatro pilares con una fuerte interrelación entre ellos y que enumeramos a continuación.

1. Crecimiento de los ingresos (8.1) y crecimiento de la productividad laboral (8.2).
2. Empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos (1.3, 8.3, 8.5, 8.6).
3. Derechos laborales (8.5, 8.7, 8.8).
4. Reducción de las desigualdades (10.1, 10.3, 10.4, 10.7).

34. Benería, Berik, Floro 2015.

35. <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

36. Acemoglu, Robinson 2012

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (OIT, 2008)³⁷ «define los cuatro objetivos estratégicos del Programa de Trabajo Decente —empleo, protección social, diálogo social y derechos en el trabajo— y confirma que son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente».

El tercer pilar del crecimiento y el desarrollo inclusivos guarda relación con los derechos laborales. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo destaca los siguientes «la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (vinculado a la meta 8.7), la abolición efectiva del trabajo infantil (también vinculado a la meta 8.7) y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (vinculado a las metas 8.5 y 8.8)».

La OIT (2020) afirma que «la negociación colectiva actúa como un mecanismo institucional esencial para la negociación de los salarios y las condiciones de trabajo, fomentando de este modo una distribución justa de los ingresos generados por el trabajo. Si no se regulan, los mercados laborales no distribuirán con equidad ni justicia las ganancias procedentes de la productividad. Ocurre así porque el poder de negociación salarial se distribuye de forma asimétrica entre trabajadores y empleadores, así como por la ausencia de mecanismos en el libre mercado para repartir las ganancias entre los sectores de alta y baja productividad».

Además, la negociación colectiva es uno de los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo promovidos por la OIT, y aparece incluida como un indicador en la meta 8.8.

De hecho, la Agenda 2030³⁸ se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce la libertad de asociación, el derecho a la negociación colectiva y el diálogo social como un derecho fundamental.

2.3. Crecimiento del empleo sostenible

En tercer lugar, analizaremos la dimensión ambiental del ODS 8. Considerando, como propone la Organización Internacional del Trabajo en su informe de 2020 (OIT, 2020) «que la transición se haga mediante la adopción de innovaciones tecnológicas, desvinculado de la degradación del medio ambiente y modificando los hábitos de consumo hacia una conducta responsable».

Mediante políticas que incidan en los tres ámbitos que forman las líneas de investigación que seguimos en el presente trabajo: crecimiento, social y medioambiental.

37. Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), Ginebra.

38. Naciones Unidas (2015), Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre, A/RES/70/1, <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/>

A través de: a) políticas de empleo nacionales; b) cambios en la legislación laboral; c) alianzas y diálogo social.

Políticas que, según el informe OIT (2020) «tienen en cuenta los vínculos con las políticas salariales del objetivo OSD 10 que hace referencia a reducir la desigualdad y discriminación y con la protección social del ODS 1».

En consecuencia, la consecución del objetivo ODS 8, está relacionado con el logro de otros objetivos como son: la no discriminación (ODS 10), la promoción de la justicia, la paz y el fortalecimiento de las instituciones (ODS 16), la erradicación de la pobreza y el hambre (ODS 1 y 2), la promoción de la vida sana, el bienestar y la igualdad de género (ODS 3 y 5) y la educación de calidad (ODS 4).

Como afirma la OIT (2020) «si no se avanza en el resto de los ODS, no se conseguirá el ODS 8, y el ODS 8 es un medio y un fin esencial para llevar a la práctica la Agenda 2030».

El objetivo fundamental de la Agenda 2030 es conseguir el progreso, pero apoyado en tres soportes: económico, social y ambiental. La meta 8.4 –dentro del objetivo ODS 8– exige «Mejorar progresivamente de aquí a 2030 la producción y el consumo eficientes de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente»; y se apoya ese objetivo mediante la identificación de las formas de lograr el crecimiento al tiempo que se protege el medio ambiente³⁹.

La meta 8.5, hace referencia a la tasa de desempleo desglosada por sexo, edad y situación de diversidad funcional. Y tiene en cuenta, además, la brecha salarial de género.

Por tanto, como afirman Altbeker y Bernstein (2017), para medir la tasa de desempleo es necesario tener en cuenta la «subutilización de la mano de obra»⁴⁰, compuesta por personas que no forman parte del mercado laboral. Bien por su diversidad funcional, porque que han dejado de buscar un empleo, porque son objeto de discriminación o porque no se les ofrece un salario justo.

A los factores anteriores se le añade como señala Périvier (2018), el poco apoyo que puedan ofrecer las políticas públicas a la conciliación familiar, el escaso aprendizaje técnico para los que acceden al mercado laboral a una edad temprana o la limitación de acceso a un puesto de trabajo para las personas con alguna diversidad funcional.

En consecuencia, como afirma el informe OIT (2019), «el hecho de tener un empleo no garantiza poder salir de la pobreza y la exclusión social. La igualdad de acceso a un trabajo decente es tan importante como tener un empleo».

Como solución, el modelo de crecimiento que propone la OIT (2020) es un esquema en espiral que incluye políticas macroeconómicas y sectoriales favorables al

39. La meta 8.9, que aboga por la promoción del turismo sostenible, también está estrechamente relacionada con la dimensión ambiental del ODS 8.

40. http://wcm3sq3.ilo.org/wcm3sp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_234036.pdf

empleo junto con otras medidas que promuevan subidas de los salarios acordes con el coste de vida, incremento de las competencias, la tecnología y la innovación que permitan a los países avanzar hacia el pleno empleo, el trabajo decente y aumentar la productividad (metas 8.2 y 8.9 del ODS8), el empleo (metas 8.6) y el crecimiento económico (8.1), al tiempo que se reduce la informalidad (8.3). En combinación con mecanismos institucionales que, de conformidad con las normas internacionales del trabajo, garanticen la salud y la seguridad en el trabajo, defiendan los derechos laborales (8.7), proporcionen protección social para todos (8.8) y promuevan la igualdad de género (8.5).

Afirma Grimshaw (2017)⁴¹, que «la protección de los derechos laborales y la promoción de entornos de trabajo seguros y sin riesgos, previstos ambos en la meta 8.8 del ODS, son fundamentales para lograr el trabajo decente para todos los trabajadores. La meta 8.8 también menciona expresamente la necesidad de garantizar la protección de los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios. Los derechos laborales representan una base fundamental sobre la que los países pueden sustentarse para lograr la justicia social. Existe fuerte vínculo entre los derechos laborales y los avances en el desarrollo sostenible e inclusivo».

Como indica Polanyi (1944)⁴², «las economías forman parte integral de las sociedades, lo que significa que los cambios transformadores en la economía y en el mundo laboral se ven influidos y moldeados por las instituciones, las estructuras y las organizaciones que componen la sociedad».

Por otra parte, cada sociedad desarrolla sus propias costumbres y tradiciones como la cultura, las ideologías, las religiones y las filosofías. Estas tradiciones pueden ejercer una fuerte influencia sobre las mentalidades, las actitudes y las expectativas, así como en el grado de apertura de una sociedad frente al cambio (Rodrigo, 1994)⁴³.

De esta forma, las sociedades pueden bien optimizar la capacidad de innovación mediante la movilización de la creatividad, el espíritu empresarial (Schumpeter, 1911)⁴⁴; o bien la pericia técnica (Sennett, 2008)⁴⁵; o mediante la inversión, la innovación y la investigación: desarrollo I+D+I (North, 1990)⁴⁶.

Además, se pueden introducir nuevos valores en las sociedades que transforman el comportamiento, las preferencias y la demanda de los consumidores, como lo demuestran los trabajos llevados a cabo en 1998 por los investigadores Strasser, McGovern y Judt⁴⁷, que analizaron el efecto producido por la promoción de nuevos valores en los

41. Grimshaw 2017

42. Polanyi 1944.

43. Rodrigo 1994

44. Schumpeter 1911.

45. Sennett 2008.

46. North 1990.

47. Strasser, McGovern, Judt, 1998.

Estados Unidos durante las décadas 1920 y 1930, cuando a la población se le prometió la felicidad ilimitada a través del consumo. Idea que fue impulsada y apoyada por nuevas instituciones de crédito al consumo y por los nuevos medios publicitarios de la época.

La Organización Internacional del Trabajo en su informe (OIT, 2020) concluye que «los sistemas de creencias y las instituciones compartidas fomentan la cohesión social al generar confianza, promover un sentido de equidad y justicia en la sociedad e impulsar la inclusión. De hecho, la existencia de instituciones inclusivas que presen servicio a todas las capas de la sociedad suele ir acompañada de una mayor rapidez de los cambios tecnológicos y las innovaciones dinámicas, un incremento de las inversiones y una verdadera transformación productiva (Nübler, 2018; Acemoglu y Robinson, 2012)».

En efecto, la meta 8.2, dentro del objetivo ODS 8, propone los avances en tecnología e inteligencia artificial, la diversificación y la transformación estructural como las vías para generar más empleo y productividad.

Los autores Penrose (1959) y Neffke y Henning (2013)⁴⁸, identifican el crecimiento de las empresas como un proceso de innovación y diversificación, así como de nuevos diseños y reasignación de recursos.

En consecuencia, como afirma la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2020) en una de sus conclusiones «un proceso continuo de crecimiento y transformación estructural solamente puede sustentarse en la transformación continua y en el enriquecimiento de la base de conocimientos y los sistemas de creencias de la sociedad. Dicho de otro modo, el motor que impulsa el crecimiento es el aprendizaje social. Los propios ODS reflejan el hecho de que ese aprendizaje se lleva a cabo por distintas vías. La promoción del empleo pleno y productivo (meta 8.5) y del desarrollo empresarial (meta 8.3) forma parte de una estrategia de aprendizaje social que busca ayudar a aprendices y trabajadores a adquirir experiencia, habilidades técnicas y competencias profesionales (ODS 4). Del mismo modo, los emprendedores pueden ganar habilidad a la hora de gestionar el cambio, recombinar recursos y crear valor y empleo. El cambio tecnológico suele generar nuevas oportunidades de aprendizaje, ya que las empresas desarrollan productos innovadores que, a su vez, crean nuevos puestos de trabajo y profesiones más complejas (Vivarelli, 2014; Nübler, 2018)».

3. LA CONSECUICIÓN DE LA INTEGRIDAD AMBIENTAL A TRAVÉS DE LA JUSTICIA SOCIAL

La meta 8.4 del ODS 8, establece la necesidad de reducir la extracción de recursos naturales al tiempo de proteger los ecosistemas que sustentan la vida en nuestro planeta.

48. Penrose 1959. Neffke y Henning 2013, describen la diversificación de las empresas como una actividad de innovación «porque una empresa añade una actividad que es nueva desde el punto de vista de la empresa, pese a que la actividad en sí pueda no ser nueva para el mundo».

Más importante aún, reconoce la compensación entre los objetivos relacionados con el crecimiento y los objetivos ambientales. Porque, las nuevas técnicas agrícolas (monocultivos, pesticidas y fertilizantes) tienen efectos adversos en la biodiversidad vegetal y animal y en los sistemas hídricos. De hecho, la industrialización y la globalización han exacerbado la contaminación del aire, causando emisiones masivas de gases de efecto invernadero. Por tanto, el consumo a gran escala conduce a un gran desperdicio de alimentos y otros recursos, lo que ha causado la aparición de grandes cantidades de microplásticos en ríos, lagos y océanos (SAPEA, 2019)⁴⁹.

El cambio climático está aumentando la intensidad y frecuencia de los fenómenos meteorológicos extremos, como inundaciones, sequías y huracanes (Mata-Sánchez, 2022)⁵⁰.

Este enfoque en la sostenibilidad significa no solo reconocer que el medio ambiente impone restricciones al crecimiento socioeconómico, sino también reconocer la relación entre las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible. A la luz de lo expuesto en la declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno al principio de la Agenda 2030 (párrafo 9):

Aspiramos a un mundo [...] donde sean sostenibles las modalidades de consumo y producción y la utilización de todos los recursos naturales, desde el aire hasta las tierras, desde los ríos, los lagos y los acuíferos hasta los océanos y los mares; un mundo en que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, junto con un entorno nacional e internacional propicio, sean los elementos esenciales del desarrollo sostenible, incluidos el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre; un mundo en que el desarrollo y la aplicación de las tecnologías respeten el clima y la biodiversidad y sean resilientes; un mundo donde la humanidad viva en armonía con la naturaleza y se protejan la flora y fauna silvestres y otras especies de seres vivos.

Para concluir este epígrafe, el ODS 8 propone una nueva estructura transformadora para crear empleos productivos, sostenibles y dignos para todas las mujeres y hombres, así como para los jóvenes, sin discriminación.

La inestabilidad laboral es consecuencia directa de las pocas oportunidades de puestos de trabajo dignos en una sociedad. Que coexisten con barreras de acceso al mercado laboral, jóvenes con escasa capacitación y desigualdades de género en el mercado laboral. Muy alejado del objetivo ODS 8.

En consecuencia, para la consecución del objetivo ODS 8, son necesarias políticas de creación de empleo firmes, apoyadas en una legislación laboral sólida. Políticas que serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

49. SAPEA 2019

50. Mata-Sánchez 2022, 1-309.

4. POLÍTICAS ORIENTADAS A POTENCIAR EL EMPLEO, SIN DISCRIMINACIÓN

4.1. Políticas salariales inclusivas

Para lograr el ODS 8, la economía debe estimularse a través del crecimiento de los ingresos y los salarios. En muchos países, sin embargo, el crecimiento de los salarios ha sido inferior al crecimiento de la productividad laboral, y la participación del trabajo en los ingresos ha disminuido en las últimas décadas. La implementación de una política salarial efectiva y sostenible tiene varias ventajas. En primer lugar, estas políticas ayudan a establecer un patrón de crecimiento económico sostenido basado en el aumento gradual del consumo interno de los grupos de ingresos medios y bajos, estimulando así la inversión de largo plazo y la demanda agregada. En segundo lugar, pueden promover la cohesión social y la movilidad, de modo que el éxito económico de un país sea alcanzado por amplios segmentos de la sociedad. Tercero, pretenden reducir la discriminación en el mercado laboral; por razones de género, por diversidad funcional, entre otras.

Los salarios mínimos son una parte importante de estas políticas, como lo reconoce el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos de 1970 (núm. 131)⁵¹. El análisis muestra que, en países en los que el salario mínimo es suficiente y razonable, los efectos adversos sobre el empleo son mínimos o inexistentes.

Muchos países utilizan la negociación colectiva para establecer normas mínimas y fijar salarios por encima del salario mínimo vigente. De esta manera, los convenios colectivos ayudan a garantizar que una parte justa del valor agregado y las ganancias de productividad se distribuyan entre los trabajadores y sus familias (Grimshaw, 2013)⁵².

Establece la OIT (2020) que el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 (núm. 98)⁵³ ha guiado a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores en el diseño, desarrollo y uso de mecanismos de negociación colectiva durante más de setenta años. Si bien la medida en que se incorporan estos mecanismos varía de un país a otro, los gobiernos pueden tomar medidas políticas para extender el alcance de los convenios colectivos a los no signatarios, mejorando así los efectos de promoción de la equidad de los convenios colectivos. la negociación colectiva (Hayter y Visser, 2018)⁵⁴.

51. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312276

52. Grimshaw, 2013.

53. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098

54. Hayter, Visser 2018.

Por su parte, las políticas fiscales, como los impuestos ecológicos con finalidad extrafiscal pueden respaldar la creación de empleos ecológicos. Según la OIT (2013)⁵⁵, en China se crearon 5 millones de puestos de trabajo a través de su plan de estímulo económico verde.

Todo ello considerando que no es fácil evaluar un impuesto en el sentido de su repercusión ambiental. Porque los impuestos verdes pueden surtir efectos en períodos de tiempo de dos a cinco años y porque este tipo de impuestos ambientales tienen otros efectos secundarios en otros ámbitos, además del medio ambiente, como la innovación y la competitividad, el empleo y el sistema tributario.

La OCDE⁵⁶ define las políticas activas del mercado de trabajo como aquellas encaminadas a «aumentar las oportunidades de empleo de quienes buscan trabajo y mejorar la adecuación entre el empleo (vacantes) y los trabajadores (desempleados)».

En consecuencia, estas políticas promueven la integración de los grupos más desfavorecidos entre los que destacan los jóvenes con poca capacitación y los desempleados de larga duración para garantizar el objetivo del ODS 8 de «no dejar a nadie atrás».

4.2. Políticas para promover el desarrollo de competencias y el aprendizaje a lo largo de la vida

Los futuros puestos de trabajo cada vez dependerán más del aprendizaje permanente, que permite a las personas adquirir nuevas competencias y mejorar las existentes a lo largo de toda su vida. Las políticas de desarrollo de competencias son un componente importante de todo marco general de políticas para lograr los ODS.

Las competencias son un amortiguador que ayuda a los trabajadores y a las empresas a gestionar los posibles efectos negativos que conlleva la reasignación de mano de obra entre sectores y ocupaciones. También funcionan como facilitadoras del progreso tecnológico y la innovación, impulsando así la transformación estructural productiva (OCDE y OIT, 2019)⁵⁷.

4.3. Políticas con perspectiva de género para apoyar el pleno empleo y el trabajo decente

Las mujeres tienen que superar más obstáculos que los hombres para acceder al mercado de trabajo; corren un mayor riesgo de desempleo, y les cuesta más conseguir un trabajo decente, como lo demuestran sus mayores tasas de informalidad en la mayoría de los países y la persistencia de las brechas salariales de género.

55. «El desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes» (2013), *Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo*, 102.ª reunión, Ginebra.

56. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_active-labour-market-policies_es.pdf

57. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2019* (Ginebra).

Lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres (meta 8.5) es esencial para conseguir un crecimiento inclusivo y con perspectiva de género. Aumentar el número y la calidad de los empleos que pueden desempeñar las mujeres contribuirá a reducir las brechas de género en el trabajo. Esto también es pertinente para avanzar hacia la consecución del ODS 5 (Igualdad de género), en particular la meta 5.4, que insta a que se reconozcan, redistribuyan y reduzcan los trabajos de cuidados no remunerados que realizan las mujeres (OIT, 2018d)⁵⁸.

En opinión de Tejani y Milberg (2016) las políticas deben promover la formación profesional para garantizar el empleo de mujeres en sectores de alta productividad, para facilitarles el acceso a áreas de ciencia, tecnología, ingeniería, matemáticas y cibercapacidades. Para que las mujeres puedan acceder a una gama más amplia de trabajos de mayor productividad y acabar con la segregación sectorial y ocupacional.

4.4. Las normas de trabajo y las instituciones del mercado de trabajo, y su función en la promoción de la inclusión, la equidad, la seguridad y la no discriminación

El ODS 8 reconoce el trabajo decente como un motor clave del crecimiento inclusivo.

En efecto, según los datos ofrecidos por la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo de la OIT (2019)⁵⁹, una gobernanza sólida y eficaz del mercado laboral garantiza la estabilidad de los puestos de trabajo y la productividad de los trabajadores.

En relación a los inmigrantes, en la Agenda 2030, se reconoce «la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible». La OIT (2020), declara que la meta 8.8 insta en concreto a que se proteja a «todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes; esta meta está estrechamente vinculada a la meta 10.7, que tiene por objeto facilitar una migración segura, ordenada y bien gestionada».

5. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA

Llegados a este punto, traemos a colación lo que en el ámbito económico se conoce como la «teoría del cisne negro»⁶⁰ del economista Nassim Nicholas Taleb. Un suceso

58. *Care work and care jobs for the future of decent work*, resumen ejecutivo en español titulado El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente, Ginebra.

59. Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra, https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_569909/lang--es/index.htm

60. El creador de esta teoría es el economista Nassim Nicholas Taleb, que la bautizó así porque, hasta la llegada de los primeros exploradores a Australia en el siglo XVII, en Europa se pensaba que todos los cisnes eran blancos. El descubrimiento de este tipo de aves con plumas negras fue un hecho que se consideraba altamente improbable, pero que sucedió y que cambió la percepción que había hasta ese

según Taleb es un cisne negro si reúne dos características: que sea inesperado y que tenga un gran impacto.

En efecto, un cisne negro es lo que se ha producido en el mundo con el fenómeno del Covid 19.

Ante esta situación, ha habido una caída drástica del consumo, del gasto privado.

Ante esta situación, en Europa, se ha reaccionado con políticas Keynesianas⁶¹, sustituyendo el gasto privado por el gasto público.

Surgen entonces un conjunto de medidas –sin precedentes por parte de la UE– que son el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, propuesto por la Comisión Europea en mayo de 2020 con 750.000 millones de euros⁶² y que tiene su origen en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) que obliga a los Estados Miembros a presentar un «Plan de Recuperación y Resiliencia» para poder acceder a los fondos procedentes de este mecanismo financiero.

En España, el Plan de Recuperación y Resiliencia se ha denominado «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (PRTR) y fue aprobado a nivel nacional por la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El PRTR fue aprobado formalmente por la Comisión Europea en junio de 2021 a través de la «Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España» (CID).

El PRTR se estructura en 4 ejes que se concretan en 10 Políticas Palanca en las que se engloban un total de 30 Componentes.

Una de esas políticas, la palanca número 8⁶³, es «nueva economía de los cuidados y políticas de empleo». Formada por 102 reformas y 110 inversiones.

De esos 30 componentes, el número 22 hace referencia al «plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión».

momento. De esta manera, Taleb trata de cuestionar los análisis económicos que se hacen para predecir el futuro mediante una extrapolación de lo que ha ocurrido en el pasado, predicciones que, tarde o temprano, se verán confrontadas por la aparición imprevista de un cisne negro.

61. La política keynesiana, es un tipo de política económica basada en los estudios y recomendaciones del economista británico John Maynard Keynes que se basa en el intervencionismo mediante el cual el Estado aumenta el gasto público, para estimular la demanda y, así, regular la economía.

62. El 16 de febrero de 2022, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) edita la Guía Básica del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/estudios-guias-protocolos/guia-basica-plan-recuperacion.pdf>

63. Políticas de empleo | Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Gobierno de España. (planderecuperacion.gob.es)

Y el 23: «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo».

Este plan está ya aprobado y está actualmente en fase de ejecución mediante la Orden HFP/1030/2021 y la Orden HFT/1031/2021, del Ministerio de Hacienda.

Fondos europeos en fase de ejecución y que se apoyan en tres ámbitos: social, ambiental y tecnológico. Que los pondrán en práctica las administraciones mediante ayudas no reembolsables y préstamos con condiciones ventajosas a partir de este momento y hasta el año 2026.

En la actualidad la regulación de ejecución nacional para el seguimiento de estos fondos se ha concretado en la Orden HFT/1030/2021 y la Orden HFT/1031/2021, del Ministerio de Hacienda.

Entre los condicionantes de ejecución, se encuentran los relativos al medio ambiente (DNSH)⁶⁴ –no causar un daño significativo en ninguno de los objetivos medioambientales⁶⁵–, y entre los que se encuentra como cuarto objetivo la transición hacia una economía circular. Transformación económica y social que describíamos al inicio este trabajo.

En consecuencia, estamos en España –y en Andalucía– ante una oportunidad excelente y única para llevar a cabo estos cambios y políticas tanto en el ámbito social y económico como en el medioambiental.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D.; Robinson, J.A. (2012), *Why nations fail: The origins of power, prosperity, and poverty*, Crown Publishers, Nueva York.
- Altbeker, A.; Bernstein, A. (2017). *No country for young people: The crisis of youth unemployment and what to do about it*, Centre for Development and Enterprise, Johannesburgo.
- Benedit Guillot, M. (2021), *De residuo textil a almohadones de diseño y calidad*, Piloü.
- Benería, L.; Berik, G.; Floro, M.S. (2015). *Gender, development, and globalization: Economics as if all people mattered*, segunda edición, Routledge, Nueva York.
- Bhatt, E.R. (2015), *Anubandh: Building hundred-mile communities*, Navajivan Publishing House, Ahmedabad.

64. “Do No Significant Harm” (DNSH), principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente. Factor regulador de los fondos europeos Next Generation EU.

65. Que son seis: Mitigación del cambio climático. Adaptación al cambio climático. Uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos. Transición hacia una economía circular. Prevención y control de la contaminación. Protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas. https://www.miteco.gov.es/es/ministerio/recuperacion-transformacion-resiliencia/transicion-verde/guidnsh-mitecov20_tcm30-528436.pdf

- Bruce C. Greenwald; Joseph E. Stiglitz, "Externalidades en economías con información imperfecta y mercados incompletos, *The Quarterly Journal of Economics*", volumen 101, número 2, mayo de 1986, 229–264, <https://doi.org/10.2307/1891114>.
- Fernández Liesa, C. R. (2021), *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*. Editorial Aranzadi.
- Flórez, J. J. R.; Rodríguez, J. J. J.; Romero, R. Á. S. (2021), «Economía social como alternativa ante una sociedad post coronavirus», *Revista de ciencias sociales*, 147-162.
- Grimshaw, D. (coordinador) (2017), *Minimum wages, pay equity and comparative industrial relations*, Routledge, Londres.
- Miñarro Yanini, M. (2021), *Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?*, Centro de Estudios Financieros, <http://hdl.handle.net/10234/192859>.
- Murillo, I. P.; Usabiaga, C. (2003), *Estimaciones de la tasa de paro de equilibrio de la economía española a partir de la Ley de Okun*, 15-03 Classification-JEL: E24.
- North, D.C. (1990), *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Nueva York.
- Nübler, I. (2011), *Industrial policies and capabilities for catching up: Frameworks and paradigms*, Employment Sector Working Paper, 77, Ginebra, OIT.
- Pérvier, H. (2018), «Recesión, austeridad y género. Análisis comparado de ocho mercados de trabajo europeos», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 137, núm. 1, 1-40.
- Polanyi, K. (1944), *The great transformation: The political and economic origins of our time*, Farrar & Rinehart. Nueva York.
- Revuelta Pérez, I; Ochoa Monzó, J. (2021), *Economía circular y responsabilidad social*, Editorial Aranzadi.
- Rodrigo, M. J. (Ed.) (1994), *Contexto y desarrollo social*, 21-43, Síntesis, Madrid.
- Sánchez Bravo, A. (Ed.) (2021) *Sensibilidad, sociología y derecho: libro homenaje al Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Departamento de Filosofía del Derecho, <https://hdl.handle.net/11441/127147>.
- Schumpeter, J.A. (1911), *The theory of economic development: An inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle*, Harvard University Press, Cambridge.
- Sennett, R. (2008), *The craftsman*, Yale University Press, New Haven.
- Strasser, S.; McGovern, C.; Judt, M. (coordinadores), (1998), *Getting and spending: European and American consumer societies in the twentieth century*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Tejani, S.; Milberg, W (2016), «Global defeminization Industrial upgrading and manufacturing employment in developing countries», *Feminist Economics*, vol. 22, núm. 2, 24-54.

- <http://www.rreuse.org/wp-content/uploads/Final-briefing-on-reuse-jobs-website-2.pdf>
- <https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/es/fundacion-ellen-macarthur/la-fundacion>
- <https://drive.google.com/file/d/1VHuacfetduxOc7DQz60qlemAfGbHdo5Y/view>
- <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024>
- <https://ecoembesdudasreciclaje.es/reducir-reutilizar-reciclar/>
- <https://es.greenpeace.org/>
- https://www.aborgase.com/wp-content/uploads/2021/09/PIRec_2030_Definitivo_compressed.pdf
- <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/>
- <https://www.deustoformacion.com/blog/gestion-empresas/10-ejemplos-logistica-inversa>
- https://www.giec.es/doc/i_plan_accion_eco_circular_2021_2023.pdf
- https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_629917/lang-es/index.htm
- <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/planificacion-evaluacion-estadistica/planes/detalle/150292.html>
- <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/180521-enlace-residuos.aspx>
- <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/estrategia/>
- https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/recuperacion-transformacion-resiliencia/transicion-verde/guiadnshmitecov20_tcm30-528436.pdf
- <https://www.remanufacturing.fr/es/paginas/principios-remanufactura.html>
- <https://www.residuosprofesional.com/reciclaje-de-biorresiduos-nicho-de-empleo-para-discapacitados/>
- <https://www.un.org/es/conferences/environment/newyork2015>
- <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/climate-change-and-the-environment/rio20-conference>

LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES PERSONALES EN LOS INSTITUTOS DE EDUCACIÓN SECUNDARIA (IES) I DE ANDALUCÍA: EL PLAN DE CONVIVENCIA

THE ORGANISATION OF PERSONAL RELATIONS IN ANDALUSIAN HIGH SCHOOLS: THE COEXISTENCE PLAN

María José Gómez-Torres
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0002-4797-3681
gomeztor@us.es

RESUMEN: En este trabajo se presenta un análisis de la normativa sobre la que se basa el funcionamiento de los Institutos de Educación Secundaria (IES) de Andalucía. El interés se centra en uno de sus documentos organizativos: el Plan de Convivencia. En este documento se recogen las normas que rigen las relaciones interpersonales en el centro y los protocolos de actuación frente a situaciones que perturban la convivencia en los centros (acoso escolar, maltrato infantil, violencia de género y disconformidad con la identidad de género del estudiantado). Este análisis de la normativa estimula nuestro interés por acceder a los documentos organizativos de una selección de institutos de Sevilla y provincia para conocer la estructura y el contenido del Plan de Convivencia publicado en sus páginas web. Los resultados muestran el riguroso seguimiento de la normativa vigente por parte de los centros públicos en la elaboración y publicación de sus documentos organizativos, así como el escaso uso de la autonomía organizativa de la disfrutaban los centros, a la luz de la escasa originalidad encontrada en los documentos analizados.

1. Estudio integrado dentro del proyecto de investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social (US-1264479) financiado por la Junta de Andalucía. Grupo de Investigación SEJ-322.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 233-253
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.10>

PALABRAS CLAVE: Enseñanza secundaria, legislación educativa, relaciones interpersonales.

ABSTRACT: This paper presents an analysis of the regulations on which the functioning of high schools in Andalusia is based. The focus is on one of its organisational documents: the Coexistence Plan. This document sets out the rules governing interpersonal relations in the centre and the protocols for action in situations that disrupt coexistence in the centres (bullying, child abuse, gender violence and disagreement with the gender identity of the student body). This analysis of the regulations stimulates the interest in accessing the organisational documents of a selection of high schools in Seville and the province in order to find out about the structure and content of the Coexistence Plan published on their websites. The results show the strict compliance of public schools with the regulations in force regarding the preparation and publication of their organisational documents, as well as the scarce use of the organisational autonomy enjoyed by the schools, in the light of the scarce originality found in the documents analysed.

KEYWORDS: Secondary education, educational legislation, human relations.

SUMARIO: I. LA AUTONOMÍA PEDAGÓGICA, ORGANIZATIVA Y DE GESTIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS: EL PLAN DE CENTRO. 1.1. Diversas perspectivas adoptadas en la concepción y la elaboración de los documentos integrantes del Plan de Centro. 2. EL PLAN DE CONVIVENCIA DE LOS INSTITUTOS DE EDUCACIÓN SECUNDARIA. 2.1. Protocolos de actuación frente a situaciones que afecten al clima relacional del centro educativo. 2.1.1. Protocolos de actuación en supuestos de acoso escolar y de violencia de género en el ámbito educativo (Anexo I y Anexo III, respectivamente, de la Orden de 20 de junio de 2011). 2.1.2. Protocolo de actuación en caso de maltrato infantil (Anexo II de la Orden de 20 de junio de 2011). 2.1.3. Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz (Orden de 28 de abril de 2015). 3. SONDEO EXPLORATORIO PARA CONOCER LA ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DEL PLAN DE CONVIVENCIA EN UNA MUESTRA DE IES DE SEVILLA Y SU PROVINCIA. 3.1. Procedimiento y centros analizados. 3.2. Entrevista al equipo directivo del IES Doña Leonor de Guzmán (Alcalá de Guadaíra, Sevilla). 4. RESULTADOS Y CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA AUTONOMÍA PEDAGÓGICA, ORGANIZATIVA Y DE GESTIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS: EL PLAN DE CENTRO

Los Institutos de Educación Secundaria (IES) son centros docentes públicos en los que se imparten las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), Bachillerato, Formación Profesional Inicial y Educación Permanente de personas adultas. Como centros docentes públicos cuentan con autonomía pedagógica, organizativa y

de gestión² lo que les ofrece la oportunidad de diseñar e implementar su propio modelo de funcionamiento. Este modelo de organización se materializa en un conjunto de documentos, o archivo principal, denominado Plan de Centro. Este archivo, con los documentos que lo configuran, tiene carácter plurianual, pudiéndose acometer, cuando sea necesario, las adaptaciones y/o modificaciones que se prescriban o que se consideren necesarias. Igualmente, el Plan de Centro tiene carácter público, siendo responsabilidad del propio centro la tarea de facilitar su conocimiento a la ciudadanía en general y, en especial, a la comunidad educativa del mismo.

En consonancia con las características de la sociedad en la que se encuentran las instituciones educativas españolas, y atendiendo a los objetivos señalados por la Ley 17/2007 de Educación de Andalucía (LEA, 2007)³ que indican, de manera expresa, el fomento de la democracia, de sus valores y procedimientos como inspiradores del funcionamiento de los centros y de las prácticas educativas que en ellos se desarrollan, el Plan de Centro se aprueba de manera democrática con la participación de la comunidad educativa a través del Consejo Escolar, quedando todo el personal del centro educativo obligado a cumplirlo, al igual que la comunidad educativa vinculada a él.

En concreto, el Plan de Centro se compone de diversos documentos que rigen los aspectos educativos, reglamentarios, de gestión y relacionales entre las personas vinculadas a la entidad educativa. Se identifican tres documentos principales: el Proyecto Educativo, el Reglamento de Organización y Funcionamiento y el Proyecto de Gestión. Junto a estos se añaden otros tres que pueden incluirse de manera independiente o integrados en alguno de los ya mencionados que son: el Plan de convivencia, las programaciones didácticas y el informe de Autoevaluación. El proceso de elaboración y aprobación del Plan de Centro por los IES se materializa en un modelo de actuación genuino, singular y adaptado al contexto⁴ cuando se hace uso de la flexibilidad organizativa y de funcionamiento que ofrece la legislación. De esta manera, los documentos que integran el Plan de Centro se conciben como herramientas que permiten una mejor adaptación al contexto en el que se integran los modelos centros en la consecución de la mejora y excelencia educativa desde la equidad.

1.1. Diversas perspectivas adoptadas en la concepción y la elaboración de los documentos integrantes del Plan de Centro

El escenario ideal en la elaboración e implementación del Plan de Centro es aquel en el que los responsables de la institución educativa emprenden la tarea de crear los

2. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE, 2006). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-7899-consolidado.pdf>.

3. De 10 de diciembre.

4. Ruiz Corbella, Bernal Guerrero, Gil Cantero, Escámez Sánchez 2012; Torrago Seijo y Martínez Virseda 2014.

documentos que posibilitan su funcionamiento, y la consecución de sus metas formativas, plasmando en ellos la singularidad de cada centro docente en particular. Sin embargo, esta es una tarea ardua que requiere tiempo y esfuerzo, lo que puede condicionar que su elaboración no alcance los niveles de originalidad deseables para adaptar su propuesta formativa al contexto y la comunidad educativa a la que atiende. En el caso del Proyecto Educativo de Centro se han identificado varias metáforas⁵ que ayudan a entender la postura adoptada por los responsables de la elaboración de los documentos organizativos de los centros y que ejemplifican la concepción que se tiene de los mismos. Por analogía, ya que el Proyecto Educativo de Centro es un documento organizativo, tomamos prestadas esas metáforas asociándolas al Plan de Centro en su totalidad y al modo erróneo en el que pueden concebirse los documentos que lo constituyen. Se trata de alegorías, no excluyentes entre sí, que escenifican diversas formas de concebir la autonomía pedagógica y de gestión en la elaboración de los documentos organizativos. Las siguientes metáforas muestran, así, diferentes formas de concebir los documentos y de abordar su elaboración:

- A. *Como un salvoconducto*. Cuando representa la puesta al día administrativa que permita cumplir con los requisitos que marca la legislación. El formato y el contenido que se introduce en los documentos que componen el Plan de Centro se ciñen al modelo señalado normativamente. De esta manera, los documentos que integran el Plan de Centro no surgen, en su totalidad, de la necesidad sentida y compartida por la comunidad escolar, por lo que no es fruto de la reflexión o consenso sobre los aspectos que se contemplan en los distintos documentos.
- B. *Como moneda de cambio*. Cuando requiere que el Plan de Centro contenga los documentos prescritos (educativos, reglamentarios, organizativos, de gestión y para la convivencia) como requisito imprescindible para poder optar a los recursos, compensaciones o legitimaciones disponibles, o bien para poder homologar, acreditar o reconocer el centro en cuestión.
- C. *Como unas actividades prácticas en un gabinete de producción de facsímiles*. Esta metáfora se refiere a aquellos documentos organizativos del centro que son copias o reproducciones, duplicados o réplicas, de los documentos de otros centros, o bien de los modelos normativos aportados por las administraciones educativas.
- D. *Como la adquisición de una prenda prêt-à-porter debidamente ajustada a la talla del usuario*. Representado por los centros que han seguido de manera estricta un proceso de elaboración deductivo partiendo de modelos estandarizados (como ocurre con los protocolos) ofrecidos por las administraciones mediante las normas que se promulgan. Se trata, en todo caso, de adaptaciones y

5. Antúñez 2008, 75-76.

contextualizaciones en las que no intervienen procesos inductivos deseables, que implican partir de la práctica cotidiana del centro para construir un modelo de funcionamiento propio resultado de procesos de reflexión y acuerdos respecto a los principios generales que se han de introducir.

- E. *Como un viaje gratuito*. Cuando se dispone de un modelo genérico aportado por la administración es fácil recurrir a estos, ya que supone un ahorro de tiempo y esfuerzo considerable en el proceso de búsqueda de consenso de los contenidos que se van a plasmar en los documentos que se elaboren.
- F. *Como una representación teatral*. En esta imagen, los documentos organizativos de los centros se transforman en una simulación, donde el contenido viene dado con anterioridad, sin que la comunidad educativa haya participado en su elaboración.

2. EL PLAN DE CONVIVENCIA DE LOS INSTITUTOS DE EDUCACIÓN SECUNDARIA

El funcionamiento y la organización de los IES está regulada por el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria introducido por el Decreto 327/2010⁶ que ordena los distintos documentos que componen el Plan de Centro de los IES. Atendiendo al tema que nos ocupa, nos centraremos en el documento cuya finalidad última consiste en favorecer, alcanzar y mantener un clima relacional e interpersonal válido en los institutos de enseñanza secundaria que asegure el logro de los procesos de enseñanza-aprendizaje que son el objetivo último de las organizaciones educativas: el Plan de Convivencia. La convivencia se define en el Decreto 327/2010 como la meta y condición necesaria para el buen desarrollo del trabajo del alumnado y el profesorado en los centros educativos, recogiéndose entre los derechos del alumnado (artículo 3.h) y los de las familias (artículo 12.i) el derecho a ser informados de las normas de convivencia establecidas en el centro. Queda, por tanto, incluido el Plan de Convivencia dentro del Plan de Centro en el Decreto 327/2010, en cuyo artículo 24.1. señala los apartados que debe contener y que se presentan seguidamente:

- A. Diagnóstico del estado de la convivencia en el centro y, en su caso, conflictividad detectada en el mismo, así como los objetivos a conseguir.
- B. Normas de convivencia, tanto generales del centro que favorezcan las relaciones de los distintos sectores de la comunidad educativa, como particulares del aula, y un sistema que detecte el incumplimiento de las normas y las correcciones que, en su caso, se aplicarían de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Título.
- C. Composición, plan de reuniones y plan de actuación de la comisión de convivencia.

6. Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/139/2>.

- D. Normas específicas para el funcionamiento del aula de convivencia del centro, a que se refiere el artículo 25.
 - E. Medidas a aplicar en el centro para prevenir, detectar, mediar y resolver los conflictos que pudieran plantearse.
 - F. Funciones de los delegados y de las delegadas del alumnado en la mediación para la resolución pacífica de los conflictos que pudieran presentarse entre el alumnado, promoviendo su colaboración con el tutor o la tutora del grupo.
 - G. Procedimiento de elección y funciones del delegado o de la delegada de los padres y las madres del alumnado, entre las que se incluirá la de mediación en la resolución pacífica de conflictos entre el propio alumnado o entre este y cualquier miembro de la comunidad educativa.
2. El plan de convivencia contemplará la figura del delegado o delegada de los padres y madres del alumnado en cada uno de los grupos. Será elegido para cada curso escolar por los propios padres, madres o representantes legales del alumnado.

Esta norma recoge la creación y funcionamiento de la comisión de convivencia, define la figura de los delegados y delegadas del alumnado, de los padres y las madres, así como, la creación y funcionamiento de las Aulas de convivencia, dirigidas al tratamiento individualizado del alumnado que deba recibir medidas disciplinarias (artículo 25), y dedica el Capítulo III a establecer las normas de convivencia básicas que deben atenderse tanto en los centros públicos como en los centros privados concertados sostenidos con fondos públicos. Dentro del Capítulo III, en la Sección 1ª Disposiciones generales, dicta la obligatoriedad de establecer normas de convivencia por parte del centro educativo (artículo 30.1), señalando los principios que las rigen (artículo 30.2), los fundamentos en los que se sustentan las correcciones y las medidas disciplinarias (artículo 31), la gradación de las mismas (artículo 32), así como, los ámbitos de las conductas a corregir, que abarcan tanto aquellas que se produzcan en el instituto y sus instalaciones, como aquellas que se realicen por cualquier medio, aunque se produzcan fuera del recinto o del horario escolar, pero que afecten al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes del alumnado perteneciente al IES (artículo 33).

El Decreto 327/2010, Capítulo III Sección 2ª, relaciona las conductas que se consideran contrarias a las normas de convivencia y las medidas correctivas ante su incumplimiento, definiendo en su artículo 34. 1. las conductas contrarias a las normas de convivencia como aquellas “*que se opongan a las establecidas por los institutos conforme a la normativa vigente*” señalando, expresamente, las siguientes:

- A. Los actos que perturben el normal desarrollo de las actividades de la clase.
- B. La falta de colaboración sistemática del alumnado en la realización de las actividades orientadas al desarrollo del currículo, así como en el seguimiento de las orientaciones del profesorado respecto a su aprendizaje.
- C. Las conductas que puedan impedir o dificultar el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber de estudiar por sus compañeros y compañeras.

- D. Las faltas injustificadas de puntualidad.
- E. Las faltas injustificadas de asistencia a clase.
- F. La incorrección y desconsideración hacia los otros miembros de la comunidad educativa.
- G. Causar pequeños daños en las instalaciones, recursos materiales o documentos del centro, o en las pertenencias de los demás miembros de la comunidad educativa.

Diferencia el Decreto 327/2010 entre las conductas contrarias a las normas de convivencia y las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia (artículo 37.1) determinando entre las segundas las siguientes circunstancias:

- A. La agresión física contra cualquier miembro de la comunidad educativa.
- B. Las injurias y ofensas contra cualquier miembro de la comunidad educativa.
- C. El acoso escolar, entendido como el maltrato psicológico, verbal o físico hacia un alumno o alumna producido por uno o más compañeros y compañeras de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado.
- D. Las actuaciones perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa del centro, o la incitación a las mismas.
- E. Las vejaciones o humillaciones contra cualquier miembro de la comunidad educativa, particularmente si tienen una componente sexual, racial, religiosa, xenófoba u homófoba, o se realizan contra alumnos o alumnas con necesidades educativas especiales.
- F. Las amenazas o coacciones contra cualquier miembro de la comunidad educativa.
- G. La suplantación de la personalidad en actos de la vida docente y la falsificación o sustracción de documentos académicos.
- H. Las actuaciones que causen graves daños en las instalaciones, recursos materiales o documentos del instituto, o en las pertenencias de los demás miembros de la comunidad educativa, así como la sustracción de las mismas.
- I. La reiteración en un mismo curso escolar de conductas contrarias a las normas de convivencia del instituto a las que se refiere el artículo 34.
- J. Cualquier acto dirigido directamente a impedir el normal desarrollo de las actividades del centro.
- K. El incumplimiento de las correcciones impuestas, salvo que la comisión de convivencia considere que este incumplimiento sea debido a causas justificadas.

2.1. Protocolos de actuación frente a situaciones que afecten al clima relacional del centro educativo

El artículo 34 del Decreto 19/2007, referido a la actuación e intervención ante conductas de maltrato, discriminación o agresión⁷, deposita en la Administración educativa la tarea de establecer, mediante un protocolo específico, los procedimientos

7. De 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de la Paz y la Mejora de la Convivencia en los centros educativos sostenidos por fondos públicos.

específicos para actuar e intervenir, en los supuestos ya señalados, para garantizar tanto la seguridad y la protección del alumnado como las condiciones óptimas de aprendizaje en el entorno educativo. En el desarrollo de este artículo, la Junta de Andalucía publica la Orden de 20 de junio de 2011 por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos⁸. Esta norma centra su objetivo en la regulación (artículo 1) del procedimiento de actuación frente a conductas de acoso escolar, maltrato infantil, situaciones de violencia de género en el ámbito educativo y agresiones al profesorado y personal del centro educativo. La Orden de 20 de junio de 2011 es modificada mediante la publicación de la Orden de 28 de abril de 2015⁹ que añade un nuevo protocolo a los anteriormente señalados, en esta ocasión dirigido a regular la actuación en situaciones relacionadas con la identidad de género del alumnado en el sistema educativo andaluz, como legislación que desarrolla las premisas indicadas en la Ley 2/2014 integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en Andalucía¹⁰.

Nuestra atención se centrará en los protocolos que afectan al alumnado recogidos en la Orden del 20 de junio de 2011—acoso escolar, maltrato infantil y violencia de género— y en la Orden 28 de abril de 2015 que añade el protocolo para actuaciones relacionadas con la identidad de género del estudiantado. Previamente a la presentación de los protocolos (Anexos I, II y III) la Orden de 20 de junio de 2011 aporta la regulación del Plan de Convivencia de los centros docentes públicos tomada, literalmente, del Decreto 327/2010 ya recogido en este trabajo. En cada caso, la presentación del protocolo, con la descripción de los pasos establecidos para la intervención, está precedida por una breve introducción que informa sobre el concepto, tipo y características de las conductas y situaciones a las que aluden los protocolos.

2.1.1. Protocolos de actuación en supuestos de acoso escolar y de violencia de género en el ámbito educativo (Anexo I y Anexo III, respectivamente, de la Orden de 20 de junio de 2011)

Tanto para las situaciones de acoso escolar como para las de violencia de género en el entorno educativo se establecen los mismos pasos, es decir, el mismo protocolo por lo que es aplicable en ambas situaciones. Antes de detallar el contenido del protocolo común describimos el marco conceptual sobre el que se sustentan

8. BOJA, núm. 132 de 7 de julio de 2011.

9. Por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. BOJA, núm. 96 de 21 de mayo de 2015.

10. De 8 de julio. BOE, núm. 193 de 9 de agosto de 2014.

actuaciones según el caso que se trate. Por una parte, la norma define el acoso escolar como el maltrato psicológico, verbal o físico hacia un alumno o alumna producido por uno o más compañeros y compañeras de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado. La manifestación del acoso puede producirse de diversas maneras: exclusión y marginación, agresión verbal, vejaciones y humillaciones, agresión física indirecta o directa, intimidación, chantaje, amenazas, acoso por medios tecnológicos, acoso o agresión contra las libertades y la orientación sexual, acoso o abuso sexual. Para que una conducta se considere acoso escolar deben darse las siguientes condiciones: intencionalidad, repetición, desequilibrio de poder, indefensión y personalización, existir un componente colectivo o grupal y la presencia de observadores pasivos.

Por otra parte, la violencia de género se entiende como cualquier manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres que se ejerce sobre estas por el hecho de serlo. Implica cualquier acto de violencia basada en género que tenga, o pueda tener, consecuencias, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo las amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en el ámbito público como el privado. En el entorno educativo, el artículo 14 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, dispone que la dirección de los centros educativos y los consejos escolares serán los responsables de adoptar los protocolos de actuación y las medidas necesarias para la detección y atención a los actos de violencia de género dentro del ámbito escolar en sus diversas presentaciones: física, psicológica, económica, sexual y abusos sexuales.

Los doce pasos que incorporan los protocolos indicados en la Orden de 20 de junio de 201, para las situaciones de acoso escolar y de violencia de género en el ámbito educativo, son los siguientes:

1. Identificación y comunicación de la situación. Cualquier persona que integre la comunidad educativa del centro tiene la obligación de comunicar a los responsables del mismo sus sospechas o conocimiento de situaciones de acoso escolar.
2. Actuaciones inmediatas. Reunión del equipo directivo con los tutores de los grupos a los que pertenecen los alumnos y las alumnas implicados y la persona asignada del Departamento de Orientación para coordinar recogida de información, su análisis y valoración de la situación y las medidas a tomar. El contenido de la reunión, o reuniones, será registrado por escrito e informado el Servicio Provincial de Inspección de Educación.
3. Medidas de urgencia. Medidas tomadas para salvaguardar al estudiante acosado que incluyen el apoyo y la ayuda, así como, medidas cautelares hacia el acosador o acosadores.

4. Traslado a las familias o personas responsables del alumnado el caso, la situación y las medidas adoptadas.
5. Traslado al resto del profesorado que atiende al estudiante o estudiantes afectados.
6. Recogida de información de diferentes fuentes (documentos, observación e informes) realizada por la dirección del centro que concluye con la elaboración de un informe sobre los datos obtenidos y las conclusiones extraídas de su análisis.
7. Aplicación de correcciones y medidas disciplinarias en función de lo establecido en el plan de convivencia del centro, y, en cualquier caso, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del Título V de los Decretos 327/2010 y 328/2010, ambos de 13 de julio.
8. Comunicación a la comisión de convivencia del informe realizado por la dirección.
9. Comunicación a la inspección educativa. El equipo directivo remitirá el informe al Servicio Provincial de Inspección de Educación, sin perjuicio de la comunicación inmediata del caso, tal como se establece en el Paso 2 del protocolo.
10. Medidas y actuaciones a definir. El equipo directivo, con el asesoramiento de la persona o personas responsables de la orientación educativa en el centro y, si fuera preciso, del Gabinete Provincial de Asesoramiento sobre la Convivencia Escolar y de la inspección educativa referirán las medidas a tomar que garanticen el tratamiento individualizado tanto de la víctima como de la persona o personas agresoras, incluyendo actuaciones específicas de sensibilización para el resto del alumnado; así como para el alumnado observador. Todo ello, sin perjuicio de que se apliquen al alumnado acosador las medidas correctivas recogidas en el plan de convivencia.
11. Comunicación a las familias o responsables legales del alumnado las medidas y actuaciones de carácter individual, organizativo y preventivo propuestas para el grupo, nivel y centro educativo, observando en todo momento la necesaria confidencialidad absoluta en el tratamiento del caso.
12. Seguimiento del caso por parte de la inspección educativa que abarca las medidas adoptadas, las actuaciones definidas y aplicadas, y la situación escolar del alumnado implicado.

2.1.2. *Protocolo de actuación en caso de maltrato infantil*
(Anexo II de la Orden de 20 de junio de 2011)

Se entiende por maltrato infantil cualquier acción, omisión o trato negligente, no accidental, por parte de los padres o madres, cuidadores o cuidadoras o instituciones,

que comprometa la satisfacción de las necesidades básicas del menor o la menor, e impida o interfiera en su desarrollo físico, psíquico y/o social. En concreto la norma identifica varios tipos de maltrato: físico, psicológico-emocional, pasivo por negligencia o abandono físico/cognitivo, abuso sexual, corrupción, explotación laboral, Síndrome de Munchausen, maltrato prenatal, retraso no orgánico en el crecimiento y maltrato institucional. Para identificar los indicadores y niveles de gravedad (leve, moderado o grave) en función de la tipología del maltrato se debe consultar el Manual de instrucciones para la cumplimentación y tramitación de la hoja de detección y notificación del maltrato infantil, editado por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

El protocolo diseñado para atender los supuestos casos de maltrato infantil se inicia con los mismos pasos que en los casos de acoso escolar o violencia de género en el ámbito educativo:

1. Identificación y comunicación de la situación
2. Actuaciones inmediatas para continuar con actuaciones específicas como las siguientes:
3. Servicios médicos. En el caso de posibles lesiones el alumnado menor de edad será acompañado por un miembro del equipo educativo para que sea valorado o valorada clínicamente. La familia será informada de estas actuaciones y el informe o parte de lesiones se adjuntará al expediente abierto por mediación del protocolo.
4. Evaluación inicial. El departamento o equipo de orientación realizará una evaluación inicial del caso, a instancias de la dirección del centro, con la colaboración e información que aporten la familia, los tutores, el equipo docente y el menor o la menor.
5. Hoja de Detección y Notificación del maltrato infantil. La información obtenida deberá determinar el nivel de gravedad del maltrato, en caso de existir, que deberá hacerse constar en el ejemplar de la Hoja de Detección y Notificación cuando sea cumplimentada.
6. Derivación en función de la gravedad. La norma señala el procedimiento de actuación en función de cada nivel de gravedad contemplado (leve, moderado y grave). La pauta de intervención concluye con la evaluación y el seguimiento del caso, paso 7 del protocolo para atender supuestos casos de maltrato infantil.

2.1.3. Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz (Orden de 28 de abril de 2015)

Como introduce la Orden de 28 de abril de 2015, la declaración de disconformidad con su identidad de género en menores de edad puede llevar aparejada, en algunos

casos, una situación de vulnerabilidad especial en la que pueden llegar a verse involucrados en episodios conflictivos que obstaculizan la integración y favorecen el rechazo social, lo que podrá llegar a desembocar en abandono o fracaso escolar, y en su futuro personal y profesional. El protocolo dirigido a las personas disconformes con su identidad de género aconseja desarrollar actuaciones que permitan atenderlas adecuadamente en el ámbito educativo, contando con sus familiares y su entorno, para conseguir su plena integración social y evitar posibles situaciones de rechazo, discriminación o transfobia. Se incide en la norma en importancia de la formación y la sensibilización como medidas preventivas y de intervención ante estas circunstancias. La Orden de 28 de abril de 2015 dispone las actuaciones distribuyéndolas en cuatro ámbitos en el protocolo:

1. Comunicación e identificación. Cuando se notifique al centro, por parte del entorno del alumno o la alumna, una identidad de género que no coincida con el sexo asignado al nacer, la dirección del centro docente trasladará esta información al equipo docente y al Equipo de Orientación Educativa o al Departamento de Orientación, según el caso, con el objetivo de identificar sus necesidades educativas y adoptar las medidas de sensibilización e información necesarias para asegurar el respeto a su identidad de género y su plena integración en el centro docente, contando con el consentimiento expreso del padre, madre o sus representantes legales en el caso del alumnado menor de edad.
2. Medidas organizativas y educativas en el centro. En interés del alumno o alumna transexual se adoptarán las siguientes medidas incluidas en plan de igualdad del centro:
 - a) Dirigirse al alumno o alumna por el nombre elegido.
 - b) Adecuar la documentación administrativa del centro docente (listas de clase, boletín informativo de calificaciones, carnet de estudiante, etc.) al nombre elegido.
 - c) Garantizar la plena libertad en el uso de la vestimenta con la que el alumno o la alumna se sienta identificado/a.
 - d) Se evitarán en el centro actividades diferenciadas por sexo.
 - e) Se garantizará que el alumnado transexual tenga acceso a los aseos y vestuarios que le corresponda de acuerdo con su identidad de género.
3. Actuaciones de sensibilización, asesoramiento y formación dirigidas a la comunidad educativa. Estas actuaciones persiguen el reconocimiento y normalización de la realidad transexual, incluyendo actividades de autoconocimiento, conocimiento mutuo, empatía, aprecio y comunicación para favorecer la cohesión del grupo, así como, la formación de la comunidad educativa en general respecto a la diversidad sexual, haciendo especial hincapié en el conocimiento de la realidad transexual.

4. Medidas de prevención, detección e intervención ante posibles casos de discriminación, acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género. Se toma como referencia las medidas incluidas en el Plan de Convivencia y los protocolos ya existentes para atender las situaciones mencionadas.
5. Coordinación entre administraciones involucradas en la respuesta a las personas disconformes con su identidad de género escolarizadas en institutos de enseñanza.

3. SONDEO EXPLORATORIO PARA CONOCER LA ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DEL PLAN DE CONVIVENCIA EN UNA MUESTRA DE IES DE SEVILLA Y SU PROVINCIA

Como se ha señalado ya, la normativa exige la elaboración del Plan de Centro y la publicación de los documentos organizativos a todos los centros financiados con dinero público. En el caso de los centros de titularidad privada la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LOE, 1985) dispone en el Capítulo III que los centros privados, no concertados, gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, el proceso de selección de su profesorado y de admisión del alumnado, así como su plan de convivencia y su régimen económico (artículo 25). El órgano que regula la participación de la comunidad educativa en los centros privados es, es por tanto, el Reglamento de Régimen Interior (artículo 26). De este modo, los centros privados no financiados con fondos públicos tienen, igualmente, la obligación de redactar sus documentos regulatorios de carácter educativo, organizativo y de gestión, dentro del espacio de autonomía que les ofrece la LOE (1985) y de hacerlos públicos como se establece en el artículo 22.2 de la citada Ley: “*El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento de los distintos miembros de la comunidad educativa por el titular*”. En este sentido, poder disponer de los documentos organizativos de los centros en sus páginas web institucionales ha representado gran una ventaja al permitirnos acceder a dichos ficheros de primera mano.

3.1. Procedimiento y centros del sondeo realizado

Ante todo, es preciso aclarar que el sondeo que se ha llevado a cabo carece de cualquier intencionalidad estadística o de rigor científico en el proceso de selección de la muestra, ya que no se pretendía tal cosa. En este caso, el estudio de la normativa vigente respecto a la elaboración y configuración del Plan de Convivencia de los IES en Andalucía nos lleva a cuestionarnos de qué manera estructuran y recogen el Plan de Convivencia, aprobado por sus respectivos consejos escolares, los institutos públicos de educación secundaria en la comunidad autónoma andaluza, en concreto los

pertencientes a la provincia de Sevilla. Como consecuencia de esta indagación inicial acometimos el mismo proceso de exploración entre algunos centros privados, y privados concertados, con la idea de descubrir si existen diferencias o similitudes significativas entre los distintos tipos de centro educativo y la redacción de su Plan de Convivencia.

La relación de IES publicada por la Junta de Andalucía¹¹ ha permitido acceder a los nombres y ubicaciones de los 190 institutos que conforman la red de centros de Sevilla y su provincia. Las localidades fueron agrupadas por número de habitantes y se señaló la distancia entre los municipios y la capital. La denominación del instituto y la localidad fueron criterios de búsqueda suficientes para acceder los documentos organizativos del centro mediante su página web institucional. El acceso a las páginas web de los centros y a los documentos se realizó entre los meses de noviembre y diciembre de 2021, accediendo y analizado el contenido tanto el Reglamento de Organización y Funcionamiento como el Plan de Convivencia publicados por los institutos. En las siguientes tablas (Tabla 1, Tabla 2 y Tabla 3) se muestra la relación de centros a los que se ha tenido acceso a sus documentos organizativos disponibles en sus páginas web (30 institutos públicos, 14 centros privados concertados y 6 centros privados).

Tabla 1. Relación de IES públicos de Sevilla y provincia

Nº	Nombre IES públicos	Población	Nº habitantes	Km
1	Gerena	Gerena	7.674	35
2	Maestro José Zamudio	Pruna	2.605	69
3	José Saramago	Marinaleda	2.592	82
4	Atalaya	Casariche	5.429	99
5	Carlos Cano	Pedreira	5.158	88
6	Palomares	Palomares del Río	8.843	17
7	Heliche	Olivares	9.466	27
8	Ramón y Cajal	Tocina	9.486	46
9	Pepe Ruíz Vela	Villaverde del Río	7.842	32
10	Al-Ándalus	Arahal	19.533	30
11	Cantillana	Cantillana	10.736	34

11. BOJA, núm. 210, 29 de octubre 2020, páginas 88-101.

Nº	Nombre IES públicos	Población	Nº habitantes	Km
12	Tartessos	Camas	27.560	17
13	Arrabal	Carmona	28.834	28
14	San José	Coria del Río	30.908	15
15	Luís Vélez de Guevara	Écija	39.893	75
16	Hipatia	Mairena del Aljarafe	46.555	16
17	Ostippo	Estepa	12.497	88
18	Virgen de Consolación	Utrera	50.962	16
19	Albero	Alcalá de Guadaíra	75.533	5
20	Doña Leonor de Guzmán	Alcalá de Guadaíra	75.533	5
21	Al-Guadaira	Alcalá de Guadaíra	75.533	5
22	Cristóbal Monroy	Alcalá de Guadaíra	75.533	5
23	Gonzalo Nazareno	Dos Hermanas	135.050	4,8
24	Galileo Galilei	Dos Hermanas	135.050	4,8
25	Mariana Pineda	Dos Hermanas	135.050	4,8
26	Hermanos Machado	Dos Hermanas	135.050	4,8
27	Olivar de la Motilla	Dos Hermanas	135.050	4,8
28	El Arenal	Dos Hermanas	135.050	4,8
29	Blas Infante	El Viso del Alcor	19.324	27
30	Pablo Neruda	Castilleja de la Cuesta	17.516	63

Fuente: elaboración propia

Tabla 2. Relación de centros privados concertados de Sevilla y provincia integrantes del sondeo

N ^a	Centros privados concertados	Localidad	Habitantes	Km
1	Santa Joaquina de Vedruna	Sevilla	684.234	0
2	Bienaventurada Virgen María	Sevilla	648.234	0
3	Compañía de María	Sevilla	648.234	0
4	Inmaculado Corazón de María	Sevilla	648.234	0
5	Itálica	Sevilla	648.234	0
6	Lope de Vega	Sevilla	648.234	0
7	Luisa de Marillac	Sevilla	648.234	0
8	María Auxiliadora	Sevilla	648.234	0
9	Salesianos-Santísima Trinidad	Sevilla	648.234	0
10	Antonio Gala	Dos Hermanas	135.050	4,8
11	Aljarafe	Mairena del Aljarafe	46.555	69
12	Al-Ándalus 2000	Tomares	25.455	66
13	Santa Ángela	Osuna	17.621	55
14	Santa Isabel	Marchena	19.329	62

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3. Relación de centros privados de Sevilla y provincia

N ^o	Centros privados	Localidad	Población	Km
1	Hihglads School Sevilla	Dos Hermanas	135.050	4,5
2	St. Mary's School	Sevilla	648.234	3
3	Alminar	Dos Hermanas	135.050	12
4	Los Rosales	Sevilla	648.234	5
5	Tabladilla	Sevilla	648.234	9
6	Entreolivos	Sevilla	648.234	9

Fuente: elaboración propia.

3.2. Entrevista al equipo directivo del IES Doña Leonor de Guzmán (Alcalá de Guadaíra, Sevilla)

En la exploración realizada destaca un IES que incluye dentro de su Plan de Convivencia los cuatro protocolos aportados por la administración en la Orden de 20 de junio de 2011 y en la Orden de 28 de abril de 2015. Se trata del instituto IES Doña Leonor de Guzmán¹² que se encuentra situado en la localidad de Alcalá de Guadaíra. El hecho de encontrar en su Plan de Convivencia los cuatro protocolos indicados por la administración conduce a pensar que podría tratarse de un centro especialmente sensibilizado con la situación del alumnado no identificado con su identidad de género y las actuaciones que deben acometerse para atender su situación personal. A este respecto tomamos contacto con el equipo directivo del IES Doña Leonor de Guzmán cuyo personal accedió, amablemente, a responder por escrito a una entrevista que les fue remitida por correo electrónico, evitándose una cita presencial ante la situación de contagios por la Covid-19 durante las primeras semanas de 2022. Las respuestas obtenidas por parte de los responsables del instituto se presentan a continuación.

La primera de las preguntas gira en torno al hecho de que sea el único centro, dentro de nuestra muestra, que incluye los cuatro protocolos aportados por la Orden de 20 de junio de 2011 y la Orden de 28 de abril de 2015, ya que no es habitual encontrarlos en los documentos de otros institutos, especialmente el protocolo dirigido a las personas no identificadas con su género. Para los responsables del IES Doña Leonor de Guzmán es una iniciativa que *“surge simplemente de la obligatoriedad de incluir en el Proyecto de Centro toda normativa que se va regulando a nivel autonómico y que afecte a nuestro alumnado y sobre la que tenga alguna competencia el centro educativo”*. Preguntados por las ocasiones en las que ya han recurrido a este protocolo concreto sobre identidad de género, desde que se incorporó a los documentos del centro en el año 2015, responden que se ha puesto en marcha en *“tres ocasiones. Tenemos dos casos que están a la espera por razones ajenas al centro”*. Con respecto al proceso de aplicación del protocolo les preguntamos sobre cómo suele iniciarse el mismo, a lo que responden que *“se inicia desde el momento en que los tutores legales del alumno/a firman el consentimiento de inicio del protocolo”*.

También solicitamos información sobre la forma en que se toma contacto con la familia y si, quizás, es la familia la que contacta con el centro a lo que nos responden: *“Así es, son las familias la que nos informan cuando ya quieren buscar soluciones a las posibles dificultades derivadas de la disconformidad que presentan sus hijos/las. En algún caso también hemos sido informados durante las reuniones mantenidas con los tutores de 6º primaria establecidas dentro del programa de tránsito (primaria-secundaria).”*

12. Nuestro agradecimiento a los responsables del equipo directivo del IES Doña Leonor de Guzmán (Alcalá de Guadaíra) que tan amablemente se han prestado a responder a nuestras preguntas.

Actualmente tenemos dos casos en los que aún no se ha iniciado el protocolo. En uno de los casos, la familia ha sido citada para firmar el consentimiento, pero no ha acudido aún. En el otro caso, la alumna no quiere o no se siente preparada para contar lo que le ocurre a su familia, que tiene unas características muy particulares”.

Desde la experiencia que ya poseen en el centro nos interesa saber qué circunstancias suelen impedir, o han impedido, aplicar el protocolo en situaciones de disconformidad del estudiantado con su género. Reiteran los casos en los que *“las familias no son conocedoras, o no quieren asumir la realidad de sus hijos, o no están preparadas para actuar y, por tanto, no acuden al centro a pedir que se tome ninguna clase de medida o si son conocedoras, pero no acuden al centro aún habiendo sido citadas por algún motivo que desconocemos”.* En los casos tratados en el IES Doña Leonor de Guzmán la valoración de las necesidades especiales del estudiantado disconforme con su identidad de género, una vez obtenido el consentimiento familiar, es tarea del *“el equipo educativo, el equipo directivo y el departamento de orientación del centro”.*

Puesto que en el protocolo se indica la realización de actuaciones informativas, formativas y de sensibilización hacia la comunidad educativa les preguntamos sobre la periodicidad de estas actuaciones y su contenido concreto, a lo que nos responden indicando: *“Una vez al año acude al centro la Fundación Triángulo para formar al alumnado en materia del colectivo LGTBI. En ocasiones se ha hecho alguna actividad de concienciación a través del Plan de Igualdad del centro (por ejemplo: con la lectura de un manifiesto cuando ha habido algún suicidio a raíz del malestar que puede sentir una persona a la que se aísla, insulta o agrede por este tipo de motivos). Desde el Programa Forma Joven se ha formado a alumnos mediadores sobre educación sexual y colectivo LGTBI que ellos transmiten al resto. Se tiene previsto este año que dos alumnas se preparen tutorías sobre las personas transgénero y compartan sus conocimientos con los demás alumnos. En alguna ocasión, cuando ha hecho falta, se ha intervenido en el aula a través de la tutoría, cuando se ha detectado rechazo hacia algún miembro transgénero del grupo”.* Y, por último, recurriendo nuevamente a su experiencia les solicitamos que nos aporten sugerencias, observaciones o consejos para el profesorado de otros centros en los que se deba atender al alumnado no conforme con su identidad de género. La respuesta del equipo directivo señala: *“Simplemente que se incluya toda la normativa vigente en el Proyecto de centro, que se cumpla y se haga buen uso de ella. No somos expertos en la materia, sólo velamos por el bienestar de todo nuestro alumnado sea cual sea su circunstancia como en todos los centros educativos, y el actuar conforme dictan los protocolos es lo debemos hacer”.*

4. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

La lectura y análisis del Plan de Convivencia de los centros seleccionados nos ha permitido comprobar en qué términos y con qué nivel de originalidad aparece redactado,

en cada caso, este documento organizativo. Es necesario comenzar señalando que todos los centros cumplen estrictamente con la legalidad vigente al contar con los documentos requeridos y publicados a disposición de la comunidad educativa. Este hecho se ha podido comprobar en todas las modalidades de centros educativos: en los públicos, en los privados concertados y en los de titularidad exclusivamente privada.

En todos los casos se sigue la misma estructura y contenido dispuesto en el Decreto 327/2010, en la Orden de 20 de junio de 2011 y en la orden de 28 de abril de 2015, pudiéndose decir que se trata de reproducciones textuales de la norma. En algunos de los documentos se hace evidente la necesidad de actualizar las referencias legislativas que se indican, como la de seguir considerando normativa vigente la LOMCE (2013)¹³ y omitir la nueva legislación, LOMLOE (2020)¹⁴ cuya entrada en vigor ha derogado la anterior.

El Plan de Convivencia suele aparecer habitualmente como un documento independiente, aunque también se encuentra dentro del Reglamento de Organización y Funcionamiento acompañando las normas generales del centro (horarios, normas generales del centro y las aulas). En ningún caso se han encontrado restricciones específicas a la vestimenta o al uso de símbolos religiosos, y sí respecto al uso del teléfono móvil, consumo de alcohol o drogas. Esta elaboración tan lineal, sujeta al enunciado de la normativa, se produce en todos los centros, sea cual sea la localidad, su número de habitantes o la distancia que lo separe de la capital de la provincia.

Solo el IES Doña Leonor de Guzmán incluye todos los protocolos en el Plan de Convivencia de manera literal al texto de la legislación. De la entrevista a los responsables del instituto se extrae el interés del centro por mantener los documentos del centro actualizados para cumplir con la normativa y el aprendizaje que aporta las experiencias previas en situaciones relacionadas con el estudiantado disconforme con su identidad de género. El protocolo indicado por la Administración marca las pautas a seguir y su procedimiento es ágil cuando se cuenta con un entorno familiar receptivo con la situación del hijo o hija. El IES Doña Leonor de Guzmán emprende actuaciones formativas para la comunidad educativa y cumple con las normas establecidas en el Plan de Convivencia por lo que se adoptan medidas de prevención e intervención independientemente de que se precise la activación del protocolo.

En conclusión, una vez revisados los documentos de los institutos puede decirse que la búsqueda lleva a recordar las metáforas ya señaladas¹⁵ y entendidas como formas de concebir y elaborar los documentos organizativos del centro. En este sentido destacan especialmente las metáforas que se asocian con un salvoconducto, un

13. Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2013 (Derogada)

14. Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de Educación. BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020.

15. Antúnez 2008, op.cit.

facsímil o un viaje gratuito. En última instancia, se ha puesto en evidencia que, en lo que respecta al Plan de Convivencia, la escasa originalidad en la estructura y contenido de los documentos analizados, por lo que puede afirmarse que no se hace un uso real de la autonomía de la que disfrutaban los centros educativos a la hora de regir su funcionamiento y relaciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

Antúnez Marcos, Serafín (2008), *El Proyecto Educativo de centro*, Barcelona, Editorial Graó.

Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la Cultura de la Paz y para la mejora de la convivencia en los centros educativos sostenidos con fondos públicos. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2007/25/2>. [consulta: 10/10/2021]

Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/139/2>. [consulta: 16/09/2021]

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-8608>. [consulta: 10/09/2021]

Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. BOE, núm 38, de 13 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-2493>. [09/09/2021]

Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía. BOJA, núm 252, de 26 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2008/BOE-A-2008-1184-consolidado.pdf>. [3/09/2021].

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2013 (Derogada). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12886-consolidado.pdf>. [consulta: 4/10/2021]

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de Educación. BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17264. [consulta: 6/09/2021]

Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2011/132/1>. [consulta: 11/09/2021]

- Orden de 28 de abril de 2015, por la que se modifica la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2015/96/1>. [consulta: 11/09/2021]
- Ruiz Corbella, Marta; Bernal Guerrero, Antonio; Gil Cantero, Fernando; Escámez Sánchez, Juan (2012), *Ser uno mismo: repensando la autonomía y la responsabilidad como coordenadas de la educación actual*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 59-81. Disponible en: <https://www.torrossa.com/en/resources/an/3024076>.
- Torrego Seijo, Juan Carlos y Martínez Virseda, Concepción (2014), Claves para el desarrollo del Plan de Convivencia en los centros educativos desde una perspectiva integral, *Qualitative Research in Education*, 3(1), 83-113, doi: <https://doi.org/10.4471/qre.2014.37>.

UN ACERCAMIENTO DE LA REGULACIÓN DE LAS
PRESTACIONES POR VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO
A LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR TALES PRESTACIONES
A LAS PAREJAS QUE HAN CONTRAÍDO MATRIMONIO¹

(Breves notas a las modificaciones producidas en la protección de viudedad de las parejas de hecho en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)

BRINGING THE REGULATION OF WIDOWHOOD BENEFITS
FOR COMMON-LAW COUPLES CLOSER TO THE PROTECTION
AFFORDED BY SUCH BENEFITS TO MARRIED COUPLES

(Brief notes on the changes to widowhood protection for common-law couples in Law 21/2021, of 28 December, on guaranteeing the purchasing power of pensions and other measures to reinforce the financial and social sustainability of the public pension system)

Juan Carlos Álvarez Cortés
Universidad de Málaga
ORCID: 0000-0002-8082-6114
juancarlos@uma.es

1. El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028.

RESUMEN: se analiza en la presente aportación las modificaciones realizadas en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, que llevan consigo una mejora de las condiciones de acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia por parte de los supervivientes de las parejas de hecho, aunque aún quedan algunos flecos para conseguir una igualdad absoluta con respecto a las parejas casadas.

PALABRAS CLAVE: Prestaciones por muerte y supervivencia, pensión de viudedad, parejas de hecho.

ABSTRACT: this contribution analyses the modifications made in Law 21/2021, of 28 December, which lead to an improvement in the conditions of access to death and survivors' benefits for survivors of unmarried couples, although there are still a few details to achieve absolute equality with respect to married couples.

KEYWORDS: Death and survivors' benefits, widowhood pensions, common-law couples, unmarried couples.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA. 2. NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN INICIAL DE LA PROTECCIÓN DE VIUEDAD PARA LAS PAREJAS DE HECHO. 3. CASI QUINCE AÑOS PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR VIUEDAD PARA ACERCAR SU REGULACIÓN A LAS PAREJAS CASADAS. 3.1 Pensión de viudedad de parejas de hecho (art. 221 LGSS). 3.2 Prestación temporal de viudedad (se incluye a las parejas de hecho) art. 222 LGSS. 3.3 Pensión de viudedad de parejas de hechos en supuestos excepcionales. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Nadie pone en duda que la familia constituye una de las instituciones centrales de nuestra sociedad y ello es porque es en el seno de la misma donde se construye la identidad individual y social de las personas.

Es por ello por lo que en la Constitución Española se le ha querido otorgar una protección específica en su art. 39.1, estableciéndose que los poderes públicos han de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Ha de recordarse, no obstante, que dicho precepto se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica, por lo que de conformidad con el art. 53.3 de la CE, necesitan de un desarrollo legal por parte de los poderes públicos que concrete las medidas específicas de protección establecidas para las familias y, sólo producido ese desarrollo legal, podrá reclamarse este derecho ante los Tribunales². En

2. Artículo 53.3 CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes

cualquier caso, con el desarrollo legal se trataría de dotar a las familias de los medios necesarios para el correcto desarrollo de las funciones que socialmente desempeñan.

Esto es, será el legislador ordinario, ante la falta de concreción de la propia CE, el que tenga que fijar las medidas, acciones y objetivos concretos, y que estarán probablemente vinculados a la realidad social y económica que se viva en cada momento, que habrán de adoptarse en cada momento para que pueda cumplirse la protección que establece el art. 39 de la CE. Así pues, serán fundamentales las diversas medidas que desde los distintos “poderes públicos” (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones Locales) se lleven a cabo para conseguir este objetivo general, además de para intentar conseguir “la pacífica y libre convivencia de los distintos modelos familiares, así como el reconocimiento de todas estas nuevas fórmulas, de acuerdo a las previsiones del art. 9.2 CE”³.

El primer problema que nos encontramos es definir qué se entiende por familia, ya que no hay una definición constitucional de la misma, quizás en la precaución de los redactores de la Carta Magna de que los cambios sociales incidirían en la configuración de los distintos, y futuros, modelos de familia.

Y es que, hechos como la incorporación de la mujer al trabajo, el descenso del número de matrimonios y la proliferación de las uniones de hecho o *more uxorio*, la introducción de nuevas culturas que permiten la poligamia, el aumento de las familias “monoparentales”, el aumento de las parejas del mismo sexo, el reconocimiento de las situaciones de adopción o acogimiento (en cualquiera de sus modalidades), etc., han permitido observar la proliferación de distintos y nuevos de modelos de familia.

Además, en la CE se recogen dos preceptos diferenciados para el matrimonio y la familia, lo que nos da a entender que el matrimonio, regulado en el art. 32 CE, no ha de suponer el único origen de la familia que ha de ser protegida, de conformidad al art. 39 CE, y que en dicho precepto tienen cabida otras muchas realidades sociales que pueden entenderse como verdaderos núcleos familiares⁴.

De hecho, observando la doctrina del Tribunal Constitucional, para el mismo no existe un único modelo de familia, indicándose claramente que la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio, sino también a la familia como realidad social, “entendiendo como tal a la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable” de las personas⁵.

públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.”

3. *Vid.* MORGADO PANADERO 2004.

4. Aunque en algún que otro momento, el Tribunal Constitucional ha confundido “las realidades matrimonial y familia”, lo cual es absolutamente normal, como indican TORRES DEL MORAL 1992.

5. Véanse las SSTC 184/1990, 222/1992; 126/1994, por todas, la STC 47/1993 indica que “la Constitución no protege a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia

La indefinición constitucional de la familia permite que el legislador pueda concretar la protección exigida por el art. 39.1 CE en las distintas normas de conformidad a las necesidades particulares de distintas realidades familiares específicas, por lo que el concepto de familia puede variar en las distintas normas que pretenden protegerla (civiles, administrativas, fiscales, laborales o penales).

Pues bien, por lo que nos interesa, el Derecho de la Seguridad Social es una de las ramas del ordenamiento jurídico que pretende cumplir con el mandato de la protección social y económica de la familia indicado en el art. 39 de la CE. Siguiendo a AGUILERA IZQUIERDO, la protección “más directa” se lleva a cabo a través de las prestaciones familiares, donde “la carga familiar es el objeto del aseguramiento” (al menos en las no contributivas). Otras prestaciones familiares “indirectas” donde “no se trata de compensar las cargas familiares, sólo de proteger de una u otra forma a la familia”, serían las de nacimiento, adopción o acogimiento de hijo y cuidado del menor (anteriormente denominadas de maternidad, paternidad), riesgos durante el embarazo y durante la lactancia, cuidado de hijos con cáncer y enfermedades graves (cuya edad se ha elevado recientemente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022) y prestaciones por muerte y supervivencia⁶.

Y es que, respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia, que son las que en este momento nos interesan, las mismas tienen como fin “salvaguardar una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente del matrimonio por el fallecimiento del cónyuge”. Ahora bien, desde el momento en que los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia son “miembros de la unidad familiar a los que se les exige además convivencia y dependencia económica del sujeto causante, también está dispensando, aunque sea indirectamente, un grado de protección a dicha familia”⁷.

Conectando con la indefinición del concepto de familia por parte de la Constitución, en específico ámbito de la Seguridad Social, se ha planteado qué tipo de relaciones familiares deben de proteger los poderes públicos⁸, y ha sido precisamente en materia de prestaciones de muerte y supervivencia donde el Tribunal Constitucional ha tenido que justificar la opción legislativa por un determinado modelo de familia, la basada en el matrimonio, aunque no respecto de los hijos ya que los mismos “son iguales ante la ley” independientemente de la naturaleza de su filiación.

como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”. También, y en especial, véase el comentario que sobre las mismas realiza GONZÁLEZ PORRAS 1992.

6. *Vid.*, AGUILERA IZQUIERDO 2009, pág. 68 y sigs. Aunque realmente creemos que prestaciones “familiares indirectas” son en realidad todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, contributivas o no contributivas, ya que con las mismas viene a cubrirse carencia de rentas de las personas, que sirven de soporte necesariamente a la economía familiar en la que se integra.

7. Nuevamente, AGUILERA IZQUIERDO 2009.

8. En este sentido *vid.* LÓPEZ TERRADA 2008, p. 19.

En cualquier caso, la Seguridad Social debe de proteger “todo tipo de relación estable de familia”, quedando al margen el vínculo que la origine, siendo lo único relevante la existencia de una continuidad, no sólo en el tiempo, sino también en los lazos afectivos que vinculan a las partes, teniendo en cuenta que dentro de los amplios límites establecidos por la Constitución debe aplicarse en cada momento el concepto de familia que sea adecuado a la “realidad social vigente”⁹.

No obstante ello, conviene retener que el Tribunal Constitucional se remite a su doctrina consolidada sobre “el amplio margen del legislador para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones (ejemplo: la pensión de viudedad) en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales, y las necesidades de los diversos grupos sociales”. Es decir, si las diferencias de trato se amparan en “causas y fundamentos razonables”, no serán contrarias al artículo 14 CE¹⁰.

2. NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN INICIAL DE LA PROTECCIÓN DE VIUEDAD PARA LAS PAREJAS DE HECHO

Como se ha advertido anteriormente el modelo de familia tradicional viene experimentando importantes transformaciones en los últimos años, en la obligación de proteger a la familia que establece el art. 39.1 de la CE, los poderes públicos deben de tratar eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección. En este sentido, la Seguridad Social trata de proteger a la familia como institución que agrupa a distintas personas que se prestan ayuda mutua, otorgándoles prestaciones en situaciones de necesidad.

Numerosos estudios doctrinales, propuestos por sociólogos y juristas, abordan la necesidad de modulación y adaptación de los Ordenamientos jurídicos vigentes a los cambios continuos que tienen lugar en la Sociedad¹¹. Llevadas a cabo distintas regulaciones en el Derecho de familia, desde la regulación de adopción y acogimiento hasta el matrimonio homosexual (regulado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) hasta las distintas regulaciones autonómicas de las parejas de hecho, también tuvieron que realizarse modificaciones respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia para adaptarla a las nuevas realidades familiares¹², lo cual se produjo inicialmente en

9. *Vid.*, ARGÜELLES BLANCO 1998, pág. 22 y sigs.

10. Así lo indica ROJO TORRECILLA 2004.

11. *Vid.* CUENCA ALCAINE 2010

12. Como ha indicado OJEDA AVILÉS 2008: “La pensión de supervivencia merece una reordenación porque no solo asistimos a la radical evolución de las pautas sociales, con la proliferación de las

la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social en la que posteriormente incidiremos.

Desde su creación, las prestaciones por muerte y supervivencia han sido una de las que menos modificaciones ha sufrido, y las recibidas, en líneas generales lo han sido para mejorar la acción protectora (aumento de los porcentajes, compatibilidad con el matrimonio, elevación de la edad de los huérfanos, etc.). Por ello, en distintos Informes del Pacto de Toledo se ha hecho referencia a la necesidad de modificar la regulación de la protección por muerte y supervivencia con la finalidad de obtener prestaciones adecuadas a la realidad actual. De hecho, en el propósito de modernización de la protección de las prestaciones por muerte y supervivencia siempre se ha tenido en mente abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica, de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. La Recomendación 13 del Pacto de Toledo de 2020¹³ se mantiene en la necesidad de “una reforma integral” de la viudedad para acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares, así como o a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables”¹⁴.

La génesis de la protección por viudedad de las parejas de hecho en nuestro sistema de Seguridad Social se encuentra en primer término en la DA 54^a de la Ley 30/2005, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, proclamaba una reforma que de la pensión de viudedad”, que posibilitara el acceso a las uniones de hecho a las pensiones de viudedad. No cabe duda de que la realidad, cada vez más extendida, de convivencia familiar a través de las uniones de hecho tenía que ser atendida en este aspecto ya por el legislador¹⁵. Consecuencia directa, y más o menos inmediata, fue la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas

parejas de hecho, el aumento de las viudas «históricas», los matrimonios del mismo sexo, la poligamia lícita y otras situaciones impensables hace pocos años, sino también a una mutación del estereotipo de viudas que nuestra sociedad española ofrece”, en “Reformulación de la pensión de viudedad.

13. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF, p. 69.

14. Una idea que no es nueva, sin duda, ya que es algo que se ha visto anteriormente. Recuérdese la DA 54^a de la Ley 30/2005, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, que proclamaba la necesidad de “una reformulación global de la pensión de viudedad”, teniendo el Gobierno que presentar, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley a tal efecto, que “se dirija a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”.

15. Como indican RODRÍGUEZ PIÑERO y PARDELL VEA 1998

en materia de Seguridad Social en la que se adoptaron entre otras regulaciones que afectaban a distintas prestaciones de la Seguridad Social, e incluso a las prestaciones por muerte y supervivencia¹⁶, se otorgaba la pensión de viudedad a los supuestos de parejas de hecho y también respecto del auxilio por defunción y de las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de una contingencia profesional.

Sin duda, de aquélla reforma de 2007, la medida que más impacto mediático causó fue la referida a la concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho¹⁷.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional impuso limitaciones al reconocimiento de la pensión de viudedad para parejas no casadas ya que indicó que matrimonio y unión de hecho no era realidades equivalentes, justificando dicha diferenciación de trato en que el matrimonio viene configurado constitucionalmente como un derecho de los ciudadanos (art. 32 CE), con la consiguiente generación de derechos y deberes entre las partes, lo que no ocurría con la convivencia *more uxorio* (SSTC 45/1989 y 184/1990)¹⁸. Por todo ello, y a pesar de que las uniones de hecho podrían considerarse como familia dicha igualdad “entre una y otra clase de familia no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales” (STC 74/1997). “Por todo ello, no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquéllas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales... siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan

16. Por lo que se refiere a las prestaciones por viudedad, de forma sintética podríamos decir que los puntos más relevantes de la reforma fueron:

- Que la pensión de viudedad recuperara su carácter de renta de sustitución y, por tanto, quede reservada a aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites.

- Se modificaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad, en caso de matrimonio, cuando el fallecimiento del causante sea por enfermedad común.

- Se cambiaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en el caso de las personas separadas judicialmente o divorciadas.

- Se estableció la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pudiera rebasar el importe de la base reguladora del sujeto causante.

A ellos ha de añadirse el deseo “sine die” establecido por la DA 25ª de la Ley 40/2007 de que el Gobierno elaborara un estudio, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, por lo que aún no nos encontramos con la “reformulación” de la pensión de viudedad que también se solicita por la doctrina. En este sentido, GALA DURÁN 2007.

17. Decimos que mediático ya que la reforma tiene un impacto reducido en la práctica pues se calcula que sólo se incrementen las pensiones de viudedad en sólo un 2,7%, los requisitos establecidos hacen que, a pesar de que las uniones de hecho constituyan un porcentaje “mucho mayor con relación a las uniones formalizadas en matrimonio”, se dejen fuera de estas prestaciones a todas las parejas “que no han optado por el registro, que son la mayoría”, en este sentido LAMARCA I MARQUES. y ALASCIO CARRASCO, 2007, 4.

18. Véase, nuevamente, MORGADO PANADERO, 384.

convivir *more uxorio*” (STC 184/1990)¹⁹. Consecuencia lógica es que se observaron numerosas sentencias que impedían causar derecho a la pensión de viudedad a los sobrevivientes de las parejas de hecho²⁰.

No obstante, esta última sentencia citada, la STC 184/1990, recuerda que es de configuración legal el acceso a las pensiones de viudedad, por lo que perfectamente, el legislador podría reconocer una pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho.

Habiendo decidido el legislador regular el acceso a las pensiones de viudedad para las uniones de hecho, no lo ha hecho en la misma medida que para las parejas casadas. Como decía la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, “habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de la prestación de viudedad”, por lo que la regulación de las pensiones de viudedad para los supervivientes de las parejas de hecho se aleja de la establecida para los supérstites de una relación matrimonial.

Tan es así, que para que el superviviente de una pareja de hecho pueda acceder a la pensión de viudedad, además de acreditar una cierta dependencia económica que varía según la existencia de hijos comunes, y una doble exigencia de acreditación de la duración de la convivencia, de un lado, con el certificado de empadronamiento y, de otro, la existencia de la pareja de hecho mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o con el otorgamiento de documento público.

Esto es, de un lado, se exige la demostración de la convivencia ininterrumpida durante cinco años sería más que suficiente para acreditar esta “análoga relación de afectividad a la conyugal” que “conlleva también una convivencia estable y notoria, es decir una convivencia ‘*more uxorio*’ en plena vida común, cual si de verdadero matrimonio se tratase”²¹. De otro lado, la existencia como pareja de hecho “oficializada” (registrada en oficina pública o mediante documento público) con dos años de antigüedad anteriores a la muerte del trabajador.

Parece un requisito excesivo, se trata de dos exigencias como si se tratase de dos cuestiones distintas y no lo son ya que la convivencia durante cinco años, “absorbería”, a mi juicio, al otro de los requisitos ya que lo que se pretende es acreditar la estabilidad de la situación²². Y es que, hablar de parejas estables no casadas implica

19. Por más reciente, la STC 69/2007, de 16 de abril, vuelve a reiterar que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

20. Vid BLANCO PÉREZ-RUBIO 1992. Alguna sentencia justificó la denegación de las pensiones de viudedad a las parejas de hecho en la “inexistencia de recursos económicos del sistema” para afrontar el pago de las mismas, (SCT 126/1994).

21. Como define SAMPEDRO CORRAL 2008, 109.

22. En sentido parecido, MOLINS GARCÍA-ATANCE 2008, 109.

“referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección”²³.

3. CASI QUINCE AÑOS PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR VIUEDAD PARA ACERCAR SU REGULACIÓN A LAS PAREJAS CASADAS²⁴

Dentro de la avalancha normativa que nos hemos encontrado a finales de 2021, la ley 21/2021 ha venido a regular determinados aspectos de Seguridad Social importantes para el sistema, no solo para su sostenibilidad o para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Entre ellos, se ha regulado algo importante: una mejora de la protección de las prestaciones de viudedad que tienen relación con las parejas de hecho²⁵.

Ha de recordarse que la regulación civil en materia de parejas de hecho, en las que algunas Comunidades Autónomas tienen facultades para legislar, ha podido suponer que el concepto de pareja de hecho pueda no tener uniformidad en todo el territorio nacional. Por ello, la DA 3ª de la Ley 21/2021, mandata al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la realización de un análisis de la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social para que, en el plazo de un año, pueda determinarse su alcance “en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional”.

En caso de fallecimiento del trabajador, su cónyuge superviviente tendrá derecho a pensión de viudedad (siempre y cuando el trabajador cumpliera los requisitos necesarios de inmatriculación y, en su caso, período de carencia) a no ser que, sin haber hijos comunes, el matrimonio no hubiere tenido al menos un año de antigüedad y se hubiese tratado de una muerte causada por una enfermedad común diagnosticada y conocida antes del matrimonio.

Pero el régimen jurídico para las parejas de hecho, hasta la Ley 21/2021 no era idéntico a las parejas casadas.

3.1 Pensión de viudedad de parejas de hecho (art. 221 LGSS)

Desde 2007, la pareja de hecho sobreviviente también tiene derecho a pensión de viudedad, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o

23. Nuevamente, CUENCA ALCAINE, op. cit.

24. *Vid., in extenso*, FERNÁNDEZ HENARES 2021

25. *Vid., in extenso*, DÍAZ ANARTE, 2022, 105 y ss.

reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219, se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho.

Con esta reforma, se produce un avance importantísimo ya que, desde la misma, no se exige la demostración de dependencia económica o de carencia de rentas, a partir de 1 de enero de 2022²⁶.

Se entiende por pareja de hecho la que estaba unida al causante en el momento de su muerte, en la forma prevista por la ley. Además, los supervivientes “no casados” tienen que probar un doble requisito:

- Acreditar la existencia de la pareja de hecho durante un mínimo de 2 años anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión²⁷. Aunque ha de decirse que en el momento actual hay una cierta disensión entre la doctrina del Tribunal Supremo de la sala de lo social y la sala de lo contencioso administrativo respecto del modo de acreditar este requisito²⁸.

26. Hasta la Ley 21/2021, para que el sobreviviente de la pareja de hecho pueda tener derecho a la pensión de viudedad, además de los requisitos de convivencia y certificación de la relación de hecho con una cierta temporalidad previa, la LGSS establece la exigencia de unos requisitos económicos:

- A. En caso de que existan hijos comunes: el sobreviviente habrá de demostrar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período.
- B. En caso de inexistencia de hijos comunes: los ingresos del sobreviviente del año natural anterior serán inferiores al 25 por ciento del total de los comunes de la pareja de hecho. Ambas medidas intentan, parece, demostrar la “dependencia económica” del sobreviviente respecto de la pareja de hecho.
- C. Como regla de cierre o de garantía de acceso a la pensión para las clases más desfavorecidas, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del Salario Mínimo Interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que, en caso de hijos comunes, se incrementará en 0,5 veces la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

27. La Sala IV ha mantenido en reiteradas sentencias, la existencia de un requisito constitutivo y “*ad solemnitatem*” otorgado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre otras STC 40/2014 respecto de los requisitos para acreditar la existencia de pareja de hecho. Así pues, es, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, obligada inscripción de la pareja de hecho en el registro de la Comunidades Autónomas, registro del Ayuntamiento o mediante documento público (SSTS de 4 de febrero de 2015, de 10 de febrero de 2015, de 29 de abril de 2015 o de 16 de diciembre de 2015).

28. Así, la STS 480/2021 de 7 de abril de 2021, de la Sala Contencioso Administrativo, en sentencia en el fundamento de derecho cuarto señala: “Aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden distinto, no parece justificado, en principio, que, ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurren elementos que lo justifiquen. Los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica se resentirían”. Y esta sentencia finaliza aplicando un criterio de absolutamente flexible (para clases pasivas) al admitir que la existencia de pareja de hecho, se pueda acreditar no solo con la inscripción en un registro específico autonómico o municipal, o mediante documento público, sino también

- En caso de que no tengan hijos en común, habrá de acreditarse la convivencia como pareja, durante un mínimo de 5 años ininterrumpidos. Aunque, se establece la novedad de no exigir la convivencia mínima para parejas de hecho con descendencia, lo cual es un avance, aún queda lejos de equipararse al matrimonio, especialmente, cuando hay parejas del mismo sexo a las que les resulta complicado engendrar, cuando no adoptar para tener descendencia (art. 221.2 LGSS introducido por la Ley 21/2021).

Además, de forma análoga a la separación o divorcio, se modifica el art. 221.3 LGSS para contemplar la disolución de la pareja de hecho y atribuirle efectos en materia de prestaciones por viudedad.

Así, cuando la pareja de hecho se extinga por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente cuando, además de concurrir los requisitos al causante (alta, periodo de carencia, etc.), no haya constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados en el apartado 2 ni contraído matrimonio.

Asimismo, se requerirá que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria y que ésta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Cláusula introducida, probablemente, por la influencia de la doctrina del Tribunal Supremo²⁹.

mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

29. *Vid.* STS 908/2020, de 14 de octubre, RJ 2020, 4138.

3.2 Prestación temporal de viudedad (se incluye a las parejas de hecho) art. 222 LGSS

Se permite el acceso a este subsidio a las parejas de hecho, prestación que anteriormente solo estaba prevista para los matrimonios. Lo que viene a realizarse es la inclusión como beneficiarios a las personas sobrevivientes de la pareja de hecho cuando no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar, respectivamente, la existencia de hijos comunes o que su inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o su constitución mediante documento público se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante.

En tales casos, si concurren el resto de requisitos (inmatriculación y, en su caso, carencia de las personas trabajadoras fallecidas) tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

3.3 Pensión de viudedad de parejas de hechos en supuestos excepcionales³⁰.

Para cerrar la regulación, la ley 21/2021 viene a introducir una nueva DA 40 en la LGSS que permite acceder a tales pensiones de viudedad al miembro de la pareja de hecho sobreviviente incluso en el caso en el que se produjera el deceso (hecho causante) con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma prevista por la propia Ley 21/2021. Una regulación de una situación “transitoria” o “extraordinaria” (recuerda en cierto modo la DA 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social que estableció un reconocimiento excepcional de las pensiones de viudedad para parejas de hecho cuando uno de sus miembros hubiera fallecido antes de la entrada en vigor de esta Ley)³¹.

En tal caso, los efectos serían con efectos de la entrada en vigor de la propia DA 40 LGSS y supondría que podrían solicitar la misma durante el año 2022 o, en su caso, los efectos económicos serán desde el día primero del mes siguiente a la solicitud, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos.

Los requisitos previstos y que han de concurrir en estas pensiones “excepcionales son:

- A. Que, a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

30. *Vid.* TALÉNS VISCONTI 2022

31. Recuérdese que el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de febrero de 2013 declaró inconstitucional el requisito exigido de que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”.

- B. Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, según el artículo 221.2 LGSS.
- C. Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. La idea es cubrir a personas que no tengan rentas suficientes o pudieran encontrarse en situación de necesidad.
- D. Que sea solicitada dicha prestación en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma.

En esencia, esta disposición permite que todas aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad por no cumplir con alguno de los requisitos que ahora se han modificado, puedan solicitarla durante el año 2022.

Como se ha dicho, “se trata de brindar la opción a aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad con la regulación anterior, pero que con los nuevos requisitos que entraron en vigor el pasado 1 de enero de 2022 sí que hubieran podido ser beneficiarias de la misma”³².

En definitiva, la nueva regulación de las prestaciones por viudedad para las personas sobrevivientes de una pareja de hecho, lo es “con el objetivo de acercar su regulación a la aplicable en los supuestos de convivencia matrimonial”³³. Aunque aún no puede decirse que se haya equiparado completamente.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Izquierdo, Raquel (2009), “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social” *Foro, Nueva época*, 9.
- Argüelles Blanco, Ana Rosa (1998), *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- Blanco Pérez-Rubio, Lourdes (1992), *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, *Triivium*, Madrid.
- Cuenca Alcaine, Begoña (2010), “El marco jurídico de las uniones de hecho en España”, *Noticias Jurídicas*.
- Díaz Anarte, María Teresa (2022), “Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 4.
- Fernández Henares, Juan (2021), en “Pensión de viudedad en parejas de hecho; novedades introducidas por la Ley 21/2021” <https://conflegal.com/20220128-pension-de-viudedad-en-parejas-de-hecho-novedades-introducidas-por-la-ley-21-2021/>

32. Nuevamente, TALÉNS VISCONTI., op. cit.

33. Como indica, PANIZO ROBLES 2021, 42.

- Gala Durán, Carolina (2007), “Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad”, en <http://www.upf.edu/iuslabor/012007/SeguridadSocialcarolina.pdf> en *Iuslabor* 1/2007.
- González Porras, José Manuel (1992), *Uniones de hecho y pensiones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos.
- Lamarca I Marques, Albert y Alascio Carrasco, L. (2007), “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, *Indret*, 4/2007, disponible en: http://www.indret.com/pdf/485_es.pdf, pág. 4.
- López Terrada, E. (2008) en *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Molins García-Atance, Juan (2008), “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social* 6.
- Morgado Panadero, Purificación (2004), “Las uniones extramatrimoniales ante la Seguridad Social”, *Studia Zamorensia*, Segunda Etapa, Vol. VII.
- Panizo Robles, José Antonio (2021), “Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del sistema de la Seguridad Social. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”, *CEF Laboral Social*.
- Ojeda Avilés, Antonio (2008), “Reformulación de la pensión de viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° extra 74.
- Rodríguez Piñero, Miguel y Pardell Veà, Agnés (1998), “Uniones de hecho y protección social”, en J.M. Martinell y M^a T. Areces (eds.), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2004), en “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho”, Ponencia en les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/4/ert.htm>
- Sampedro Corral, Mariano (2008), en “Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia”, *Revista de Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 74.
- Taléns Visconti, Eduardo (2022), “Un breve comentario sobre la posibilidad de la que disponen las parejas de hecho durante el año 2022 para solicitar una pensión de viudedad a la que no pudieron acceder con anterioridad” en <https://idibe.org/tribunal/breve-comentario-la-posibilidad-la-disponen-las-parejas-hecho-ano-2022-solicitar-una-pension-viudedad-la-no-pudieron-acceder-anterioridad/>
- Torres Del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (1992), “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, *Revista de Derecho Político*, 35.

EL VELO ISLÁMICO, ETERNA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

THE ISLAMIC VEIL, AN ETERNAL CAUSE OF DISCRIMINATION

Dedicado a Mariam

Andrea Elena Grigore
Universidad de Sevilla
andreaelenagrigore@gmail.com

RESUMEN: El velo islámico es una prenda habitual que la mujer musulmana puede usar por motivos religiosos u otros motivos personales. Su uso puede suponer todavía en la actualidad algunos conflictos, sobre todo en el espacio público. Estas situaciones muestran que a la mujer musulmana no siempre le es fácil manifestar sus convicciones religiosas, su identidad cultural o simplemente sus propias elecciones. ¿Se puede hablar de discriminación por motivos religiosos y de discriminación por cuestión de género?

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa; velo islámico; discriminación.

ABSTRACT: The Islamic veil is a garment that Muslim women can wear for religious reasons or another kind of personal reasons. Its use still can cause some conflicts, above all in the public space, in the exercise of the public service... These situations show that it is not always easy for Muslim women to express their religious convictions, their cultural identity or simply their own choices. Can we talk about religious discrimination and gender discrimination?

KEYWORDS: Religious freedom; Islamic veil; discrimination.

SUMARIO: 1.CONTEXTO ACTUAL. 2. LIBERTAD RELIGIOSA Y VELO ISLÁMICO. 3.MARCO LEGAL PROTECTOR. 4.MARCO LEGAL LIMITANTE. 5. EL VELO ISLÁMICO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 269-281
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.12>

EXORDIO: “Cuando perdemos el derecho a ser diferentes, perdemos el privilegio de ser libres” (Charles Evans Hughes)

1. CONTEXTO ACTUAL

El tema del uso del velo islámico sigue estando de actualidad, sin duda alguna, y siguen llegando casos a los tribunales que deben manifestarse sobre si su uso en el espacio público se ajusta a derecho en todo caso. La prohibición ilegítima de su uso, nos hace plantearnos una posible lesión del derecho fundamental de libertad religiosa, pero también una discriminación por motivos religiosos, e incluso una posible discriminación por cuestión de género, en tanto que son las mujeres las que se verían obligadas a prescindir de él.

A pesar de la negativa del poder judicial en lo que respecta al apoyo de la mujer musulmana con velo en su ejercicio profesional, la repercusión que tiene el símbolo religioso del velo islámico en el ámbito laboral, está tan protegido como condicionado por la misma legislación española. Se encuentra por un lado el derecho de libre conciencia y manifestación externa de la religión, que autoriza a la trabajadora musulmana a llevar el velo y el derecho a restringir el uso de este por el empresario por otra, dos derechos que se enfrentan pudiendo repercutir negativamente en el desarrollo de un estado social y de derecho.

El problema del pañuelo, según Ramírez (2011), comienza en Europa en la década de los 80, que coincide con un aumento de la importancia del islam en la movilización política, tanto dentro como fuera del continente. Sin embargo, ha sido el terrorismo fundamentalista el que ha reforzado el rechazo a los musulmanes y el intento de evitar nuevos atentados se utiliza como pretexto para intervenir con acciones bélicas en el mundo musulmán o para imponer normas a la población musulmana residente en Europa, generando todo ello temor y rechazo social hacia toda la población de origen musulmán.

Como es sabido, todas las religiones recomiendan o imponen el cumplimiento de normas de carácter social y religioso a sus fieles, y estos se pueden ver obligados a cumplirlas. Puede ser el caso de la obligatoriedad del uso de una simbología religiosa determinada, ya sea vestimenta u otros objetos que se apreciarán externamente, conocidos como simbología religiosa dinámica. Esto puede suponer, como consecuencia, un conflicto entre dichas normas religiosas y cualquier otra norma impuesta por el ordenamiento jurídico, o con compromisos adquiridos por el ciudadano en el ámbito laboral, por ejemplo.

Estas situaciones conflictivas, en la mayoría de los casos, no están reguladas por el derecho positivo, por lo que deberán ser abordadas desde el reconocimiento del

derecho fundamental de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de la Constitución y también en los textos internacionales¹.

Para las mujeres musulmanas y árabes que viven en la Unión Europea no es fácil conseguir trabajo, estudiar, ni tampoco integrarse en la sociedad en la que viven, puesto que sufren un rechazo social de plano debido al uso del pañuelo. Muchas sufren discriminación por género, etnia, religión o una combinación de las tres, según el último estudio sobre islamofobia de la Red Europea contra el Racismo (ENAR). Las mujeres musulmanas con velo presentan en la actualidad mayores factores de riesgo y exclusión en su inserción laboral. El *hijab*, para muchas personas, muestra cuales son las creencias de quienes lo utilizan sin necesidad de que exista una relación de trabajo o de ningún otro tipo, haciendo que se prediga prejuiciosamente la personalidad y modo de vida de la persona que existe debajo de él, perjudicando así negativamente su crecimiento profesional.

Mientras que para los demás representa una causa de miedo y discrepancia, el *hiyab* representa para ella la libertad del sentimiento de pertenencia a la *ummah*, la comunidad musulmana.

Francia ha sido seleccionada como país cuya continua tradición en la reafirmación de su laicidad como Estado y la identidad nacional, ha conducido hasta una normativa de prohibición absoluta del velo islámico en las instituciones públicas, preservando así el sabor neutral de la influencia de símbolos supuestamente proselitistas.

Alemania se sitúa en un estadio intermedio puesto que no tiene una Ley estatal que prohíba el uso de los símbolos religiosos o del velo islámico en particular, pero algunos ayuntamientos sí han aprobado una legislación específica que prohíbe el uso de esta prenda para entrar en colegios públicos, debido a la creciente polémica que se estaba generando en torno a este tema más por parte de profesoras musulmanas que de alumnas y, por tanto, por la duda en torno a la influencia que el velo pudiera tener sobre la educación de menores de edad.

El Reino Unido no prohíbe el uso del velo islámico ni de ningún otro símbolo religioso, de hecho, a pesar de tener un *Establishment Church*, es uno de los países que más está luchando por la integración de las y los musulmanes y la buena gestión del pluralismo religioso. No obstante, se da vía libre a los centros educativos para establecer sus propias normas internas, lo que supone que las alumnas musulmanas tendrán que seleccionar el colegio conforme a sus necesidades en este aspecto o ajustarse a los tipos de uniformes establecidos.

Italia es un país de notable tradición católica, que a pesar de tener firmados algunos pactos con confesiones no católicas, todavía no ha aprobado una ley orgánica de libertad religiosa para las minorías, entre ellas, la comunidad musulmana.

1. Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 y artículo 9 del Convenio Europeo de Derecho Fundamentales de 1950.

España no prohíbe el uso de símbolos religiosos en las escuelas ni en lugares de trabajo, aunque haya tenido ya varios conflictos protagonizados especialmente por alumnas musulmanas que desean portar el velo islámico en escuelas privadas. De las resoluciones se desprende que prima el derecho a recibir educación o a ser escolarizadas por encima de cualquier normativa interna del colegio, o del significado que se otorgue al velo islámico.

2. LIBERTAD RELIGIOSA Y VELO ISLÁMICO

La libertad religiosa es el derecho fundamental a profesar una religión, privada y públicamente, del que son titular tanto el individuo como las colectividades. Un derecho matriz que puede desglosarse en otros derechos, como, por ejemplo, usar simbología religiosa, que es conocida como dinámica.

El término islamofobia, a diferencia de la xenofobia, se limita a un colectivo concreto de personas, las musulmanas. El término de islamofobia se abre paso en occidente debido a su alta repercusión en la vida de muchos musulmanes en Europa sin que exista antes una definición consensuada, ni una enunciación jurídica establecida (no está incluida en la RAE).

Es una forma de racismo que se está extendiendo por todo occidente, de ahí que sea de vital importancia buscar o acordar una definición global e investigar al respecto. El temor y prejuicios que pueden ser fruto del desconocimiento de la población hacia el Islam o por no saber diferenciar el Islam del Islamismo Radical, se traduce a veces en actos islamóforos, desde la prohibición de determinadas vestimentas religiosas, manifestaciones en contra de los musulmanes, quema de mezquitas, agresiones a personas musulmanas, hasta políticas cada vez más restrictivas en materia de seguridad y control de fronteras que en muchos casos vulneran los derechos humanos (Martínez Ruiz, 2017).

Existen múltiples corrientes del Islam y cada una tiene sus características, lo que aumenta el riesgo de confundir islam e islamismo radical: La población musulmana corre el riesgo de atribuir características genéricas, cuando es un colectivo que presenta una importante heterogeneidad (Lacomba, 1996: 59).

El desconocimiento por parte de la población de las características de cada colectivo y de sus diferentes manifestaciones lleva a adoptar percepciones que etiquetan a la población musulmana de forma homogeneizada, cuando se trata de un colectivo totalmente heterogéneo.

La no diferenciación entre el Islam y el Islamismo radical, son algunos de los factores principales que provocan un crecimiento significativo de la xenofobia, la islamofobia y el racismo en la población; se trata de conceptos diferentes, pero con similares consecuencias (Martínez Ruiz, 2017).

Por ello existen diferentes tipos de velos islámicos, de los que habla la doctrina religiosa islámica, y también existen distintos tipos de motivaciones para su uso²: el *hiyab* es el pañuelo que oculta el cabello. El *chador* es típico de Irán y oculta el cabello y el óvalo de la cara, incluso todo el cuerpo. El *jimar* oculta el cabello, el óvalo de la cara, el cuello y cubre hasta el pecho.

El *niqab* solo deja mostrar, a través de una línea muy fina, los ojos, cubriendo a la mujer por entero. El *burka*, propio de Afganistán, cubre a la mujer por entero, incluso la zona de los ojos aparece oculta por una rejilla que es la que permite a la mujer ver.

Las razones por las que las mujeres musulmanas utilizan el velo son múltiples y muy complejas. En el debate sobre el uso del velo en Europa influyen los estereotipos y los prejuicios sobre los musulmanes. Reducir la cuestión a un simple pedazo de tela que se lleva por obligación no responde a la realidad. Menos aun cuando se suelen confundir términos como “*hiyab*”, “*burqa*” o “*niqab*”.

Cada uno de ellos es diferente, responde a usos y costumbres que pertenecen a países muy distintos entre sí y las razones por las que se lucen obedecen también a realidades distintas y no sólo a cuestiones religiosas³.

En términos meramente religiosos, el Corán, libro sagrado de los musulmanes que contiene la revelación de Dios a su último profeta, Mohammed, dice así con respecto al *hiyab*:

¡Oh Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a todas las mujeres creyentes que se cubran con sus vestidos. Es lo mejor para que se las distinga (musulmanas) y no sean molestadas. Alá es siempre el Indulgente, el Misericordioso. Corán (33, 59).

Si bien es cierto que el Corán no impone el uso del velo, sí recomienda hacerlo (Corán 33, 59), “como instrumento para el mantenimiento de la moral y las buenas costumbres sociales”⁴.

Los intérpretes del Corán, a lo largo de la historia han querido ver en algunas azoras la justificación de la obligatoriedad del uso del velo para la mujer musulmana. Sin embargo, la interpretación del Corán y del Hadiz se fundamenta en varios recursos metodológicos, como el consenso, la analogía, la opinión de autoridad, etc, que pueden hacer variar los dictámenes.

Son muchos los expertos, sobre todo los pertenecientes a la corriente del islam reformista (como el teólogo egipcio Nasr Abu Zayd), que subrayan que el Corán no prescribe el uso del ‘*hiyab*’, sino que simplemente ordena la modestia, la decencia y

2. Gutiérrez del Moral 2010, 8-10.

3. Naïr 1998, 271 y sg.

4. Torres Calzada, 2007, 39-45, 59-61; Ius Canonicum, XLVII, 94 , 609-611.

el pudor a la hora de mostrar públicamente el cuerpo. El principio de decencia en la religión islámica es válido tanto para las mujeres como para los hombres.

Está claro que el objetivo principal del Corán es incitar a hombres y mujeres a liberarse de todas las alienaciones materialistas y de los códigos de seducción, específicos a cada tiempo y contexto, y que siempre encontramos como productos concretos de las ideologías dominantes recurrentes a lo largo de la historia de la civilización humana. El Corán invita a hombres y mujeres a apropiarse una cultura de la decencia y del respeto mutuo: “el mejor vestido es sin duda la *taqwa*, o piedad (*libass a taqwa*), es decir, el vestido de la humanidad de la clemencia y de la compasión... esto es un signo de Dios” ... este verso resume sin duda el principio ético del Islam. “*Libass a taqwa*” es el vestido de la interioridad que se refleja inevitablemente en la exterioridad de los actos y las acciones de cada hombre y de cada mujer. De hecho, es un principio común en la mayoría de las religiones, incluyendo la católica y la ortodoxa.

Muchas personas creen que el velo es un símbolo únicamente islámico, pero en realidad era una prenda habitual antes de la llegada del Islam, sobre todo en oriente medio. El cristianismo y judaísmo antes de la llegada del Islam, obligaban a las mujeres a ir veladas, cubiertas. Lo cual era un signo de recato y distinción. En el imaginario colectivo occidental siempre se da por supuesto que el origen de la tradición de llevar velo es musulmán, pero esto es una célebre falacia. Puede probarse que este uso social fue introducido por los antiguos asirios como una forma de etiquetar a las mujeres de alta posición social y en la Arabia preislámica distinguía a las mujeres libres de las esclavas.

En cuanto a los motivos que llevan a la mujer a usar el velo pueden ser muy variados, religiosos, culturales, ideológicos o políticos, o incluso por rebeldía. Se puede decir que hay tantas razones como mujeres musulmanas⁵.

El proceso de *hijabización* islámico, a pesar de ser conocido por tratarse de una imposición social y jurídica en una parte significativa del mundo musulmán, generalmente obedece a lógicas no impositivas. Muchas mujeres comienzan a adoptarlo de manera militante a partir de los últimos años de la década de los setenta, al implicarse en una acción política en contra del violento proyecto colonial de occidentalización y asimilación cultural. La huella de estas luchas legitimó el hiyab e hizo que muchas mujeres se sintieran más dignas y más libres llevándolo. Para muchas de ellas, el hiyab se convirtió en un símbolo de militancia, la adscripción política, que es vehiculaba por medio de la ideología musulmana (Ramírez, 2011).

Por ejemplo, son significativos los casos de Argelia o de Egipto donde, explica la activista Ahmed Ibrahim (1992), el velo se utilizó en los discursos de resistencia y lo defendieron a ultranza de los ataques de los colonizadores que decían que éste era símbolo de atraso cultural y de ignorancia.

5. Franco Mikunda 2001.

Un gran porcentaje de mujeres llevan el pañuelo de modo totalmente voluntario, a veces por modas presionadas por el entorno. Ramírez (2011), lo asemeja con las mujeres europeas que se ven obligadas por el entorno a depilarse, no pasarse de la talla 42 o ponerse tacones para aparentar elegancia en la sociedad occidental. Por lo tanto, todas vivimos a veces condicionadas y presionadas por el entorno social, las modas, las expectativas.

El uso del velo por parte de las mujeres musulmanas en el transcurso del siglo XX y los primeros años del XXI se ha convertido en una cuestión clave en materia de emancipación y de identidad musulmana. El debate sobre su utilización no sólo está presente en las sociedades europeas, sino que es materia de discusión en el seno de las comunidades musulmanas, como lo demuestran los ejemplos de Turquía o Egipto.

Para muchas mujeres musulmanas, llevar el velo es un símbolo de identidad. Lo es para las féminas que viven en países occidentales, que lo utilizan como una manera de permanecer fieles a sus orígenes, lejos de su tierra, y distinguirse como miembros de su comunidad. En ocasiones, lucir el “*hiyab*” es una forma de rechazar la globalización cultural que se impone en los países musulmanes, un signo de rebeldía contra el colonialismo. Esto explicaría la popularidad del tocado en Marruecos, Egipto o Turquía.

Para muchas mujeres, el uso del “*hiyab*” simplemente les permite emanciparse como seres humanos independientes, interactuar en una sociedad, trabajar, estudiar y mezclarse con sus iguales masculinos sin problemas, preservando su pureza y su integridad. En otras ocasiones, llevar el ‘*hiyab*’ se ha convertido en una moda, una forma de ser joven y “*cool*” sin contravenir las tradiciones de los progenitores. No hay más que ver a las “*muhayabebes*” de las revistas del corazón o a las estilosas princesas del Golfo.

En países como Kuwait, Emiratos Árabes o Qatar, las mujeres utilizan esta prenda de vestir y los hombres llevan la tradicional *dishdasha* - como símbolo de estatus social y para distinguirse de los demás, por lo general, extranjeros que trabajan como mano de obra barata.

Para Lacomba (1996), la emigración hace de la religión un rol más importante en la construcción identitaria y en la pertenencia colectiva para las personas inmigrantes. La mujer, en este caso musulmana, al llegar a un país no Islámico otorga aún más importancia a la religión, ya que en estos espacios encuentran redes de apoyo y se relaciona con personas que tienen los mismos intereses y la misma visión de la vida que ella, buscando compensar el sentimiento de desarraigo. Esto también podría ser considerado un motivo para vestir el *hiyab*, un motivo de hecho muy poderoso y totalmente legítimo.

Todas estas causas por las que las mujeres usan el velo no son excluyentes las unas de las otras.

Con esto queremos decir que perfectamente una mujer puede vestir el velo por motivos religiosos y por resistencia, o por amor y por resistencia cultural, etc.

Podemos concluir diciendo que es legítimo que las mujeres musulmanas de hoy cuestionen tanto la modernidad y la emancipación, y la manera como han sido y siguen siendo manipulados dichos conceptos por los discursos ideológicos hegemónicos universales y las estrategias geopolíticas. Así mismo, es legítimo que cuestionen la interpretación única y consensual de los textos religiosos⁶.

3. MARCO LEGAL PROTECTOR

Según el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, los españoles, sea cual sea su confesión o ideología, son iguales ante la ley, quedando totalmente prohibido cualquier tipo de discriminación por motivos religiosos. El respeto al derecho fundamental de la libertad religiosa protege a la trabajadora musulmana en su libre uso del velo islámico en el ámbito laboral y obliga de este modo al empresario a respetar el ejercicio de esta libertad.

La CE78 ofrece un marco adecuado a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16; “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos [...] en sus manifestaciones”..., en tanto que visibiliza el uso del *hijab* como un signo de manifestación externa de la propia religión, obligando a los poderes públicos a remover todos los obstáculos para permitir el ejercicio de este derecho fundamental, integrado a su vez en el art. 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”⁷.

Esta libertad se puede ver limitada en casos excepcionales (*niqab o burka*) como consta en la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 2017 por cuestiones de seguridad;

La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, y en el artículo 16.1 de la CE78: Sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa prevé en su primer artículo que las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a

6. Gutiérrez del Moral, 2019, 325-337.

7. Lorenzo Vázquez 2001.

nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.

La Convención Europea de Derechos Humanos reconoce, en el artículo 9 de Libertad de Pensamiento, de Conciencia y Religión, el derecho a manifestar públicamente la creencia individual sin tener porqué encontrar impedimentos discriminatorios:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...] así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública.

4. MARCO LEGAL LIMITANTE

Buena parte de la línea seguida en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha decantado por el principio de laicidad con una ausencia de rigor en la apreciación del material probatorio presentado para justificar las restricciones al uso del velo islámico o integral (Martínez-Torrón, 2009). Sin embargo, para Solanes Corella (2015) existe un consenso europeo sobre la conveniencia de no prohibir el velo islámico de forma general.

En cualquier caso, la normativa estatal en lo relativo a la indumentaria con connotaciones religiosas en el ámbito público se ha ido desarrollado desde las prohibiciones parciales del velo (no integral) en ámbitos específicos, como es el caso escolar y laboral, hasta la de carácter general en relación a los casos de velo integral. Es importante en este tránsito el amparo por la jurisprudencia del TEDH a las diferentes prohibiciones parciales marca unas pautas a tomar en consideración por el conjunto de Estados.

La protección a manifestar libremente la religión que otorga el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no impide del todo que un Estado pueda establecer prohibiciones, entendidas como límite al ejercicio de dicha libertad religiosa, en determinados supuestos. El artículo 9.2 CEDH dice así:

La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

5. EL VELO ISLÁMICO EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, ha tenido multitud de ocasiones de pronunciarse sobre el uso del *hiyab* y su prohibición, así como de otras prendas u objetos de simbología religiosa dinámica.

Una de las primeras resoluciones de la Corte europea que debe ser destacada es el caso Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001⁸.

El Tribunal declaró inadmisibles las demandas de una profesora de una escuela pública que tras convertirse al Islam comenzó a utilizar el velo islámico y, tras 5 años, una normativa se lo prohibió, sin que hubiera mediado ninguna queja ni conflicto. El Tribunal reconoció que dicha prohibición suponía una limitación de su libertad religiosa pero que estaba justificada, a causa de la neutralidad y laicidad estatal que obliga a los centros públicos de enseñanza en Suiza. Se le exige un comportamiento que se ajuste a dicha laicidad, en el ejercicio de su función pública.

No parece acertado argumentar que la igualdad y la laicidad justifican la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa. La igualdad y la laicidad no deben ser interpretadas como un límite de la libertad religiosa, aunque podamos entender que ambos determinen el contenido del orden público. Igualdad y neutralidad deben conformar el marco más adecuado para el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos. La laicidad no debe convertirse en otra doctrina limitativa de las manifestaciones personales, sino buscar la neutralidad en estos asuntos, puesto que la simbología religiosa existe en todas partes y lo que debemos de intentar es convivir en paz con todas las personas, las laicas, las creyentes etc⁹.

Por otra parte, respecto a la simbología dinámica no podemos dejar de comentar el caso Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013¹⁰, que reconoce el derecho a utilizar dicha simbología religiosa en el ámbito laboral. La Sra. Eweida era azafata de British Airways y al cambiar la compañía el uniforme fue requerida para que no se le viera una cruz que llevaba al cuello por motivos religiosos. Al negarse a ocultar o quitarse la cruz incumplía el código del uniforme por lo que fue enviada a casa sin sueldo. Poco más de un mes más tarde le ofrecieron un puesto administrativo que no requería llevar uniforme. Sin embargo, ella decidió no aceptar esta oferta

8. Con anterioridad la Comisión Europea de Derechos Humanos había inadmitido la demanda en los casos Karaduman y Bulut contra Turquía, ambos de 3 de mayo de 1993 (n. 16278/90; y n. 18783/91), en los que se estima legítima la prohibición del velo islámico atendiendo a la laicidad turca, un argumento reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

9. Motilla 2004, en Ciáurriz y otros.

10. Demanda n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10. Un comentario sobre este caso puede consultarse entre otros en Palomino, R. «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), de 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido», *Ars Juris Salmanticensis*, 1 (2013), 241-244; Martín-Retortillo 2014, 171-195.

y en su lugar permaneció en casa sin sueldo durante una temporada hasta que British Airways modificó sus reglas respecto al uniforme y le permitió mostrar la cruz.

Las mujeres musulmanas del personal de tierra fueron autorizadas a llevar el hiyab en colores aprobados por British Airways. En estos casos no se consideró que estos empleados causaran consecuencias negativas para la imagen o marca de la empresa. Asimismo, la cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. Por ello el Tribunal consideró que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de los poderes públicos de garantizar los derechos contenidos en el artículo 9. Declara así que ha habido violación de dicho artículo y que no es necesario examinar de manera separada su alegación respecto al artículo 14, que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

También en el ámbito judicial, en el caso Lachiri contra Bélgica, de 18 de septiembre de 2018¹¹, el Tribunal Europeo vuelve a reconocer el derecho de la mujer musulmana a usar el pañuelo islámico atendiendo a su libertad religiosa, en esta ocasión en una sala de vistas, cuando acude como una ciudadana más, sin representar a una institución pública.

El deber de neutralidad e imparcialidad estatal es incompatible con cualquier actuación por parte del Estado de valorar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas de expresión de esas creencias, que conforman el contenido de la libertad de conciencia y de religión del artículo 9 del Convenio de Roma.

El Estado no puede juzgar la veracidad, o no veracidad, de las creencias, y tampoco valorar sus manifestaciones. En el asunto Eweida vemos como el Tribunal se manifiesta más abierto a la aceptación del uso de simbología dinámica y aplica correctamente, en mi opinión, el principio de proporcionalidad. No había intereses de terceros en peligro. En este caso el conflicto no venía provocado por el uso del *hiyab*, sino por el uso de una pequeña cruz cristiana, en cualquier caso, simbología dinámica que es manifestación de la libertad religiosa, y que, por tanto, refuerza la protección del derecho fundamental.

En esta línea, la Corte Europea ha diferenciado entre el uso del hiyab por ciudadanos comunes, y por funcionarios públicos. Asimismo, también ha distinguido entre el uso del velo en establecimientos públicos con una reglamentación o normativa de prohibición expresa y el uso en el espacio público abierto, donde no cabe una prohibición generalizada. Si la mujer es una funcionaria pública o su trabajo está relacionada con la prestación de un servicio público u ostenta la representación de una institución pública estaría justificado que la neutralidad o la laicidad estatal restrinja

11. Demanda n. 3413/2009.

su derecho de libertad religiosa y no pueda utilizar el pañuelo islámico en el ejercicio de sus funciones, únicamente podrá hacerlo fuera de ese espacio público¹².

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina:

lo que se espera de un empleado público es que respete la igualdad, que no trate de manera diferente –mejor o peor– a los usuarios que pertenecen a una determinada confesión o a quienes no pertenecen a ninguna; en definitiva, que actúe con neutralidad en el ejercicio de sus funciones¹³.

6. CONCLUSIONES

Discriminar tiene sentido negativo, e implica un trato desigual ante circunstancias semejantes. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es dar un trato de inferioridad a una persona por alguna causa. Todo ciudadano tiene derecho a no ser discriminado. No existen ni se aceptan diferentes categorías del derecho de libertad religiosa, ni de sus titulares que puedan justificar ese trato diferenciado ante circunstancias similares.

La mujer tiene derecho a elegir libremente cómo manifestar su religión, siempre dentro del orden público establecido por la ley, y no puede ser discriminada ni por motivos religiosos ni por motivo de género. El uso de velo es una manifestación religiosa, y no debe suponer un perjuicio de ningún tipo para la mujer, y cualquier limitación de su derecho debe estar justificada, prevista en la normativa y ser necesaria en una sociedad democrática.

La laicidad es un principio que obliga a los poderes públicos pero los ciudadanos son libres de elegir sus convicciones y de actuar conforme a ellas si no ponen en riesgo el derecho de los demás. En este sentido, considero restrictivo de la libertad religiosa interpretar que las personas deban actuar de manera neutral y uniforme, como si no tuvieran convicciones, en el espacio público. Exigir esa radical neutralidad y uniformidad en las personas, aunque sean funcionarias públicas o ejerzan una función pública, me parece discriminatorio. Más si cabe si afectan en concreto a la mujer de una forma notable y mayoritaria, pues puede suponer una forma de discriminación por razón de género.

El uso del velo islámico podemos considerarlo una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa. Si no hay peligro real y objetivo para el orden público o el derecho de un tercero no debería limitarse dicho derecho fundamental.

12. Ainz Galende 2011,187-198.

13. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 2008, Artículo 10. *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ante la existencia de un conflicto entre bienes similares jurídicamente protegidos, se debería atender en todo caso al principio de proporcionalidad para determinar si uno de esos bienes se haya amenazado efectivamente por el uso de simbología religiosa.

“No hay camino sencillo hacia la libertad en ninguna parte y muchos de nosotros tendremos que pasar a través del valle de la muerte una y otra vez antes de alcanzar la cima de la montaña de nuestros deseos” (Nelson Mandela).

7. BIBLIOGRAFIA

- Ainz Galende, Alexandra (2011), “La percepción de las mujeres veladas sobre su inserción en el mercado laboral español: un estudio longitudinal.” *Cuadernos Interculturales*, 9(17),187-198.
- Franco Mikunda, Emilio (2001), “Derechos humanos y Mundo islámico”, *Secretariado de Publicaciones* de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- Gutiérrez del Moral, María Jesús (2010), “A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?” *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 8-10.
- Gutiérrez del Moral, María Jesús (2019), “Transparencia normativa y confesiones religiosas. Una primera aproximación, El derecho de libertad religiosa en el entorno digital. Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario”, Madrid, Granada, 325-337.
- Lorenzo Vázquez, Paloma (2001), “Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Martín y Pérez de Nanclares, José (2008), *Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, en Mangas Martín, Araceli (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao.
- Motilla, Agustín (2004) “La libertad de vestimenta: el velo islámico”, en VV.AA. *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Editorial Trotta, Madrid.
- Naïr, Sami (1998), “Del referente de origen a las nuevas identidades”, en Naïr, Sami y J. de Lucas, *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Imsero, Madrid, 271 y sg.
- Torres Calzada, Katjia (2007) “Los fundamentos”, 39-45, 59-61, *Ius Canonicum*, XLVII, 94.

EDAD, DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y “KALDOR-HICKS”

AGE DISCRIMINATION, POSITIVE DISCRIMINATION AND “KALDOR-HICKS”

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
ORCID: 0000-0002-4218-7569
ibeltran_de_heredia@uoc.edu

RESUMEN: a partir de una síntesis de los criterios jurisprudenciales en los que se ha entendido que la edad ha sido un criterio identitario que ha provocado una discriminación negativa, este estudio, en primer lugar, analiza un supuesto resuelto por el TSJ de Andalucía en el que se ha utilizado como un criterio de discriminación positiva a partir del concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks; y, en segundo lugar, proyecta los efectos que esta doctrina podría tener en la resolución de este tipo de controversias.

PALABRAS CLAVE: Discriminación por edad, discriminación positiva, eficiencia, kaldor-hicks

ABSTRACT: Based on the jurisprudence rules that has held that an age criterion has provoked a negative discrimination, this study, firstly, analyzes a case resolved by the TSJ of Andalusia in which has used as a positive discrimination criterion based on the Kaldor-Hicks efficiency concept; and, secondly, it projects the effects that this doctrine could have in the resolution of this type of controversies.

KEY WORDS: Age discrimination, positive discrimination, efficiency, kaldor-Hicks

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NEGATIVA. 3. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y EL CONCEPTO DE EFICIENCIA DE KALDOR-HICKS: LA (SUGERENTE) PROPUESTA DEL TSJ DE ANDALUCÍA. 4. UNA VALORACIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 283-296
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.13>

1. PRESENTACIÓN

La edad es una señal identitaria que, en ciertas situaciones, puede requerir una necesidad de protección frente a la discriminación en el marco del empleo y la ocupación¹. Recogida de forma expresa como factor de discriminación negativa (directa o indirecta) prohibido en diversas disposiciones comunitarias del derecho originario (arts. 21 CDFUE y arts. 10 y 19 TFUE) y derivado² también lo está, de forma genérica, a nivel constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social” *ex art.* 14 CE) y específica en el art. 4.2.c) ET. Ahondando en lo anterior, el TJUE ha afirmado que “el principio de no discriminación por razón de la edad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, ha sido concretado por la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación y que la prohibición de toda discriminación, en particular por razón de la edad, viene recogida en el artículo 21 de la Carta”³.

No obstante, en relación con la acotación de este factor, es importante partir de las siguientes premisas. En primer lugar (siguiendo el razonamiento de la SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020, rec. 323/2020), debe tenerse en cuenta que “la edad suscita el interrogante de cuándo esta señal identitaria de la persona se encuentra necesitada de protección frente a la discriminación”. De modo que no es un factor “fijo”, sino que puede variar (“al alza” o “a la baja”) en función de las circunstancias. Y, en segundo lugar, que las finalidades que permiten llevar a cabo un trato no favorable por razón de la edad (descritas en el art. 6 Directiva 2000/78: políticas de empleo, mercado de trabajo y formación profesional), han sido interpretadas por el TJUE de forma ciertamente amplia⁴.

Lo cierto es que, a medida que los miembros de la plantilla envejecen, es posible que (por motivos diversos) el interés empresarial por su continuidad decrezca progresivamente. Y la posible pérdida de “atractivo” de las personas desempleadas de edad avanzada en el mercado de trabajo convierte a lo anterior en un proceso particularmente amenazante porque, si la extinción se perfecciona, las posibilidades de revertir el tránsito del empleo al desempleo pueden verse reducidas sustancialmente. Esta circunstancia ha justificado la adopción de determinadas medidas de política de empleo en aras a contener y/o bien, facilitar estos tránsitos.

1. SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020 (rec. 323/2020).

2. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; y 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.

3. Entre otras (citando la STJUE 19 de enero 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*), STJUE 26 de marzo 2020 (T547/18), *Raivo Teeäär*.

4. Compartiendo el criterio de Preciado Domènech (2019, 439) que expone a partir del análisis del contenido de la STJUE 5 de marzo 2009 (C-388/07), *Age Concern*.

Y, en paralelo a este fenómeno, no puede olvidarse que la edad también ha operado como un requisito (“imposibilitante”) para el acceso a determinadas profesiones (y, por ello, también puede describir un trato desfavorable ilegítimo).

La cuestión (y el objeto principal de este breve ensayo) es que, en algún caso se ha acudido a la edad como un factor de discriminación positiva. El propósito de esta comunicación es, precisamente, poner el foco en esta última aproximación y, en particular, a partir de la propuesta analítica sugerida por el TSJ de Andalucía en un conflicto en que se alegaba una discriminación de esta naturaleza. La particularidad del caso es que se ha justificado el trato diferenciado a partir de una matriz conceptual propia de la ciencia económica, como es el concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks*.

No obstante, antes de proceder a este análisis (y a la descripción de este concepto), es oportuno llevar a cabo una (breve) síntesis de los criterios interpretativos respecto de la discriminación negativa directa e indirecta más relevantes desde el punto de vista (mayormente) comunitario. Especialmente porque, quizás, muchos de ellos podrían replantearse desde el punto de vista analítico sugerido por el citado órgano jurisdiccional.

2. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NEGATIVA (DIRECTA E INDIRECTA)

El factor “edad” ha incidido en la determinación de diversos elementos de la relación de trabajo: en el acceso al empleo, en la determinación de las “condiciones de trabajo” y, obviamente, en la ineficacia del contrato. La cuestión que han tenido que resolver los tribunales (y, en particular, el TJUE) es si estaba justificado.

En relación con el primer ámbito, la edad puede operar como una barrera para el acceso a determinadas actividades (como requisito profesional, esencial y determinante). En efecto, el establecimiento de un tope máximo de edad para acceder a determinadas profesiones ha sido admitida como una opción legítima en el caso de los bomberos (30 años)⁵ y policías (35 años - Ertzaina)⁶. Y también que la normativa nacional prohíba a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas⁷. En cambio, se ha entendido que el límite de edad (50 años) no estaba justificado para el acceso a la profesión de notario⁸; ni tampoco (30 años) para los policías locales⁹.

5. STJUE 10 de enero 2010 (C-229/08), *Wolf*.

6. STJUE 15 de noviembre 2016 (C-258/15), *Salabarría Sorondo*.

7. STJUE 2 de abril 2020 (C-670/18), *Comune di Gesturi*.

8. STJUE 13 de junio 2021 (C-914/19), *Ministero della Giustizia*.

9. STJUE 13 de noviembre 2014 (C-416/13), *Vital Pérez*.

La edad (máxima o mínima) también ha sido un factor que ha tratado de justificar diferencias de trato en las “condiciones de trabajo”¹⁰. En este sentido, el TJUE ha entendido que la edad es un factor de discriminación al excluir los periodos de trabajo de jóvenes aprendices anteriores a los 18 años a los efectos de fijación del “escalón” profesional de los agentes contractuales de la función pública (austríaca)¹¹. Y la edad en el momento del nombramiento tampoco es un criterio que justifique la determinación de un salario base de un juez¹². Y también se oponen al art. 21 CD-FUE y la Directiva 2000/78 una medida convencional dirigida a que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación¹³. Y esta conclusión es extensible a la rebaja de la edad para poder celebrar contratos temporales si no se ha establecido sin límite alguno a partir de la misma (impidiendo el acceso a los beneficios vinculados a la estabilidad en el empleo)¹⁴. Y, desde el punto de vista de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, debe calificarse como discriminatorio que una normativa nacional establezca que los profesores universitarios que siguen ejerciendo su profesión después de haber alcanzado la edad legal de jubilación, solo pueden mantener la condición de profesor titular los que posean el título de director de tesis, mientras que los que no tengan dicha condición, únicamente pueden celebrar contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la que se concede a los profesores titulares¹⁵. Y, el TJUE ha declarado que una diferencia de trato entre trabajadores basada en la concesión de una pensión de jubilación (pagada por el empresario mediante un plan de pensiones) que impide el

10. En este sentido, se acude a este concepto en el mismo sentido amplio que está empleado el TJUE a propósito de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70. Véase al respecto, entre otras muchas, STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), de *Diego Porras 1*.

11. STJUE 18 de junio 2009 (C-88/08), *Hutter*. Y la normativa nacional dirigida a suprimir esta discriminación por razón de edad tampoco lo es si suprime el citado límite de edad con carácter retroactivo y para todos esos trabajadores, pero únicamente permite computar la experiencia adquirida en empresas que operen en el mismo sector económico (SSTJUE 11 de noviembre 2014, C530/13, *Schmitzer*; y 14 de marzo 2018, C-482/16, *Stollwitzer*).

12. STJUE 9 de septiembre 2015 (C-20/13), *Unland*. No obstante, no es contrario al derecho comunitario que las modalidades de la reclasificación dentro de un nuevo sistema retributivo de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de la legislación controvertida, y que prevé que el escalón retributivo en el que éstos quedan clasificados en adelante se determine exclusivamente en función del importe del salario base que percibían en aplicación del antiguo sistema retributivo, siendo así que éste se sustentaba en una discriminación basada en la edad del juez, en cuanto la diferencia de trato que esa legislación implica puede justificarse por el objetivo de proteger los derechos adquiridos.

13. STJUE 8 de septiembre 2011 (C297/10 y C298/10), *Hennigs*.

14. STJUE 22 de noviembre 2005 (C-144/04), *Mangold*. Pronunciamiento importante porque el TJUE declara la eficacia directa y horizontal del principio de no discriminación por razón de edad. Confirmado posteriormente en las SSTJUE 19 de enero 2010 (C-555/07), *Kücükdeveci*; y 19 de abril 2016 (C-441/14), *Dansk Industri*.

15. STJUE 8 de octubre 2020 (C-644/19), *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*.

reconocimiento de una indemnización especial por despido, constituía una discriminación directa. En especial porque, al estar la concesión de la citada pensión sujeta a un requisito de edad mínima, dicha diferencia de trato se basaba en un criterio indisolublemente vinculado a la edad¹⁶. En cambio, en otros supuestos (y, conforme a las circunstancias específicas del caso) la previsión de una retribución complementaria para determinados colectivos sobre la base de la edad ha sido admitida¹⁷; y también un método de cálculo de la indemnización por despido por causa económica para mayores de 54 años, en función de la fecha más temprana posible de jubilación¹⁸. Tampoco es contrario al derecho comunitario que no se tomen en consideración los períodos de estudios cursados por un funcionario antes de cumplir los 18 años a los efectos de otorgar un derecho a pensión y de calcular el importe de su pensión de jubilación¹⁹.

Desde el punto de vista de la ineficacia del contrato, el Legislador interno ha estado “jugando” con este factor en aras al fomento del empleo y, si se me permite la expresión, a partir de una “dinámica” ensayo-error. La enésima reforma de la DA 10ª ET (la última, operada por la Ley 21/2021²⁰) es ilustrativa de esta circunstancia y, probablemente, de la ausencia de una hoja de ruta bien definida sobre el objetivo que se pretende alcanzar y, en consonancia, el mejor modo de hacerlo. Quizás, no es exagerado afirmar que en esta cuestión la improvisación campa a sus anchas, pues, la (alta) “volatilidad” de los textos normativos contrasta con previsiones que, *a priori*, están pensadas para proyectarse a décadas vista. No obstante, sobre esta posibilidad (validada internamente por la STC 22/1981), el TJUE ha afirmado que la prohibición de toda discriminación por razón de edad *ex* Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación

16. STJUE 12 de octubre 2010 (C499/08), *Ingeniørforeningen i Danmark*.

17. STJUE 27 de febrero 2020 (C773/18 a C775/18), *Land Sachsen-Anhalt*. No obstante, advierte que esto es admisible porque la medida responde a la necesidad de garantizar la protección de los derechos adquiridos en un contexto caracterizado, en particular, tanto por el gran número de funcionarios y jueces afectados como por la inexistencia de un sistema de referencia válido, y no dé lugar a la perpetuación de una diferencia de trato por razón de la edad. Añadiendo que el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca que el plazo de caducidad de dos meses para ejercitar una acción por los daños y perjuicios resultantes de una medida discriminatoria por razón de la edad se inicie en la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia en la que se declare el carácter discriminatorio de una medida similar, cuando las personas afectadas corran el riesgo de no estar en condiciones de conocer, dentro de ese plazo, la existencia o la importancia de la discriminación de la que hayan sido objeto. Esto puede ocurrir, en particular, cuando en ese Estado miembro exista una controversia acerca de si la doctrina emanada de dicha sentencia puede aplicarse a la medida en cuestión.

18. STJUE 6 de diciembre 2012 (C-152/11), *Odar*.

19. STJUE 21 de enero 2015 (C-529/13), *Felber*.

20. Y la anterior por el 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.

forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que, primero, dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; y, segundo, los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto²¹. E, incluso, estas políticas de empleo y de mercado de trabajo pueden justificar que una disposición nacional permita la extinción por jubilación forzosa al alcanzar una determinada edad (67 años) sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación²².

Y, en el mismo ámbito de la ineficacia contractual y al amparo de la política de empleo, se ha descartado la existencia de una discriminación en una medida que consiste en el aplazamiento, de común acuerdo durante la relación laboral (sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces), de la fecha estipulada de extinción del contrato (vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria) por la única razón de que el trabajador, al alcanzar dicha edad, tiene derecho a la citada pensión²³.

En paralelo, la ineficacia vinculada a una edad máxima en ciertas profesiones o colectivos de trabajadores ha sido admitida si se anuda a una política de empleo²⁴; y

21. STJUE 16 de octubre 2007 (C411/05), *Palacios de la Villa*. Y en términos similares, STJUE 12 de octubre 2010 (C-45/09), *Rosenbladt*.

22. STJUE 5 de julio 2012 (C-141-11), *Homfeldt*.

23. STJUE 28 de febrero 2018 (C-46/17), *John*.

24. STJUE 18 de noviembre 2010 (C-250/09), *Georgiev*. En este asunto el TJUE entiende que el art. 6.1 Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años únicamente mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo. Entiendo que esta normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo (como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones) y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios. O bien, en el asunto *Fuchs* (STJUE 21 de julio 2011, C-159/10 y C-160/10), el TJUE entiende que no es contrario a la citada Directiva una normativa que prevé la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere. Y entiende que esta medida es legítima en tanto que tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios. En el caso de los pilotos (sin perjuicio del asunto *Prigge* – ver nota *infra*), la STJUE 7 de noviembre 2019 (C396/18), *Cafaro*, admite la legitimidad de la extinción automática de la relación laboral de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves en el marco de actividades

rechazándola si se entiende que es desproporcionada²⁵. A nivel interno, se ha acudido a estos mismos parámetros para apreciar la legitimidad de diversas decisiones extintivas. Así, por ejemplo, la STC 66/2015 entiende que la utilización de la edad como criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es tuvo una justificación razonable y proporcionada²⁶. En cambio, la coincidencia en la franja de edad (mayores de 50 años) de un colectivo de trabajadores despedidos objetivamente por la empresa de forma injustificada ha sido calificada como discriminatoria (y, en especial, porque, de forma coetánea en el tiempo, el presidente de la compañía había hecho unas declaraciones ensalzando el valor de lo “nuevo” frente a lo “viejo”)²⁷.

En ocasiones, la discriminación por razón de la edad ha concurrido con una vinculada con el sexo. En este sentido, el TJUE ha declarado que una normativa nacional que permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a una pensión de jubilación constituía una discriminación directa por razones de sexo, en la medida en que las mujeres adquirirían el derecho a tal pensión a una edad inferior a aquella en que lo hacían los hombres²⁸.

relacionadas con la protección de la seguridad nacional al alcanzar la edad de 60 años, siempre que tal normativa sea necesaria para la seguridad pública.

25. STJUE 13 de septiembre 2011 (C-447/09), *Prigge*. En concreto, el TJUE entiende (a diferencia del caso *Cafaro* – ver nota *supra*) que el art. 5.2 Directiva 2000/78/CE se opone a que una cláusula de un convenio colectivo que fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan (con determinadas condiciones) esta edad en 65 años. A su vez, un límite de edad (68 años) fijado para determinados dentistas (excluyendo a los no concertados) también ha sido calificado como discriminatorio, si único propósito es proteger la salud de los pacientes (STJUE 12 de enero 2010, C-341/08, *Petersen*). Y para el colectivo de trabajadores públicos, sobre la base de las políticas del empleo, no es contrario a la Directiva que una normativa prevea que cumplen dentro de un período determinado los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra quedan incluidos en un régimen de reserva laboral hasta la extinción de sus contratos de trabajo, lo que conlleva una reducción de su retribución, una pérdida de su posible promoción y una reducción, o incluso supresión, de la indemnización por despido a la que habrían tenido derecho en el momento de la extinción de sus relaciones laborales (STJUE 15 de abril 2021, C-511/19, *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*).

26. El TC concluye 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.

27. SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020 (rec. 323/2020). En concreto, el presidente de Huawei afirma “Apartar trabajadores del empleo porque se parte del principio de que ‘lo viejo’ ya no vale y debe ser necesariamente sustituido por ‘lo nuevo’, constituye un prejuicio porque la racionalidad de tal aserto no se ha demostrado. Y además coloca al trabajador despedido por alcanzar una determinada edad en una situación gobernada por sensaciones como el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia y la ansiedad. Quien por esta causa ha sido despedido injustamente se cuestiona su estima y zozobra ante la pérdida de un empleo y la dificultad notoria de lograr otro precisamente por razón de su edad”. Y, en términos similares, para un trabajador de 58 años de la misma compañía, SJS/42 Madrid 23 de noviembre 2021 (núm. 495/2021)

28. STJUE 18 de noviembre 2010 (C356/09), *Kleist*.

Por otra parte, la controversia alrededor de discriminaciones indirectas por razón de la edad, en cambio, ha sido menos frecuente²⁹.

3. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y EL CONCEPTO DE EFICIENCIA DE *KALDOR-HICKS*: LA (SUGERENTE) PROPUESTA DEL TSJ DE ANDALUCÍA

El contenido del epígrafe anterior describe diversas medidas dirigidas a contener el uso del factor de la edad como un elemento que legitime un trato desfavorable y los límites para que sean calificadas como legítimas. No es frecuente, no obstante, que este mismo factor se emplee en términos positivos. Esto es, para excluir a determinados colectivos de la adopción de determinadas medidas desfavorables (aunque, paradójicamente, en contra del interés mostrado por los interesados). Precisamente, este es el enfoque de la STSJ Andalucía/Sevilla 3 de febrero de 2022 (rec. 4484/2021). Y, dada la particularidad del caso, permítanme que sintetice los aspectos más relevantes del caso y de la fundamentación.

En conflicto se suscita en el momento que la empresa adopta una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas que afecta a determinadas partidas retributivas, reservándose la empresa su no aplicación a cinco trabajadores de la misma categoría profesional, con edades próximas a la jubilación. La particularidad del caso es que uno de estos trabajadores no está conforme con la decisión de la empresa porque entiende que está siendo discriminado por razón de la edad, al excluirlo de la modificación sustancial y cerrarle la posibilidad de acudir a la extinción indemnizada del art. 41.3 ET.

En opinión del TSJ de Andalucía, el criterio de la empresa es adecuado y proporcionado porque va dirigido a evitar la disminución retributiva y la de las bases de

29. En un supuesto en el que legislación nacional establece una retención sobre las pensiones abonadas directamente a sus beneficiarios por empresas controladas mayoritariamente por el Estado y suprime la revalorización de la cuantía de las pensiones, el TJUE rechaza la existencia de una discriminación indirecta porque no concurren las circunstancias objetivas que permitan hacer un análisis comparativo que visualice el trato diferenciado que perjudica indirectamente a las personas en función de la edad, véase STJUE 24 de septiembre 2020 (C-233/19), *YS*. En la STJUE 14 de febrero 2019 (C-154/18), *Horgan*, entiende que una medida que, a partir de una determinada fecha, prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad. En cambio, en la STJUE 21 de diciembre 2016 (C-539/15), *Bowman*, entiende una normativa nacional no se opone a un convenio colectivo de trabajo nacional con arreglo al cual un empleado cuyos períodos de escolaridad se computen a efectos de clasificación en el nivel salarial correspondiente queda sometido a un alargamiento del plazo de ascenso de nivel desde el primer nivel salarial al segundo, especialmente porque este alargamiento se aplica indistintamente a todos los empleados cuyos períodos de escolaridad se computen.

cotización. Además, se fundamenta en una justificación objetiva y no supone un sacrificio desproporcionado para el personal mayor, “ya que no se les priva de trabajo y se evita una cobertura limitada de desempleo a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes, evitando un gasto en prestaciones públicas”. Y ahondando en la idea del sacrificio añade que “la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación no le es más gravosa, pues lo contrario, ser seleccionados y poder cesar antes en su actividad laboral ex art. 41.3 ET supondría un incremento de costes, dada la crisis empresarial no discutida, y además, esta medida es la que menos perjuicio puede ocasionar a los propios trabajadores al mantener íntegros sus sueldos y las bases de cotización, más se evita el perjuicio que la situación de desempleo supondría para los trabajadores afectados”. Y, por todo ello, entiende que la edad próxima a la jubilación es un “un factor objetivo y no arbitrario de la no selección de los trabajadores afectados por la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva del HP 5º —a sensu contrario la STC 22/1981”.

Y, llegados a este punto, añade una aproximación cercana al concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks* (que se expondrá a continuación), al afirmar que “Así, la no selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado pues se evitan los daños que la extinción de los contratos de trabajo ex art. 41.3 ET produciría en los afectados y en la empresa que podría ir abocada al despido colectivo por agravamiento de la crisis económica, y esto sí afectaría a toda la plantilla. No sostenemos esta regla en un argumento estrictamente eficientista en el sentido de establecer una regla en las que el beneficio de los ganadores sea suficiente para compensar, hipotéticamente, el perjuicio de los perdedores pues la regla de permanencia de los trabajadores de mayor edad debe prevalecer porque, a pesar de que perjudica a los de menos edad, el beneficio que se obtiene es suficiente para compensar sus costes personales sino que la fundamos en la dogmática de las categorías que son objeto de controversia (trabajadores de mayor/menor edad) y en el juicio que exige el marco constitucional al evitar el hecho de no lanzar a los trabajadores a la jubilación, lo que implica per se que la decisión es menos gravosa si tenemos en cuenta otros muchos costes/gravámenes: de los propios trabajadores afectados y de su familia; pero también de la sociedad en su conjunto, y no sólo de la Seguridad Social”.

Por todo ello, concluye que la medida empresarial supera el canon de constitucionalidad, porque “tiene en cuenta tanto los intereses de los directamente afectados, trabajadores y empresarios, como del resto de operadores afectados, por ejemplo, la Seguridad Social, y está facilitando que en la decisión definitiva se internalicen externalidades presentes en este conflicto, luego la decisión responde a un criterio de proporcionalidad/eficiencia o de afectación menor en términos de coste/gravamen, por resultar menos costosa que su alternativa”.

Llegados a este punto, creo que es conveniente ofrecer una breve aproximación a este concepto de eficiencia que emplea el TSJ de Andalucía (y que, sin nombrarlo, se ajusta al de *Kaldor-Hicks*)³⁰.

Con carácter propedéutico debe tenerse presente que Análisis Económico del Derecho (o *Law & Economics*) a partir del concepto de eficiencia, ofrece un método analítico que trata de determinar la efectividad de las normas, la forma cómo influye en los destinatarios, si es capaz de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto. En definitiva, promueve el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia. No obstante, la noción de eficiencia (eje absolutamente medular de esta aproximación) no tiene un significado unívoco. Para los utilitaristas, el interés de la comunidad es la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen. Sin embargo, este planteamiento sugiere importantes problemas, pues, no puede determinarse con claridad cómo puede medirse el interés de una persona. Aspecto que, si bien se ha tratado de solventar a través de la construcción de funciones de utilidad de cada individuo, se plantea un nuevo problema de carácter estrictamente “técnico”, pues, se supedita a la (imposible) comparación interpersonal de utilidades³¹.

El criterio de eficiencia *paretiana* trata de dar respuesta a este dilema, especialmente porque se fundamenta en un criterio que soslaya el recurso a las (inescrutables) comparaciones interpersonales de utilidad. En concreto, según Pareto, una decisión “es óptima si no existe una situación diferente que se prefiera unánimemente”³². Es decir, lo es en la medida que una mejora no produzca paralelamente el empeoramiento de otro. En definitiva, se trata de un criterio que “exige la unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social”³³.

Para ilustrar, supongamos que tenemos 50 caramelos para distribuir entre 5 adolescentes. Podríamos asignar 10 a cada uno, pero también 14 a uno y 9 a cada uno de los 4 restantes. En ambos casos, estaríamos ante una distribución eficiente desde un punto de vista *paretiano*, pues, ningún adolescente podría mejorar su situación (tener más caramelos) sin que otro se viera perjudicado (pues, pasaría a tener menos)³⁴.

30. A continuación, se sintetiza una parte de lo expuesto en el trabajo Beltran de Heredia Ruiz (2013).

31. Schotter (1987, 23).

32. Calsamiglia Blancafort (1987, 273).

33. Calsamiglia Blancafort (1987, 275). Siguiendo con Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134), un estado social “S2” es superior a otro estado “S1” cuando en “S2” todos los miembros de la comunidad están mejor (Pareto superior en sentido fuerte - todos están mejor). Cuando en “S2” hay al menos una persona que mejora su situación respecto de “S1” y nadie empeora, “S2” es superior en sentido débil.

34. Repárese que, aunque la primera distribución pudiera parecer más equitativa, ésta no es una cuestión relevante desde la perspectiva *paretiana*, pues, sólo tiene en cuenta la forma en la que son aprovechados los recursos y no la mayor o menor justicia distributiva. Un segundo ejemplo puede ayudar a comprender mejor este concepto: Al niño “A” le gustan los cromos y odia las canicas (cuantas más canicas tenga, peor estará) y a la niña “B” le gustan las canicas y odia los cromos (cuantos más cromos

No obstante, este planteamiento también suscita algunos problemas, pues, en tanto que la eficiencia se vincula a la unanimidad de opiniones, concede un derecho de veto a cualquiera de los intervinientes (basta con que cualquier cambio del *statu quo* provoque un perjuicio para impedirlo).

Esta “particularidad” bloquearía muchas medidas o decisiones sociales que pretendieran fundamentarse en la eficiencia³⁵. Por otra parte, no puede aplicarse a todas las situaciones sociales posibles, dado que partiendo de la base de permite clasificar de mejor a peor las decisiones aceptadas de forma unánime, el resto (esto es, aquéllas en las que unos mejoran y otros empeoran) quedan en una situación ambigua, pues, no pueden ser comparadas³⁶. Por tanto, permite medir situaciones óptimas, pero no compararlas entre sí³⁷. Y, además, obvia la cuestión relativa a la redistribución de la riqueza³⁸.

El criterio de *Kaldor-Hicks* trata de superar estas carencias (aunque, de forma limitada). En concreto, este criterio de eficiencia consiste en que “para considerar que S2 es superior a S1 no hace falta que al menos uno mejor y nadie empeore sino que basta con que los que mejores en el cambio tengan, como consecuencia de su mejora, capacidad para compensar a los que empeoren”³⁹ En definitiva, “lo que el criterio traduce, como resultado eficiente, es que la utilidad de los ganadores es superior a la pérdida de utilidad de los perdedores (puesto que podrían compensarles) y, en consecuencia, se produce un aumento de la utilidad global. Lo que el criterio, consecuentemente implica es que la utilidad de unos y otros es comparable, precisamente lo que el criterio de Pareto trataba de evitar”⁴⁰.

Para ilustrar, si el adolescente A tiene 10 caramelos y el adolescente B 100, un cambio en la asignación que supusiera que el adolescente A pasa a tener 20 caramelos y adolescente B 99 caramelos, sería eficiente según el criterio de *Kaldor-Hicks*, (aunque no sería una mejora en el sentido de Pareto), pues, el adolescente A, podría potencialmente dar entre 1 y 10 caramelos al adolescente B para aceptar esta situación alternativa.

Lo “interesante” es que este criterio no requiere que la compensación realmente sea efectiva, sino meramente que exista la posibilidad de que ello ocurra. Por

tenga, peor estará). La única distribución eficiente desde un punto de vista *paretiano* será aquella en la que el niño “A” tenga todos los cromos y la niña “B” todas las canicas. Cualquier asignación de cromos y canicas que no se corresponda con la descrita no será Pareto eficiente, pues, siempre será susceptible de ser mejorada, sin que la situación de los afectados empeore (asignando más cromos al niño “A”, se mejora su situación y la de la niña “B”; y asignando más canicas a la niña “B”, se mejora su situación y la del niño “A”).

35. Calsamiglia Blancafort (1987, 275).

36. Schotter (1987, 23 y 24).

37. Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134).

38. Calsamiglia Blancafort (1987, 275).

39. Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134).

40. Hierro Sánchez-Pescador (2002, 23),

consiguiente, a diferencia del criterio de Pareto, una mejora de *Kaldor-Hicks* puede implicar una pérdida de bienestar para algún individuo⁴¹.

Sin embargo, como expone Schotter (1987, 25), este criterio tiene un (serio) inconveniente, pues, su operatividad depende del problema que, precisamente, justificaba la necesidad de acudir al criterio de Pareto: esto es, el problema de la comparación interpersonal de utilidades. Esto es así porque obliga a comparar el incremento de utilidad de los que ganan con la merma de utilidad de los que pierden (y, por esto, nos devuelve a la casilla de salida). Y, además, no exige que efectivamente se pague las compensaciones exigidas por el principio, por lo que los perdedores siguen siendo perdedores; sólo se exige que los ganadores estén en disposición de pagar.

En cualquier caso, al margen de esta cuestión (que no es en absoluto baladí, pues, cuestiona el valor de la eficiencia como un criterio objetivo que pueda guiar con una mínima capacidad predictiva y fiable el comportamiento humano o la toma de decisiones incontrovertidas) y de las alternativas (insuficientes) propuestas para tratar de superar estas importantes limitaciones⁴², lo interesante del caso es, como se ha expuesto, el uso de este concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks* propuesto por el TSJ de Andalucía (sobre el que añadiré algunas comentarios finales en el epígrafe final que sigue).

4. UNA VALORACIÓN FINAL

Es obvio que la eficiencia no puede erigirse en el único criterio que resuelva un conflicto planteado por una medida restrictiva de derechos fundamentales. Tras el aura de cientificidad que acompaña al método analítico la economía, se esconde una construcción articulada a partir de juicios de valor (y, por consiguiente, alejada de una pretendida objetividad); un concepto de racionalidad tautológico y la cuestión económica reducida a un cálculo maximizador difícilmente evaluable. No obstante, que la eficiencia no sea el único criterio a tener en cuenta (y, por tanto, descartando un enfoque que se aproxime a lo que se conoce como “imperialismo económico”), no significa que no deba ser un componente necesario y exigible de las normas jurídicas. O, como exponen Calabresi/Melamed (1996, 391) en una célebre frase (inspirada en el cuadro de Monet de la catedral de Rouen), debe ser “una” de las visiones de la catedral (partiendo de la base que para entender la obra completa deben verse todas ellas). Y es posible que esto *deba* ser así porque el despilfarro también es una expresión de la injusticia⁴³.

41. De ahí que una mejora de *Kaldor-Hicks* no tiene por qué implicar una mejora de Pareto (pero una mejora de Pareto sí es *Kaldor-Hicks* eficiente)

42. Como, por ejemplo, el (inconsistente) concepto de “maximización de la riqueza” de Posner – criticado, entre otros, por Dworkin y Calabresi (ver al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, 2013)

43. Calabresi (1985, 227) afirma que “la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro,

Por consiguiente, sería un error despreciar este método analítico, pues, a pesar de sus defectos y limitaciones, permite enfocar los conflictos desde otro punto de vista, complementando a los existentes. Por este motivo, quizás, los diversos conflictos que plantea la discriminación negativa anteriormente descritos podrían ser reexaminados desde este prisma. Especialmente porque da acceso a más información (y admite la posibilidad de descartarla si no se estima suficientemente útil).

En el fondo, este enfoque no está tan alejado del que inspira el juicio de proporcionalidad propio de la dogmática jurídica. Como saben, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera este juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente (y aquí radica la proximidad con el enfoque descrito), si la misma es ponderada o equilibrada, *por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto* (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Así pues, como se acaba de exponer, la dogmática jurídica ya estaría operando a partir de unos parámetros que no estarían demasiado alejados de la matriz sugerida por el TSJ de Andalucía al recurrir a la idea de eficiencia de *Kaldor-Hicks*. Por consiguiente, la clave (y, probablemente, el reto) radica en ser conscientes de esta base conceptual “próxima” y emplearla aprovechando todo su potencial, pero, a su vez y muy especialmente, siendo conscientes de sus limitaciones (aspecto que, probablemente, ha sido obviado por completo por los juristas).

5. BIBLIOGRAFÍA

- Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2013), “Reformas laborales y aproximación crítica al análisis económico del derecho: la teoría de los ‘property rights’ y el carácter redundante del derecho”, *Revista de derecho social*, núm. 62.
- Calsamiglia Blancafort, Albert (1987), “Eficiencia y derecho”, *DOXA*, 4.
- Calabresi, Guido (1984), “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, II.
- Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas (1996), “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: una vista de la catedral”, *Estudios Públicos*, 63.

fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil”.

- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio L. (2002), “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)”, en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio L. (1998), “Justicia, Igualdad y Eficiencia”, *Isonomía*, 9.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo (2019), “La discriminación por razón de edad”, en Casas Baaamonde y Gil Alburquerque (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea*, Francis Lefebvre.
- Schotter, Andrew (1987), *La economía de libre mercado. Una valoración crítica*, Ariel, Madrid.

TRABAJADORES MADUROS: LA ERA DIGITAL Y LA EDAD COMO MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN SOCIAL Y LABORAL

MATURE WORKERS: THE DIGITAL AGE AND AGE AS
REASONS FOR SOCIAL AND LABOR DISCRIMINATION

Juan María Roldán Conesa
Universidad de Cádiz
ORCID: 0000-0002-1582-5561
juanmaria.roldan@uca.es

RESUMEN: Es consabido que la desigualdad es un problema que se caracteriza por sus diferentes modos de expresión, pero de forma notoria, mediante la discriminación y la vulneración de derechos de un determinado grupo. En el orden laboral, podemos encontrar que la discriminación se visibiliza de manera fehaciente por diversas cuestiones, siendo la discriminación por edad, la más frecuente en las empresas y organizaciones por encima de la de género, cultura o raza. Pero desde hace pocas fechas, los avances en materia de las tecnologías de la información y la comunicación, se están manifestando como otro motivo de discriminación. Es por ello, que podemos encontrar este tipo de discriminaciones en cualquier país del mundo, al margen de su desarrollo social o económico, ya que las personas trabajadoras de edad avanzada conforman un elevado porcentaje del total de empleados mundiales. En el acercamiento a la discriminación por edad como objeto de estudio es imposible no hacerlo sin ponerla en relación con la evolución demográfica. Según un informe de Eurostat, en el año 2060 un tercio de la población europea la conformarán personas mayores de 65 años, de las cuales, un elevado porcentaje no tendrá formación alguna en nuevas tecnologías. De igual forma, la disminución de la población, el envejecimiento de la misma o el incremento de la esperanza de vida, son circunstancias que por separado, deberían llevar a una reflexión sobre la incidencia de la edad en el mercado laboral. Estas particularidades tendrán a corto y medio plazo, distintas consecuencias

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 297-313
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.14>

tanto a nivel prestacional como asistencial, pero de igual forma, será apreciable de manera notable en cuanto al empleo. Es por ello, que surge la necesidad de superar los estereotipos que dan lugar a una concepción errónea de la edad como factor negativo laboral, la cual, se basa fundamentalmente en la reducción de las capacidades físicas y mentales de las personas trabajadoras, dando como resultado, una serie de restricciones que derivan en una clara discriminación de este grupo de trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Derechos; discriminación; edad; trabajadores; tecnología.

ABSTRACT: It is well known that inequality is a problem that is characterised by its different forms of expression, but in a notorious way, through discrimination and the violation of the rights of a certain group. In the workplace, we can find that discrimination is clearly visible for various reasons, with age discrimination being the most frequent in companies and organisations, above that of gender, culture or race. However, in recent years, advances in the field of information and communication technologies have become another reason for discrimination. This is why we can find this type of discrimination in any country in the world, regardless of its social or economic development, as older workers make up a high percentage of the total number of employees worldwide. In approaching age discrimination as an object of study, it is impossible not to do so without linking it to demographic developments. According to a Eurostat report, by the year 2060, one third of the European population will be made up of people over 65 years of age, a high percentage of whom will have no training in new technologies. Similarly, the decrease in the population, the ageing of the population and the increase in life expectancy are circumstances that should lead to a reflection on the impact of age on the labour market. These particularities will have different consequences in the short and medium term, both in terms of benefits and care, but will also have a significant impact on employment. This is why there is a need to overcome the stereotypes that give rise to an erroneous conception of age as a negative employment factor, which is fundamentally based on the reduction of the physical and mental capacities of workers, resulting in a series of restrictions that lead to clear discrimination against this group of workers.

KEYWORDS: Rights; discrimination; age; workers; technology.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 4. LA EDAD COMO CONSTRUCTO SOCIAL. 5. LA TECNOLOGÍA Y LA EDAD COMO ELEMENTOS DISCRIMINATORIOS LABORALES. 5.1. Estereotipos. 5.2. El edadismo laboral. 5.3. Consecuencias externas e internas. 6. LA TRIPLE DISCRIMINACIÓN: GÉNERO, EDAD Y TECNOLOGÍA. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Todos tenemos una edad cronológica, que podemos definir como la cantidad de años que hemos vivido, la cual, tiene un carácter rígido e inamovible. Pero, también tenemos una edad subjetiva relacionada con nuestra edad cerebral, la cual, es la que nos hace sentirnos más jóvenes o más mayores que nuestra edad cronológica.

Pero, al margen de posibles consideraciones sobre la edad. El envejecimiento de una persona, es y seguirá siendo primordialmente una construcción social, por lo que, en función de la sociedad donde enmarquemos el término, tendrá un significado totalmente antagónico. Envejecer en una sociedad occidental es sinónimo de obsolescencia, de pérdida tanto de condiciones físicas como mentales, las cuales, limitan el aprendizaje de nuevos métodos tecnológicos para el desarrollo de la vida diaria. Si a estas premisas le damos traslado al ámbito laboral, nos encontramos ante las dificultades y limitaciones que encuentran las personas trabajadoras de edad avanzada para permanecer en su puesto de trabajo, así como, para su re inserción en el mercado laboral. Es por ello, que el envejecimiento de un trabajador le provoca una clara inquietud sobre la necesidad de formarse en nuevas tecnologías, y con ello, evitar una posible salida prematura del mercado de trabajo, lo cual supondrá una merma en sus expectativas de futuros derechos prestacionales.

Como consecuencia de estas limitaciones, se ha instaurado entre la clase empresarial un elemento disuasorio, a la par que discriminatorio, consistente en valorar positivamente el manejo de nuevas tecnologías a la hora de contratar a nuevo personal, por lo que, el colectivo de trabajadores maduros ve mermadas sus posibilidades de ser contratados al no disponer de dichas competencias.

Habitualmente, cuando utilizamos algún concepto que se refiera a la edad para identificar a cierto tipo de trabajadores, no estamos más que interpretando una valoración social que contiene distintos elementos multidimensionales, los cuales, pueden distorsionar la realidad sobre las capacidades y aptitudes de una persona trabajadora, y por ende, convertirse en un motivo de discriminación.

En relación con la valoración social de un trabajador de edad madura, actualmente, parece aceptarse que un trabajador a partir de cierta edad comience a estar más expuesto a una salida del mercado de trabajo, aunque sea de forma temporal, debido a la escasez de oferta y al aumento de una demanda cada vez más cualificada, incluso tecnológicamente hablando.

Ahora bien, esta aceptación de una salida temporal colisiona con la realidad, ya que estadísticamente se viene demostrando que los trabajadores maduros que de forma involuntaria salen del mercado laboral debido a múltiples vicisitudes, entre las que se encuentra la falta de adaptación a la era digital, engrosan las listas de desempleados de larga duración, con un horizonte laboral incierto.

Por esta cuestión, estos trabajadores se convierten en el eje típico de desigualdad personal y social, transformándose en firmes candidatos a engrosar la ratio de personas en exclusión social, con las consecuencias que ello conlleva. Según algunas fuentes estadísticas, en España el 30,5 % de la población cuya edad está comprendida entre 45 y 64 años, se encuentra en riesgo de exclusión social. Así pues, para algunos estudiosos este colectivo ha pasado a formar parte de la denominada generación obsoleta, por las casi inexistentes posibilidades de adaptación e inserción al mercado laboral.

Por otra parte, resulta evidente que estamos asistiendo a una rápida digitalización en el mundo laboral, la cual, al no estar produciéndose de forma escalonada, está suponiendo una barrera para los trabajadores de edad, ya que exige de nuevos conocimientos y destrezas que estos trabajadores no poseen.

Por ello, y debido a esta acelerada implantación de la tecnología, la cual, no solo se está produciendo en las grandes empresas, como en principio cabría esperar, sino que, por motivos competitivos también se ha establecido de forma generalizada en las pequeñas y medianas, es necesario, que las mismas desarrollen planes de formación para este colectivo de trabajadores basados en dos objetivos principales. Por una parte, para no alejarse de las necesidades del mercado laboral actual, y por otra, no verse obligadas a prescindir de los trabajadores maduros.

De igual forma, las Administraciones Públicas deben velar por favorecer este tipo de formación para este colectivo, para con ello, potenciar sus habilidades tecnológicas y mejorar la adaptabilidad a la era de la digitalización, lo cual, dará como resultado ampliar su grado de empleabilidad.

Ante esta perspectiva, es pertinente elaborar una estructura jurídica laboral sólida, la cual, identifique las desventajas y afectaciones a que están expuestos estos trabajadores, ya que, la normativa vigente que ha sido dictada con la finalidad de evitar la discriminación por razón de edad, está siendo identificada por los actores de las relaciones laborales como medidas anticipativas a la jubilación, en vez de disposiciones que favorezcan la incorporación y permanencia efectiva en el mercado laboral.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Probablemente, ningún derecho fundamental ha experimentado una transformación tan importante en su concepto material y en su vinculabilidad jurídica como el derecho a no ser discriminado¹.

Tomando como primera referencia lo dictado en el artículo 14 de la Constitución Española², donde se formula una proclamación general del principio de igualdad

1. Valdés Dal-Ré 2008, 8.

2. “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”.

ante la ley, así como, se detalla un listado de motivos de discriminación prohibidos, podemos observar que nos encontramos ante las dos caras de una misma moneda.

Como se ha indicado anteriormente, este principio presenta dos vertientes, una positiva que exige un tratamiento igual para todas las personas, y otra negativa, que prohíbe un trato desigual. No obstante, debemos hacer algunas puntualizaciones a esta interpretación. El hecho de que el principio de igualdad imponga una exigencia de trato igualitario, no significa que ésta deba ser incondicional o ilimitada, lo cual, puede ser interpretado como la posibilidad de otorgar un trato diferenciado entre quienes se encuentren en situaciones desiguales. De ahí, que no todos los tratamientos diferentes pueden ser considerados discriminatorios, ya que, es habitual encontrarnos con supuestos de discriminación positiva, lo cual, está permitido tanto de forma legal como social. Sirva para ejemplificar esta aseveración, la reserva de un porcentaje de puestos de trabajo en el sector público a personas en riesgo de exclusión, entre los que se encuentran las personas desempleadas mayores de 45 años.

En consecuencia, se hace necesario hacer una delimitación conceptual de ambos principios para poder observar si un trato desigual se puede considerar discriminatorio, puesto que, habrá que atenderse a las diferentes circunstancias que concurren en el caso concreto para ser tenidas como relevantes o intrascendentes para poder aplicar el citado principio de igualdad.

En este punto, podemos traer a colación lo que indican Álvarez Alonso y Álvarez Cuvillo³ sobre la cuestión.

Para el acotamiento conceptual y jurídico de ambos principios - de igualdad y de prohibición de discriminación -, consiste en observar los posibles comportamientos o conductas discriminatorias desde una doble perspectiva: desde el punto de vista del principio de igualdad hay que “ver si la diferencia de trato es arbitraria” y, por otra parte, si se “mira desde el principio de prohibición de discriminación”, habrá que comprobar, respecto de las causas, que éstas “no tengan su origen en la adscripción un grupo o categoría social; y respecto de los resultados que éstos revistan un carácter desfavorable para la dignidad humana por ser susceptible de producir una desigualdad grupal sistemática.

Como podemos observar, no existe una uniformidad en la conceptualización de estos términos, es más, de forma habitual se utilizan vocablos como igualdad, trato discriminatorio o trato desigual como sinónimos. Estas manifestaciones dispares fundamentadas en muchos casos en concepciones ideológicas, contribuyen a la desvirtuación conceptual, y por ende, a su confusión terminológica⁴.

A modo de conclusión, entendemos que discriminación y desigualdad son acepciones que pueden guardar cierta similitud, pero que en puridad es posible su distinción,

3. Álvarez Alonso, Álvarez Cuvillo 2006 1008-1009.

4. Ruiz Perís 2004, 23 y ss.

puesto que el principio de igualdad impone un trato igual en situaciones similares y la prohibición por discriminación lo que opera es en la protección especial de los sujetos que por diversas circunstancias puedan sufrir algún tipo de discriminación.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Podemos considerar el Convenio número 111 de la OIT, como la piedra angular de la legislación en materia de discriminación. Con su entrada en vigor pretendía fomentar diversas medidas para mitigar los efectos perniciosos que la discriminación produce en las personas trabajadoras, y así lo expresaba en su artículo 2:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Aunque en dicho convenio no se hace referencia explícita a la discriminación por razón de la edad, este tipo de discriminación sí puede considerarse implícita en el apartado b) del artículo 1 que define la discriminación en el trabajo:

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.

No obstante, fue la propia OIT, la que posteriormente publicó una ficha informativa donde trataba de forma específica la situación de los trabajadores de edad madura⁵.

Este mismo organismo, preocupado por la situación de los trabajadores de edad, publicó en 1980 su Recomendación número 162, donde instaba a los Estados miembros a la revisión de sus disposiciones legislativas, con el objetivo de elaborar medidas apropiadas para posibilitar a los trabajadores de edad encontrar empleo en condiciones adecuadas.

En relación con la normativa europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, prohíbe de forma estricta cualquier tipo de discriminación, y de forma particular, las derivadas por razón de edad. Asimismo, la Directiva 2000/78/CE decreta

5. Vid ficha informativa "Conditions of work and employment fuerer older workers in industrialized countries: Understanding the issues".

esta prohibición en el ámbito laboral, ordenando a los Estados miembros a aplicar el principio de igualdad de trato. Sin embargo, considera que no existe discriminación, cuando se establezcan políticas de empleo de acción positiva orientadas a los colectivos con mayor dificultad para el acceso o reingreso al mercado de trabajo, como es el caso de los trabajadores de edad avanzada.

El tratamiento normativo de la edad como causa de discriminación prohibida, es relativamente reciente en el Derecho Europeo si la comparamos con otras causas de discriminación también prohibidas, tales como la nacionalidad o el género. No obstante, en los últimos años la discriminación por razón de edad ha sido el motivo que ha suscitado mayor número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos judiciales nacionales al TJUE, dando lugar a una profusa jurisprudencia en torno a dicha causa discriminatoria, tal como se configura en la Directiva 2000/78.

Debemos señalar que la edad como causa de discriminación, es para la normativa europea una de las más difíciles de delimitar ya que puede operar en dos situaciones diferentes. Por una parte, en cuanto a la edad máxima legal para trabajar, y por otra, sobre la edad mínima. Asimismo, la discriminación por razón de edad abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica.

En cuanto a nuestro ordenamiento interno, tras ser aprobada la Constitución Española de 1978, nace un nuevo sistema político que llevaba de suyo establecer un nuevo marco de las relaciones laborales. Pero, en principio, la CE no hace referencia expresa a la discriminación laboral por razón de edad, sino que la considera incluida en la fórmula del artículo 14 al referirse “a cualquier otra condición o circunstancia personal”.

Posteriormente, con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se da paso a una evolución normativa, a la par que jurisprudencial, en cuanto al tratamiento que deben recibir las personas trabajadoras de edad madura, y así quedó reflejado en la Ley 51/1980, donde se disponía entre su articulado el fomento del empleo de los trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, haciendo especial énfasis en los mayores de 45 años de edad.

Finalmente, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, incluye a los trabajadores mayores de 45 años, como uno de los colectivos prioritarios a los que se les debe aplicar un tratamiento personalizado en cuanto a las políticas de empleo.

Aunque desde distintas instancias tanto públicas como privadas, se realizan declaraciones para concienciar a la sociedad de esta realidad, su observancia por parte las distintas Administraciones Públicas tanto internacionales como nacionales, se produce de forma irregular. En unos casos, debido a que solo se realizan recomendaciones – como sucede a nivel internacional –, y en otros, como ocurre en España, porque no se le ha conferido al colectivo de los trabajadores maduros la importancia que merece.

4. LA EDAD COMO CONSTRUCTO SOCIAL

Desde un punto de vista eminentemente social, la edad es un constructo objetivo, pero que presenta factores subjetivos, es decir, presenta una etapa bien definida y rígida de la persona, al mismo tiempo que, es un proceso flexible que permite determinar la edad efectiva.

Para determinar la edad laboral efectiva de una persona es necesario analizar algunos tipos de edad, entre las que se encuentran, la edad cronológica, la edad fisiológica y la edad social.

En relación con la edad cronológica, la cual se establece por la cantidad de años cumplidos, podemos afirmar que es una interpretación subjetiva, ya que, no facilita información alguna sobre la condición física ni mental de una persona, así como, de sus competencias profesionales.

Algo parecido ocurre con la edad fisiológica, la cual, se refiere a los cambios graduales que se producen en el organismo del individuo, pudiendo limitar el desarrollo de algunas las actividades diarias, pero que en modo alguno inhabilitan al trabajador para el desarrollo de su profesión.

Finalmente, la edad social es aquella que indica el papel que una persona puede desempeñar tanto de forma social como laboral. Esta edad deja al margen las aptitudes y competencias de las personas. Se basa en percepciones subjetivas, lo cual, conlleva a una generalización tendente a etiquetar y estereotipar a los individuos.

Tras exponer las diferentes edades que pueden inferirse desde un punto de vista social, podemos concluir que cualquiera de ellas puede llevar aparejada una posibilidad de discriminación por razón de edad.

5. LA TECNOLOGIA Y LA EDAD COMO ELEMENTOS DISCRIMINATORIOS LABORALES

Aunque existen multitud de definiciones sobre la discriminación laboral, resulta interesante traer a colación la ofrecida por Castro por la extensión de posibles causas que ofrece al respecto.

La discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶.

6. Castro Castro 2010, 8.

Aunque en esta definición, Castro no especifica de forma directa la edad como un elemento discriminatorio, entendemos que la circunscribe a cualquier criterio que se considere injustificado.

Tras una primera aproximación al concepto de discriminación laboral, en este punto, consideramos oportuno establecer una relación conceptual de forma muy general entre edad y trabajador, con el objeto de comprender mejor los diferentes motivos discriminatorios que pueden sufrir. Entendemos por trabajadores maduros o de edad avanzada aquellos que puedan presentar algún déficit profesional, esencialmente formativo, lo cual no es óbice para disminuir sus aptitudes y competencias profesionales.

Dicho de otro modo, un trabajador maduro es toda persona que, por el significado del avance su edad, determinable en virtud de un trabajo específico y en cualquier fase del itercontractual laboral, está expuesta a sufrir, al menos, una desventaja o una afectación en sus derechos⁷.

Pero el hecho de una tener carencias formativas o ciertas limitaciones derivadas de la edad no es óbice para reducir el derecho al trabajo de estos trabajadores⁸, y así lo expresaba el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, donde precisaba que:

No cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral. Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen. Y aún más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada⁹...

En esta sentencia del Tribunal Constitucional, se aprecia la temeridad de presumir la ineptitud de estos trabajadores con carácter general, por lo que, se hace necesario un estudio individualizado de cada caso.

Es por ello, que consideramos que la adaptación a este nuevo contexto tecnológico no debería resultar complicada en aquellos casos en los que trabajadores de edad dispongan - debido a sus carreras académicas y profesionales-, de especialización tecnológica en diferentes ámbitos laborales, tales como, las distintas ramas de la

7. Lama Gálvez 2020, 544.

8. González Ortega 2001, 95.

9. A mayor abundamiento, ver sentencia Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio.

ingeniería o las finanzas, por citar solo algunos sectores de perfil técnico. Además, el talento que evidencian estos trabajadores por norma general, lo cual, podemos considerar como una competencia transversal, se convierte en una ventaja a la hora de planificar cualquier actividad, al mismo tiempo, que les otorga una alta capacidad de reacción ante cualquier contratiempo, cosa que no sucede con los trabajadores más jóvenes, no por su falta de preparación, sino debido a su falta de experiencia.

Pero al margen de estas afirmaciones y pronunciamientos judiciales sobre este colectivo, lo que realmente les interesa a estos trabajadores, es que su trabajo y sus expectativas de promoción no sean postergados o valorados injustamente por motivo de su edad o su presumible falta de conocimientos tecnológicos, lo cual, es prácticamente imposible debido a varias circunstancias. Por una parte, porque la discriminación negativa derivada de estos factores no es un fenómeno coyuntural, sino estructural, lo cual, se debe a que estos trabajadores suponen un coste añadido para el empresario, tanto por sus condiciones salariales consolidadas, como por la inversión en formación que deben realizar para que le aporten valor a su negocio, y por otra, porque las medidas de fomento de empleo están enfocadas por norma general a la población juvenil y no a la promoción y formación de los trabajadores senior.

5.1. Estereotipos

Un estereotipo es una imagen mental que los individuos construimos acerca de los otros, representaciones esquemáticas y simplificadas de un grupo de personas a los que se define a partir de ciertas características representativas. De hecho, provienen de visiones sesgadas que se focalizan sobre un determinado grupo heterogéneo de difícil encasillamiento, el cual, recibe en la mayoría de los casos un tratamiento injusto.

En el orden laboral, indistintamente de la profesión en la que se desarrolle el trabajo, se ha evidenciado la existencia de prejuicios negativos hacia los trabajadores maduros, principalmente motivados por sus condiciones de salud, su falta de capacidad de adaptación y su hipotética menor integración tecnológica. Esta arbitrariedad discriminatoria no solo se evidencia en trabajadores en activo, sino también, cuando aspiran a ser contratados.

Es constatable la idea que para ocupar cualquier puesto de trabajo, ya sea de carácter técnico o de otra índole, algunos de los requisitos más apreciados por las empresas son la experiencia laboral y el manejo de las TIC. Pero debemos señalar, que estas mismas características pueden ser consideradas como un valor añadido o como una rémora en función del colectivo a que se aplique. Si se los asignamos a trabajadores jóvenes, serán estimados de forma positiva, pero en contraposición, cuando se trata de trabajadores maduros, tanto la experiencia como las nuevas tecnologías, se convierten en motivos discriminatorios por varias razones. En primer lugar, porque la empresa supone que el trabajador ya tiene unos hábitos adquiridos de trabajo, los

cuales, serán difícilmente corregibles. En segundo lugar, la supuesta falta de adaptación que evidenciarán a las nuevas formas de producción, y finalmente, las dificultades que tendrán para encajar en una plantilla joven. En consecuencia, el binomio edad-experiencia, en vez de considerarse un factor positivo, se convierte en una continua práctica discriminatoria hacia los trabajadores mayores.

5.2. El edadismo laboral

El término edadismo, se refiere a los estereotipos sistemáticos y discriminatorios contra las personas por el simple hecho de ser mayores y que se reflejan en conductas como el desdén, el desagrado, el insulto o, simplemente, evitando la cercanía y el contacto físico. Estas conductas se basan en un conjunto de tres elementos: las actitudes hacia las personas mayores, la edad avanzada y el proceso de envejecimiento¹⁰.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud define el edadismo como un estereotipo, prejuicio y discriminación hacia las personas de ciertas edades debido a la afectación o deterioro natural de su salud¹¹.

Es importante señalar, que son diferentes los ámbitos en los que se produce discriminación por edadismo, pero fundamentalmente donde se viabiliza con mayor notoriedad es en el ámbito laboral. Es por ello, que los sesgos edadistas favorecen una descripción de los trabajadores mayores basada fundamentalmente en rasgos negativos, lo que puede fomentar la realización de prácticas profesionales discriminatorias¹². Asimismo, y debido a la extendida creencia de que la persona mayor está limitada a causa de problemas físicos o mentales, una gran parte de la población concluye que las personas mayores no están en una disposición adecuada para trabajar, ni para adaptarse a los nuevos cambios tecnológicos, y que aquellos que lo hacen, lo realizan de una forma poco productiva. Sin embargo, las personas mayores trabajadoras han demostrado que realizan su labor tan bien o mejor que otros grupos de edad en la mayoría de las tareas¹³.

Por esta razón, deberían incluirse políticas de formación y capacitación a determinados grupos de trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores de edades medias o avanzadas que carecen de conocimientos informáticos. De igual forma, se deberá actuar con los trabajadores de determinados sectores productivos donde la automatización es más intensiva, con el objetivo de mejorar sus competencias y habilidades tecnológicas.

10. Butler 1969, 243-6.

11. Para más información, ver Informe mundial sobre el edadismo de la Organización Mundial de la Salud.

12. Montoro Rodríguez 1998, 21-30.

13. Gómez Torres 2013, 34.

Pero, no solo el ámbito profesional minusvalora a las personas mayores, sino que, en una época de máximo encandilamiento hacia la juventud, ser mayor de 45 años supone con demasiada frecuencia, una condena. Sirva como ejemplo para visibilizar esta cuestión, la problemática existente entre las personas de cierta edad para poder realizar operaciones bancarias a través de dispositivos informáticos¹⁴. A esta situación alude el llamado edadismo, una forma de discriminación poco conocida, pero que afecta a millones de personas en sus vidas cotidianas. Según el Instituto Nacional de Estadística, aproximadamente un 30% de las personas de más de 45 años en nuestro país, afirman haber sufrido discriminación por su edad, un porcentaje comparable al sexismo o al racismo, las otras dos grandes discriminaciones de nuestro tiempo.

Como conclusión y ciéndonos estrictamente al edadismo laboral, debemos indicar que es una forma de discriminación negativa hacia un colectivo determinado de trabajadores, siendo practicado en dos vertientes por un elevado número de empresas. Por una parte, en la forma de gestionar su capital humano e intelectual¹⁵, dejando de invertir en la formación de los profesionales maduros, especialmente en cuestiones tecnológicas, porque deducen las empresas que esa inversión tendrá un retorno menor a largo plazo que si se invierte en los profesionales más jóvenes, y por otra, a la hora de la contratar mano de obra, implementando estas empresas estrategias de contratación que evitan contratar a trabajadores de más edad, aduciendo, entre otras causas, su presunta falta de habilidades tecnológicas, suponiendo que sus conocimientos laborales estarán obsoletos, su dificultad para encajar en una plantilla mayoritariamente más joven, o su absentismo, que entiendo será superior a causa de los problemas de salud que presentarán estos trabajadores.

5.3. Consecuencias externas e internas

Cuando hacemos referencia a las consecuencias externas que puede acarrear la discriminación por razón de edad y la falta de conocimientos tecnológicos, estamos haciendo mención a las desventajas tanto sociales como laborales que pueden sufrir estos trabajadores por dichos motivos. En el plano social, uno de los principales efectos es la probabilidad de exclusión social¹⁶, puesto que, en ocasiones son vistos tanto por su entorno familiar como social, como personas carentes de motivación para afrontar la situación que viven y buscar una solución.

De igual forma, en el ámbito laboral podemos enumerar un elenco de situaciones a las que debe hacer frente un trabajador cuando la edad es un inconveniente. Una coyuntura por la que se expone a una desventaja en comparación con otros

14. Robles Morales 2017, 9-16.

15. Para mayor información, ver Informe de transparencia y buen gobierno sobre la gestión del talento sénior en las empresas del IBEX 35, elaborado por la Fundación HAZ 2020.

16. Olarte Encabo 2017, 293.

trabajadores, en especial a los más jóvenes, puesto que, conforme a una visión laboral sumamente estereotipada, estos últimos gozan *a priori* de más aptitudes para desarrollar competencias tecnológicas. Otra posible consecuencia negativa, guarda relación con la remuneración, en la actualidad se está implantando nuevamente por cuestiones productivas el sistema taylorista, el cual, se basa en la rapidez con que se ejecutan ciertos trabajos que involucran tanto capacidad física como mental, lo que puede generar una desventaja a un trabajador de edad madura.

Pero estas situaciones que tienen como resultado negativo un presumible efecto discriminatorio, no son más que un punto y seguido en el *iter* de estos trabajadores. Por estas causas, también pueden verse afectados sus derechos prestacionales futuros, puesto que se ha instaurado con habitualidad entre la clase empresarial la jubilación forzosa de este colectivo de trabajadores, debido fundamentalmente a su edad e inadaptación a la era digital, lo cual, vulnera la voluntad del trabajador de continuar en activo, a la par, que merma la cuantía de su pensión de jubilación.

En cuanto a los efectos internos que puede producir la discriminación de estos trabajadores, podemos situar como uno de los más importantes el aislamiento que se autoimponen al sentirse inferiores al resto de su entorno. De igual forma, el trabajador de edad puede sentirse inhabilitado para desarrollar su cometido, lo que da lugar en ocasiones a que acepten tratos discriminatorios, sin que sean interpretados como tal. Asimismo, se ven incapaces de trabajar en grupo debido al temor que les infunde no estar a la altura de las circunstancias, y por ello, ser denostado.

6. LA TRIPLE DISCRIMINACIÓN: GÉNERO, EDAD Y TECNOLOGÍA

De entre las causas de discriminación laboral, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, además de la más extendida en el espacio. Pero también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas de discriminación¹⁷. A tenor de esta afirmación que realiza Rey, a la mujer no solo se le discrimina por el mero hecho de serlo, sino que es habitual sumar otros estereotipos, como pueden ser el caso de la edad y las carencias en competencias tecnológicas para que esa discriminación sea aún más lesiva.

Poniendo de manifiesto lo que señala el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre la igualdad de trato en el empleo:

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide

17. Rey Martínez 2000, p. 1.

el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Podemos observar, que esta disposición tiene dos objetivos principales, por una parte, garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, haciendo especial énfasis a lo concierne al empleo, y por otra, posibilitar la discriminación positiva en favor de un determinado colectivo. El hecho de permitir este tipo de discriminación, no significa otorgarle un determinado privilegio al grupo menos favorecido, lo que trata es de corregir una situación de desigualdad existente y constatable. Sirva para ejemplificar esta afirmación, la que posiblemente sea la discriminación más cotidiana, la disparidad salarial, también denominada brecha salarial.

En relación con la brecha salarial, la cual, podemos definir como la diferencia entre lo que cobra una mujer y un hombre por realizar el mismo trabajo, encontramos varios motivos que la provocan y la convierten en una desigualdad.

Entre estos motivos, podemos destacar jornadas a tiempo parcial, a pesar de que la incorporación de las mujeres al mundo laboral es cada vez mayor, esto no ha supuesto un reparto equitativo de las responsabilidades familiares, lo cual, hace que las mujeres trabajadoras dispongan de menos tiempo para llevar a cabo una formación continua, como puede ser el caso de la adquisición de competencias tecnológicas, las cuales, les permita ocupar puestos de responsabilidad. Asimismo, la diferencia salarial viene dada por una ideología patriarcal y machista por parte de algunas empresas, las cuales, consideran que los hombres son más competentes que las mujeres para desarrollar el trabajo, lo cual, se traduce en una discriminación directa.

Otra cuestión importante, es la idea generalizada que se da a la edad en el ámbito laboral, la cual, es diferente según se trate de mujeres o de hombres. Es por ello, que la perspectiva de género en su tratamiento laboral resulte tan importante, pues el enfoque predominante que ha favorecido al hombre sobre la mujer en el mundo profesional, se refleja en que la mayoría de las mujeres mayores que no se incorporaron al mercado laboral, por tener que atender obligaciones y responsabilidades de cuidado familiar en el hogar, hoy tienen una mayor dependencia y vulnerabilidad que los hombres en el plano económico, al carecer de pensiones en su vejez¹⁸.

Pero, cuando una trabajadora de edad sale del mercado laboral ya sea de forma voluntaria o involuntaria, se autoimpone en determinadas ocasiones, unas limitaciones basadas en las percepciones sociales impuestas en cuanto a su edad y su déficit en materia tecnológica, lo cual, le hace asumir que no va a volver a encontrar un empleo con las condiciones laborales y salariales como el que tenía. Podríamos decir, que sabotean su futuro profesional influidas por varios estereotipos como el género o la edad, impuestos a lo largo de la historia. Estos pensamientos negativos favorecen

18. Fernández López 2008.

la posibilidad de aceptar empleos por debajo de su nivel formativo o profesional, así como trabajos temporales, los cuales, en demasiadas ocasiones son empleos precarios.

7. CONCLUSIONES

Al margen de lo ya señalado en los apartados anteriores, cabe hacer unas reflexiones finales.

Entendemos por lo detallado anteriormente, que el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación no constituyen una única unidad conceptual, puesto que presentan rasgos que los caracterizan y diferencian de forma generalizada¹⁹, por lo que es importante, hacer una distinción por separado de cada uno para no incurrir en acepciones que desvirtúen su sentido.

Como hemos señalado, las personas mayores conforman un amplio sector de la población cada vez más representativo en nuestra sociedad. Este colectivo debido a los avances de la medicina, así como, a los cambios producidos en el estilo de vida, da lugar a que las personas de edad avanzada mantengan durante más tiempo su vitalidad y capacidad intelectual.

En este sentido, el incremento en las expectativas de vida, el continuo avance de la tecnología y la fuerte presión en gastos sociales están derivando hacia una nueva concepción de la vida laboral, por lo que, la posibilidad de prolongación de la vida laboral, se presenta como un nuevo enfoque a la hora de enfrentar los retos de la sociedad actual.

Pero la realidad es bien distinta, el incremento de la proporción de trabajadores mayores de 45 años, se está configurando como un problema que afecta en mayor o menor medida a todos los países. Esta situación está dando lugar en una aceptación tanto social como laboral basada en estereotipos erróneos, los cuales, presumen una disminución de las facultades y aptitudes de estos trabajadores para permanecer o reinsertarse en el mundo laboral.

De igual forma, estamos asistiendo a otra corriente social muy extendida, la cual, se basa en la creencia de que la prolongación de la vida laboral de las personas mayores, colisiona con los intentos de reducir las tasas de desempleo de los jóvenes, lo cual, nos parece desacertado, puesto que se pueden articular fórmulas para que la unión de la experiencia de un trabajador de edad y los conocimientos actualizados de un trabajador joven, se conviertan en una ventaja competitiva para cualquier empresa.

Como consecuencia de estas erróneas percepciones, se producen una serie de circunstancias desfavorables hacia el colectivo de trabajadores maduros cuya máxima manifestación es la discriminación que sufren tanto por su edad, como por sus carencias

19. Cerdá Martínez-Pujalte 2005, 215.

formativas en materia tecnológica, lo cual, motiva el aislamiento de estos trabajadores en sus puestos de trabajo, en ocasiones, impuesto por sus propios compañeros de edad más joven, y en otras ocasiones, autoimpuesto por el propio trabajador.

En este mismo sentido, cuando un trabajador de edad madura abandona el mercado laboral, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, entendemos que se le abre otro frente discriminatorio como es la posibilidad de reinserción al mundo laboral. Como se ha detallado anteriormente, es necesario que las distintas Administraciones incluyan entre sus políticas de empleo, la formación en materia de las TIC para todos los colectivos, pero en especial, para los trabajadores de edad madura. Puesto que estos trabajadores pueden acabar en listas de desempleo de larga duración ante la dificultad de ser contratados pasados los 45 años, lo cual, provoca en el mejor de los casos aceptar trabajos precarios que les proporcionen una base mínima para una futura prestación de jubilación.

Por último, a todas estas vicisitudes negativas que originan la discriminación laboral de las personas trabajadoras maduras por las cuestiones aludidas, debemos añadir las que sufren las mujeres por el mero hecho de su género, lo cual, se convierte en una discriminación aún más agravante y dañina.

Por ello, es necesario derribar clichés injustos y obsoletos relacionados con la edad y la incompetencia en nuevas tecnologías de estos trabajadores y profesionales, por lo que, nuestras autoridades deberían tomar nota de las principales economías del mundo que ya están evolucionando sus legislaciones laborales en línea con estas nuevas tendencias transformadoras del entorno laboral.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Alonso, Diego; Álvarez Cuvillo, Antonio (2006) “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, 2006, 997-1046.
- Butler, Robert, (1969), “Ageism: Another form of bigotry”. *The Gerontologist*, 9, 243-566.
- Castro Castro, José Francisco (2001), “Discriminación en las relaciones laborales: Algunos casos particulares”, *Boletín dirección del trabajo*, 146, 7-19.
- Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen (2005), “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación un intento de delimitación”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51, 193-218.
- Fernández López, María Fernanda (2008), *La tutela Laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid.
- Fundación HAZ (2020), *Informe de transparencia y buen gobierno sobre la gestión del talento sénior en las empresas del IBEX 35*, <https://www.hazfundacion.org/informe/carrera-y-talento-senior-2020-informe-transparencia-buen-gobierno-gestion-talento-senior-empresas-ibex-35>.

- Gómez Torres, María José (2013), *La atención a las personas mayores desde una experiencia multidisciplinar*, Barcelona.
- González Ortega, Santiago (2001), “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales* 59, 93-124.
- Lama González, Tarik (2020), “Los trabajadores de edad y el envejecimiento activo laboral” *Revista Bolivariana de Derecho*, 30, 526-557.
- Montoro Rodríguez, Julián (1998), “Actitudes hacia las personas mayores y discriminación basada en la edad”, *Revista multidisciplinar de gerontología*, 8/1, 21-30.
- OIT (1958), *Convenio número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, <https://boe.es/buscar/pdf/1968/BOE-A-1968-1411-consolidado.pdf>
- Olarte Encabo, Sofía (2017), “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas Laborales*, 136, 293.
- OMS (2021), Informe mundial sobre el edadismo, <https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combatting-ageism/global-report-on-ageism>
- Rey Martínez, Fernando (2008), “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista española de derecho constitucional*, 84, 251-283.
- Robles Morales, José Manuel (2017), “¿Por qué la brecha digital es un problema social?”, *Panorama Social*, 25, 9-16.
- Ruiz Peris, Juan Ignacio (2007), *Igualdad de trato en el Derecho de sociedades*, Valencia.
- Valdés Dal-Ré, Fernando (2008), “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”, en Gómez Campelo, Esther; Valbuena González, Félix (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural*, Burgos, 8.

LOS TRABAJADORES MADUROS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. ¿UNA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN?

MATURE WORKERS AND NEW TECHNOLOGIES. A CAUSE OF DISCRIMINATION?

M^a Iluminada Ordóñez Casado
Universidad de Málaga
ORCID: 0000-0003-0616-7680
iluminada@uma.es

RESUMEN: Se trata de determinar si el auge de las nuevas tecnologías puede suponer una causa discriminatoria para los trabajadores maduros. Para ello, tras definir qué se entiende por trabajador maduro, se realiza un recorrido por las grandes revoluciones industriales indicando los avances más importantes y cómo se reflejaron en la sociedad contemporánea. Finalmente se analiza la situación actual, con una sociedad altamente digitalizada, y con la existencia de dos grupos de personas claramente diferenciados como son los “nativos” y los “inmigrantes” digitales, estando los trabajadores maduros incluidos en este último grupo el cual carece de las competencias digitales que se exigen actualmente en las empresas. Esta carencia de competencias digitales y la dificultad para aprenderlas al mismo ritmo que se van produciendo los cambios es lo que nos lleva a pensar que sí existe causa de discriminación.

PALABRAS CLAVE: Trabajadores maduros, nuevas tecnologías, teletrabajo, discriminación.

ABSTRACT: The aim is to determine if the rise of new technologies can be a discriminatory cause for mature workers. To do this, after defining what is meant by a mature worker, a journey through the great industrial revolutions is made, indicating the most important advances and how they were reflected in contemporary society. Finally, the current situation is analyzed, with a highly digitized society, and with

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 315-328
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.15>

the existence of two clearly differentiated groups of people such as the “natives” and the digital “immigrants”, with mature workers included in the latter group, which lacks the digital skills that are currently required in companies. This lack of digital skills and the difficulty in learning them at the same pace as changes are taking place is what leads us to think that there is a cause for discrimination.

KEYWORDS: Mature workers, new technologies, telecommuting, discrimination.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR MADURO. 3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL. 3.1. Las primeras revoluciones industriales. 3.2. La cuarta Revolución Industrial. 3.3. El auge del teletrabajo a causa de la pandemia. 4. LAS REPERCUSIONES DE LA FALTA DE ADAPTACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 4.1. La brecha digital generacional. 4.2. Competencias digitales y desigualdad digital. 5. LA FORMACIÓN COMO MECANISMO PARA FACILITAR LA INCLUSIÓN Y REDUCIR LA DISCRIMINACIÓN DIGITAL. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos inmersos en una etapa de continuos cambios tecnológicos. Ya quedaron atrás esos primeros avances que supusieron los ordenadores personales y la aparición de la telefonía móvil y de internet¹ como herramientas de cambio en la sociedad en general y en el ámbito laboral en particular (Martín Romero, 2020).

Otro avance importante fue la aparición de la World Wide Web (www), en 1990, la cual permitía almacenar y conectar piezas de información a la vez que era accesible por diferentes usuarios a la vez, lo que revolucionó el mundo de las comunicaciones y la información y permitió mejoras en la organización de las empresas.

Estos avances producidos en la segunda mitad del s. XX dieron lugar a la que se ha denominado Tercera Revolución Industrial (Gómez Salado, 2021). Sin embargo, las tecnologías han seguido evolucionando de tal forma que, en la actualidad, “nos encontramos ante una época de cambios y un cambio de época” (Rubbi, L., Barlaro Rovati, B. y Petraglia, A., 2020). Una etapa histórica que, más allá de ser denominada cuarta revolución industrial, es conocida con múltiples nombres que hacen referencia a los avances tecnológicos como pueden ser: revolución industrial 4.0, revolución tecnológica 4.0, o revolución digital y robótica, esta última haciendo referencia a que esos son los dos avances principales que caracterizan esta etapa (Gómez Salado, 2021).

1. El 29 de octubre de 1969 se produjo con éxito el primer mensaje en la red ARPANET, la cual se transformó posteriormente en la conocida como Internet que sigue usándose en la actualidad.

Actualmente se está produciendo un abaratamiento de las tecnologías que implica una mayor introducción de las mismas en todos los ámbitos de la vida humana, y ya se empieza a cuestionar si los robots nos sucederán en los puestos de trabajo relegando a los humanos, sin embargo parece que la realidad no es tanto que se produzca esa sustitución como que se implanten sistemas ciber-físicos formados por equipos de humanos y robots que se coordinan para realizar las tareas encomendadas (Muñoz Martínez, 2020).

Esta realidad puede llegar a ocasionar desigualdades entre los ciudadanos y, especialmente, entre los trabajadores ya que no todos tendrán la misma facilidad de acceso a estas tecnologías, apareciendo dos nuevos conceptos como son la brecha digital y la desigualdad digital los cuáles como refiere Martín Romero (2020) pueden verse influenciados por variados factores, siendo uno de ellos la edad.

Es por ello por lo que, en este trabajo empezaremos por delimitar qué entendemos por trabajador maduro para, tras hacer un recorrido de cómo se han ido introduciendo las nuevas tecnologías en el mercado laboral y cómo se ha llegado a imponer el teletrabajo como medida estrella ante la pandemia, analizar las repercusiones que estos cambios han tenido sobre esos trabajadores y plantear posibles medidas para minimizarlas.

2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR MADURO

Arévalo y Gómez (2016) hacen una reflexión sobre cómo estamos asistiendo a un progresivo envejecimiento de la población que, en el ámbito laboral, tiene su reflejo en un mayor peso de los trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros.

Sin embargo, nos encontramos con una primera dificultad ya que este colectivo recibe múltiples denominaciones tales como trabajadores mayores, de edad avanzada, maduros, etc. y con un segundo obstáculo y es que lo primero que tenemos que determinar es a qué colectivo nos estamos refiriendo cuando hablamos de los trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros.

No existe ninguna referencia normativa internacional, comunitaria o interna que determine cuáles son los requisitos para poder considerar que un individuo pertenece a este colectivo. Tenemos como ejemplo la Recomendación n° 162 de la OIT, específica sobre trabajadores de edad, en la que no se indica una edad determinada a partir de la cuál empezar a considerarlos dentro del grupo de edad avanzada, sino que hace referencia a aquellas personas que por causa del avance de la edad encuentran alguna dificultad en el desarrollo de su actividad laboral y deja a criterio de cada país el precisar quiénes se consideran cubiertos por esta Recomendación.

Intuitivamente podemos indicar que este colectivo debe estar más próximo a la edad de jubilación que a la edad de ingreso en el mercado laboral, aún así las normas

hacen referencia a determinadas edades muy dispares entre sí por lo que tenemos que buscar alguna referencia que facilite la comprensión y nos permita realizar los estudios necesarios.

Siguiendo la recomendación de Álvarez Cortés (2016), optaremos por seguir el criterio adoptado por el Consejo Económico y Social que sitúa dentro de este colectivo a los trabajadores a partir de 45 años, aunque haciendo una división en dos grupos: en el primero se encontrarán los mayores de 45 años y menores de 55 años; en el segundo grupo estarían los que tienen más de 55 años.

Respecto a las dificultades para realizar la actividad las causas pueden ser diversas, siendo la más comúnmente aceptada el deterioro físico que produce el envejecimiento, muchas veces motivado por dolencias que se van haciendo crónicas, esta causa, evidentemente, afecta más a medida que aumenta la edad del trabajador.

Por otro lado, nos encontramos con la dificultad de adaptación a los continuos cambios introducidos por las nuevas tecnologías, derivada bien de una falta de preparación, de carencias formativas previas o por un “analfabetismo tecnológico” que les impide reciclarse (Álvarez Cortés, 2016).

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL

3.1. Las primeras Revoluciones Industriales

Las revoluciones industriales siempre han surgido a partir de la aparición de nuevas formas de producción relacionadas con “nuevas tecnologías” y nuevos “combustibles” así como con cambios en la sociedad tanto en cuestiones políticas como económicas y, en todas ellas, los trabajadores han tenido que ir adaptándose a esas tecnologías y a las nuevas formas de producción.

Haciendo un recorrido por las diferentes Revoluciones Industriales nos encontramos que la búsqueda de nuevos adelantos técnicos fue la que propició que, alrededor de 1770 (s. XVIII), en Gran Bretaña se iniciara la conocida como 1^a Revolución Industrial, que finalizó unas 6 décadas después. Entre 1820 y 1840.

Los avances más importantes en esta etapa surgen del descubrimiento de la máquina de vapor y su aplicación, sobre todo, al transporte con la aparición de los ferrocarriles y barcos a vapor y del telar mecanizado que supuso el cambio de la producción artesanal a la producción industrial.

Siguiendo con el recorrido histórico nos enfrentamos ahora a la Segunda Revolución Industrial, que la suelen situar entre 1850/60 hasta 1914 con la Primera Guerra Mundial.

Durante este periodo se produce un nuevo cambio en el proceso de industrialización lo que supuso un cambio en el modelo económico.

Los cambios tecnológicos siguieron ocupando una posición muy destacada y fueron impulsados por la utilización de nuevas fuentes de energía (electricidad, gas, petróleo) y el empleo de nuevos materiales (níquel, manganeso, cromo...).

A esto se unen novedosos medios de transporte (el automóvil de combustión interna, el ferrocarril) y de comunicación (el teléfono y la radio).

Dentro de estos avances tenemos que destacar también la bombilla como medio de iluminación y sobre todo la cinta transportadora ya que fue fundamental para el cambio en la industria, ya que el trabajo pasó a descomponerse en tareas más pequeñas y especializadas que exigían menos habilidad, aunque más trabajadores para llevarlas a cabo, siendo un claro ejemplo el modelo de trabajo de la fábrica FORD, de cuyo nombre derivó la palabra para describirla: el Fordismo.

A lo largo del s. XX se produce la conocida como Tercera Revolución Industrial, aunque sus inicios pueden ser situados a partir de 1920 con la mejora de la aviación que ya había sido partícipe en la 1ª Guerra Mundial, y más adelante con el empleo de la energía atómica (fin de la 2ª Guerra Mundial en 1945), no es hasta la segunda mitad del siglo en que se puede hablar plenamente de 3ª Revolución Industrial que se caracteriza por la introducción de los ordenadores, la computación y la telemática, lo que conlleva un cambio drástico en la interacción entre las máquinas y el empleo debido a la ingente cantidad de información que puede ser procesada y puesta a disposición en periodos de tiempo cada vez más reducidos siendo finalmente casi instantáneo.

Respecto a los ordenadores, una vez superado el periodo basado en el uso de tarjetas perforadas que hacía inviable su uso por particulares o incluso por pequeñas empresas, podemos destacar tres etapas: la “era electrónica”, la “era de la información” y la etapa de la “sociedad global o del conocimiento” (Ordóñez Casado, 2020).

La primera va desde la 2ª Guerra Mundial hasta la década de los 80s, cuando se popularizan los PCs², es también cuando empiezan a tener su auge la telefonía móvil y el uso de internet, aunque a niveles aún muy rudimentarios.

“La segunda ocupa la década de los 90s en la que se produce el desarrollo de las redes informáticas y la aparición de la “sociedad digital” y del “mundo virtual”, produciendo, de forma generalizada, una incidencia en los sistemas y redes de almacenamiento, tratamiento, procesamiento y transferencia de la información” (Ordóñez Casado, 2020). Como ya se ha referido anteriormente coincide con la aparición de la World Wide Web.

La tercera etapa se mantiene hasta nuestros días, con redes informáticas implantadas a nivel mundial, con acceso a las mismas desde cualquier dispositivo lo que se traduce en una interacción telemática con sistemas cada vez más potentes, versátiles

2. Las siglas PC hacen referencia a “Personal Computer” es decir a los ordenadores personales que fueron popularizándose y usándose cada vez más a nivel personal y no solo profesionalmente.

y menos voluminosos, con “unas nuevas herramientas, las tecnologías de la información y la comunicación, las TIC, que permiten al ciudadano el acceso a la información, o la emisión de la misma, a través de un nuevo canal como es la red de internet, la red de redes –world wide web, www–” (Martín Romero, 2020, p.78) consiguiendo que todo esté a un click de distancia, por lo que se puede decir que estamos en la “sociedad de la información”.

3.2. La Cuarta Revolución Industrial

Entonces ¿por qué se habla de una Cuarta Revolución Industrial? y ¿cómo afecta desde el punto de vista laboral para quiénes se encuentran dentro del colectivo de trabajadores maduros?

Esta Cuarta Revolución Industrial, también conocida como Revolución Industrial 4.0, Revolución Tecnológica 4.0 o revolución digital y robótica es la que se está produciendo a raíz de la combinación de dos fenómenos relevantes como son la digitalización y la robotización de la economía (Gómez Salado, 2021).

Sus inicios se han situado al inicio de este siglo XXI, pero se caracteriza, entre otros factores, por la gran rapidez con la que los cambios tecnológicos se producen, lo que genera efectos convulsos tanto en la economía como en las organizaciones productivas y en los empleos.

Las principales tecnologías de la conocida como Industria 4.0 y sus aplicaciones comerciales son, entre otras:

El Big Data que permite analizar grandes volúmenes de datos en tiempo real, facilitando la toma de decisiones en la empresa, mejorando la eficiencia y la productividad. (Ghobakhloo, 2018 y Ghadge, Er Kara, Moradlou, & Goswami, 2020).

La ciberseguridad para prevenir el aumento de amenazas a la seguridad derivadas de la implementación a gran escala de la tecnología. (Ghadge, Caldwell, & Wilding, 2019).

La tecnología en la nube, que nos permite almacenar grandes cantidades de datos, así como el acceso a los archivos y la recuperación en tiempo real de la información requerida. (Oztemel & Gursev, 2018).

El Internet de las cosas (IoT), que permite la comunicación y la interacción con diferentes equipos y sistemas.

Los robots autónomos, actualmente la robótica ya se va utilizando en diversos ámbitos y los avances están permitiendo el que puedan interactuar entre sí y trabajar de forma segura junto con los trabajadores.

Para finalizar nos gustaría destacar que en las primeras revoluciones industriales las tecnologías que iban apareciendo servían para mejorar la productividad, sobre todo, de la mano de obra menos cualificada, imponiendo unas nuevas formas de organización a las que era fácil adaptarse y si se destruía empleo era a consecuencia de necesitarse

menos trabajadores al mecanizar los procesos, sin embargo, en la actualidad, las nuevas tecnologías no solo están siendo utilizadas para sustituir tareas manuales mediante la implantación de robots o máquinas robotizadas, sino que también se sustituye el trabajo de alta cualificación a través de la aplicación de algoritmos, e incluso tareas que requieran de gran complejidad intelectual, esto ocasiona una mayor dificultad para adaptarse y como indica Aibar Puentes (2019) al final solo quedarán ganadores y perdedores en función de su capacidad para adaptarse a los cambios tecnológicos.

3.3. El auge del teletrabajo a causa de la pandemia

Aunque las tecnologías han ido avanzando con gran rapidez, los cambios producidos por su introducción no se sucedían a igual velocidad ya que implementarlos tiene un elevado coste para las empresas.

La llegada del Covid19, con el consiguiente periodo de confinamiento, hizo que las empresas se organizaran en torno a la figura del Teletrabajo como medio de prevención para que sus trabajadores no se contagiaran en los centros de trabajo, figura que, al parecer, ha llegado para quedarse ya que al finalizar el confinamiento un gran número de empresas y organismos han seguido manteniendo a sus trabajadores en la modalidad de teletrabajo.

Llegados a este punto nos gustaría aclarar que no es lo mismo el trabajo a distancia que el teletrabajo. El primero hace referencia únicamente a que la actividad se realiza fuera del centro de trabajo principalmente en el domicilio del trabajador. En el caso del Teletrabajo estamos en aquella situación en la que además de realizarse la actividad fuera del centro de trabajo esta se realiza mediante el uso prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. (Vila Tierno y Montes Adalid, 2020).

4. LAS REPERCUSIONES DE LA FALTA DE ADAPTACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Como ya hemos referido, las tecnologías de la información y el conocimiento se encuentran completamente incorporadas en la organización de las empresas y en la mayoría de puestos de trabajo. Esto hace que los trabajadores maduros junto con las empresas deben intentar formarse y mantenerse actualizados en relación con los cambios realizados con las tecnologías ya que, en caso de no superarse los cursos de formación que la empresa debe ofertar a los trabajadores, estos pueden ser despedidos por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo y no podemos obviar que, a medida que se cumplen más años, se produce una disminución de la capacidad de aprendizaje y memoria con lo que la adaptación se complica (Ordóñez Casado, 2017).

4.1. La brecha digital generacional

Aunque el término “brecha digital” fue acuñado a partir de un intento de digitalización de las guías telefónicas de una operadora francesa de telefonía, al final de la década de los años 70 e inicios de los 80, y hacía referencia a la capacidad económica o no para poder adquirir el terminal que contenía la base de datos digitalizados, posteriormente, en los años 90, fue reutilizado en los EEUU para distinguir entre ciudadanos que podían o no tener acceso a las nuevas tecnologías dividiendo a la sociedad entre “conectados” y “no conectados” (Martín Romero 2020).

En los primeros años del s. XXI, la Oficina para la Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE– (2001) define la brecha digital como el “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”.

Dentro de los factores que pueden dar lugar a la aparición de una brecha digital nos encontramos que, en los inicios de la introducción de las tecnologías, el factor económico era de los más importantes ya que los dispositivos y el acceso a Internet tenía unos precios que no todos los ciudadanos podían permitirse, pero la evolución sufrida por esas tecnologías ha conseguido abaratar los precios de tal forma que, en la actualidad, casi cualquier persona tiene acceso a móviles y a Internet (Martín Romero, 2020).

Dentro de los factores sociales Martín Romero (2020) nos hace referencia a la localización geográfica distinguiendo entre zonas rurales y urbanas e incluso entre países con diferente grado de desarrollo. También nos indica la importancia del conocimiento de idiomas ya que en la red predomina el uso del inglés por lo que desconocer el idioma es un freno para entender las instrucciones y la información que nos proporciona Internet.

Muy importante es la brecha digital de género consistente en la diferencia de uso de las tecnologías entre hombres y mujeres, destacando el menor uso de las tecnologías por parte de las amas de casa.

Por último, aunque no menos importante, Martín Romero (2020) recoge el factor de la edad que da lugar a la brecha digital generacional, en este caso la diferencia se produce entre los nacidos en los años finales del s. XX y quienes nacieron antes de la década de los 80. Los primeros, al nacer en una época en la que ya se estaban utilizando las tecnologías se pueden considerar “nativos digitales” ya que viven el mundo digital como algo natural, y no como algo sobrenido, mientras que los segundos los denomina como analógicos o “inmigrantes digitales”.

La principal diferencia entre los nativos digitales y el resto es que los primeros son capaces de vivir inmersos en las tecnologías e incluso desarrollar o mejorar las existentes para hacerlas más eficientes, es decir pueden ir por delante de las existentes,

mientras que los segundos siempre van un paso por detrás y tienen que estar continuamente formándose y reciclándose para no quedar excluidos, esta falta de competencias y/o habilidades digitales, suele aumentar a partir de los 55 años.

En la sociedad actual el uso de internet es fundamental para casi todas las actividades diarias ya sea en la relación con las Administraciones Públicas en el acceso a la administración electrónica, la e-administration, con las entidades bancarias, en el acceso al comercio electrónico, el e-commerce; en el acceso a la formación, el e-learning; y por supuesto en el ámbito laboral no sólo en el mantenimiento del puesto de trabajo en el que se hace necesario el uso de internet y de diversas aplicaciones informáticas sino también para el acceso al mismo ya que cada vez con más frecuencia los portales de búsqueda de empleo son a través de la red.

4.2. Competencias digitales y desigualdad digital

Si bien la brecha digital fue entendida en un principio como la dificultad del acceso a internet, la realidad es que dicho acceso ya es más factible para los ciudadanos, aún cuando queden diversas zonas sobre todo de ámbito rural en las que aún no cuentan con esta posibilidad. Sin embargo, el mero hecho de poder acceder a internet no es garantía de igualdad ya que la forma en que cada uno es capaz de hacer uso del mismo vuelve a crear desigualdades digitales, por tanto, la segunda fase de la brecha digital está directamente relacionada con las competencias digitales que se posean.

Coincidiendo con Olarte Encabo (2017), la brecha digital en gran parte es reflejo de las desigualdades sociales previas ya que quien se encuentra en riesgo de exclusión social difícilmente tendrá posibilidad de acceder y hacer uso de las nuevas tecnologías sin embargo también puede generar nuevas formas de exclusión social ya que el mero hecho de tener acceso a internet no garantiza que se tengan las competencias necesarias para hacer uso de las tecnologías y poder acceder a la información y a los recursos que esta proporciona. Por tanto, se puede concluir que la pretendida inclusión e igualdad que habrían de generar las nuevas tecnologías no se produce por sí sola, sino que es necesario promover un concepto de inclusión digital desde una perspectiva integral entendiendo por inclusión digital el proceso que permite a las personas integrarse mejor o no a la sociedad de la información (Raad, 2006).

Existen variados factores que pueden incidir en el proceso de inclusión digital de una determinada persona, el primero de ellos sería el equipamiento con el que cuenta, es decir, el ordenador, los programas, aplicaciones o sistemas y el acceso a internet; el segundo factor sería la localización desde donde realiza las conexiones a la red ya que si es un espacio público puede tener limitaciones a la hora de querer acceder a determinadas páginas; y, en tercer lugar, tendríamos el contexto social e institucional de tal forma que si los adultos conviven con jóvenes se sentirán más estimulados por el ambiente tecnológico y harán uso más frecuente y variado de estas

herramientas, mientras que quien viva en espacios menos estimulantes tecnológicamente verán retrasada su inclusión digital (Torres Albero, 2017).

Centrándonos en el ámbito laboral nos encontramos que cada vez se tienen más en cuenta las competencias transversales entendiendo por estas aquellas competencias que dotan al trabajador de habilidades, actitudes y aptitudes para realizar de forma óptima su actividad. Dentro de estas competencias transversales se encuentra el uso de las nuevas tecnologías, ya que estas se han convertido en un instrumento imprescindible en todos o casi todos los ámbitos laborales, por lo que cada vez es más urgente para los trabajadores la alfabetización digital ya que quienes no alcancen un determinado nivel en estas competencias podrá llegar a ser discriminado.

Es también frecuente que a la hora de realizar estructuraciones de plantillas basadas en cambios técnicos y organizacionales que sean los trabajadores maduros los primeros a tener en cuenta para despedirlos ya que a pesar de acumular una gran experiencia suelen tener menos habilidades tecnológicas para adaptarse a los cambios introducidos.

La falta de competencias y habilidades, que con frecuencia padecen los mayores de 55 años y su incapacidad de adaptarse, los sitúan en un plano de marginación y discriminación respecto de quienes sí poseen dichas habilidades, esto es particularmente importante en el ámbito laboral ya que si no son capaces de mantener el empleo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas introducidas en la empresa, se encontrarán en situación de desempleo sin la capacidad de búsqueda para poder acceder a un nuevo empleo lo que puede convertirlos en parados de larga duración y una vez agotada la prestación por desempleo sólo podrían optar a subsidios o rentas mínimas viéndose por tanto afectada también la posibilidad de obtener una jubilación digna.

Aunque ya hemos visto que la edad es un factor que puede ir en detrimento de una buena inclusión digital, y por tanto ser causa de despido, no necesariamente tiene que ocurrir de una forma general ya que siempre existe la oportunidad de mejorar las habilidades tecnológicas a través de la formación ya sea reglada o no, máxime cuando la ley obliga al empresario a ofrecer un curso de adaptación, reconversión o perfeccionamiento ante las modificaciones introducidas con carácter previo a un posible despido ya que en caso de no ofrecerlo se considerará despido improcedente. Además, al establecerse que el tiempo de formación se considera como tiempo de trabajo efectivo se está imponiendo al trabajador el deber de hacer el esfuerzo necesario para poder reciclarse (Cruz Villalón, 2012).

5. LA FORMACIÓN COMO MECANISMO PARA FACILITAR LA INCLUSIÓN Y REDUCIR LA DISCRIMINACIÓN DIGITAL

La necesidad de formación no tiene por qué limitarse a los casos previos a un despido por inadaptación a cambios, sino que debería ser una constante en la vida del trabajador.

La realidad nos demuestra que la productividad potencial del trabajador se mantiene a pesar de la edad del mismo es por eso que la clave para no quedar obsoleto es una formación continua que evite la caducidad de conocimiento y le ayude a adquirir nuevas competencias, consiguiendo un doble objetivo: mantenerse en activo durante más tiempo e incentivar la cultura del aprendizaje permanente.

Sin embargo, nos encontramos con que igual que existen motivos que alientan a los trabajadores a mantener una actitud positiva hacia la formación existen otros que los desmotivan impidiéndoles invertir en ella.

Dentro de los factores que pueden motivar a los trabajadores y en concreto a los de edad madura a iniciar cursos de formación se encuentra en primer lugar la situación familiar que les hace plantearse la necesidad de mantener el empleo en el lugar de residencia antes de tener que buscarlo en otras localidades o incluso en el extranjero; en segundo lugar nos encontramos con el nivel de estudios del que parte el trabajador ya que a un nivel inicial más alto se corresponde un mayor interés por seguir formándose; y, en tercer y último lugar, tenemos la percepción del trabajador maduro de tener que mantenerse en activo ante la incertidumbre de tener o no suficientes cotizaciones para acceder a una buena jubilación.

Dentro de los factores que desmotivan a los trabajadores ante la formación nos encontramos en primer lugar con los relacionados con el nivel formativo que ya poseen, normalmente suele ser una escasa formación básica ya sea por el trabajo desarrollado o por las circunstancias educativas de la época, unas competencias digitales reducidas que les dificulta el acceso a la teleformación (cursos on-line), el poco dominio de otros idiomas y el bloqueo mental ante la perspectiva de aprender a aprender (Gil-Galván, 2016).

Por otro lado, se puede observar que, en ocasiones, no se sienten responsables de su situación y tienden a culpabilizar a su franja de edad y no a sus características formativas personales y a una equivocada búsqueda de empleo que no se adapta a los nuevos mercados, por lo que interpretan que no necesitan formarse o que el hecho de hacerlo no les va a solucionar el problema. Frente a la teleformación en lugar de verla como una oportunidad presentan actitudes negativas e incluso se bloquean ante la necesidad de tener que empezar desde cero en un nuevo sector u ocupación.

No podemos obviar el hecho de que en muchas ocasiones el encontrarse en el desempleo les hace caer en un estado de desmotivación y de sentirse inútiles lo que les frena para iniciar estudios o un nuevo empleo en el que previamente tengan que formarse.

A estas dificultades se une el hecho de que, aunque desde las instituciones se hace hincapié en la necesidad de que los mayores se reciclen formativamente, bien como medio de mantenimiento en el empleo o como medio para salir de la situación de desempleo, la mayoría de los cursos formativos suelen ir dirigidos a los jóvenes ya que su realidad respecto al desempleo es más preocupante que la de los trabajadores

maduros, aunque estos últimos una vez que entran a formar parte del colectivo de desempleados suelen convertirse en parados de larga duración con más frecuencia que los jóvenes como ya se ha referido anteriormente.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del texto se ha podido comprobar que el factor edad es bastante determinante en el tema de la brecha digital y de las competencias digitales, llegando a producirse en ocasiones situaciones no deseadas en el ámbito laboral como pueden ser el despido por no adaptarse a los cambios tecnológicos introducidos en la empresa.

Esta situación de desempleo se puede ver agravada al no contar con las habilidades necesarias para obtener información de nuevos empleos a través de los portales virtuales de empleo lo que puede derivar en desempleo de larga duración y de un declive hacia la exclusión social.

Es por ello que la formación es un elemento fundamental para poder mantenerse en el puesto de trabajo o para poder volver a ingresar en el mercado laboral si se ha producido un despido previo, pero debe tratarse de una formación que se adapte a la realidad de este colectivo, a sus niveles previos de estudios y a su dificultad a la hora de utilizar las nuevas tecnologías.

Para finalizar me gustaría dar respuesta a la pregunta que aparece en el título indicando que, en mi opinión, las nuevas tecnologías si pueden ser causa de discriminación ya que frente a la utilización casi intuitiva que hacen los jóvenes nacidos dentro de la era digital nos encontramos con los mayores que necesitan realizar un gran esfuerzo en formación y adaptación al entorno digital para, a veces, no llegar a alcanzar el nivel de los jóvenes por lo que a la hora de buscar trabajadores las empresas se van a decantar con más seguridad hacia un joven formado digitalmente y con gran capacidad de adaptación que por un trabajador maduro con una gran experiencia “analógica” pero bastantes dificultades digitales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Aibar Puentes, Eduard, (2019), “Revoluciones industriales: un concepto espurio”, *Oikonomics: Revista de economía, empresa y sociedad*, nº 12, 1-8 Recuperado de: <https://doi.org/10.7238/o.n12.1909>
- Álvarez Cortés, Juan Carlos, (2016), “Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada”, en Morales Ortega, José Manuel (Dir.). *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Murcia, Laborum, 81-130.

- Arévalo Quijada, María Teresa y Gómez Domínguez, Dolores, (2016), “Aspectos demográficos y económicos. Empleo y desempleo de las personas de edad”, en Morales Ortega, José Manuel (Dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Murcia, Laborum, 55-80.
- Cruz Villalón, Jesús (2012), “Los cambios en materia de extinciones individuales en la Reforma Laboral de 2012”, *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 23-24, 121-147.
- Ghadge, Abhijeet, Caldwell, Nigel, Weiß, Maximilian & Wilding, Richard (2019), “Managing cyber risk in supply chains: a review and research agenda”, *Supply Chain Management*, 25(2), 223-240, Recuperado de: <https://doi.org/10.1108/SCM-10-2018-0357>
- Ghadge, Abhijeet, Er Kara, Merbe, Moradlou, Hamid & Goswami, Mohit, (2020), “The impact of Industry 4.0 implementation on supply chains”, *Journal of Manufacturing Technology Management*, 31(4), 669-686. Recuperado de: <https://doi.org/10.1108/JMTM-10-2019-0368>
- Ghobakhloo, Morteza, (2018), “The future of manufacturing industry: a strategic roadmap toward Industry 4.0”, *Journal of Manufacturing Technology Management*, 29(6), 910-936, Recuperado de: <https://doi.org/10.1108/JMTM-02-2018-0057>
- Gil-Galván, Rosario, (2016), “La formación como elemento condicionante al empleo de las personas de edad avanzada”, en Morales Ortega, José Manuel (Dir.). *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Murcia, Laborum, 153-170.
- Gómez Salado, Miguel Ángel, (2021), *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Navarra.
- Martín Romero, Ana María, (2020), “La brecha digital generacional”. *Temas Laborales*, 151/2020, 77-93.
- Muñoz Martínez, Víctor Fernando, (2020), “Presentación ¿Tenemos miedo a los robots?”, en Ordóñez Casado, María Iluminada (Coord.) *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: Una aproximación multidisciplinar*, Murcia, Laborum, 15-18.
- OCDE (2001), Comprender la brecha digital, *Documentos de economía digital de la OCDE*, No. 49, Publicaciones de la OCDE, París. Recuperado de <https://doi.org/10.1787/236405667766>.
- Olarte Encabo, Sofía, (2017), “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas Laborales*, 138/2017, 285-313.
- Ordóñez Casado, María Iluminada, (2017), “La edad como factor desencadenante de la extinción contractual”, en Álvarez Cortés, Juan Carlos, (Dir.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*. Murcia, Laborum, 235-247

- Ordóñez Casado, María Iluminada, (2020), “Nuevas tecnologías en las Administraciones Públicas: su uso en el ámbito de las relaciones laborales”, en Ordóñez Casado, María Iluminada (Coord.), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: Una aproximación multidisciplinar*, Murcia, Laborum, 137-160.
- Oztemel, Ercan, & Gursev, Samet, (2020), “Literature review of Industry 4.0 and related technologies”, *Journal of Intelligent, Manufacturing*, 31(1), 127-182, Recuperado de: <https://doi.org/10.1007/s10845-018-1433-8>.
- Raad, Ana María, (2006), “Exclusión digital: nuevas caras, viejos malestares”. *Revista Mad.*, 14, 40-46, DOI: 10.5354/0718-0527.2011.14203.
- Rubbi, Lautaro N., Barlaro Rovati, Bruna, and Petraglia, Axel, (2020), “¿Perdidos o salvados? El futuro del trabajo frente a la cuarta Revolución Industrial”. *Desde el Sur* 12(1), 307-342.
- Torres Albero, Crisóbal, (2017), “Sociedad de la información y brecha digital en España”, *Panorama Social*, 25 (1er trim.), 17-33.
- Vila Tierno, Francisco Adolfo, y Montes Adalid, Gloria. (2020), “Breves notas introductorias en torno a la definición del teletrabajo. La evolución hacia un nuevo modo de prestación laboral”, en Ordóñez Casado, María Iluminada (Coord.), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: Una aproximación multidisciplinar*, Murcia, Laborum, 19-30.

¿DISCRIMINATORIA? REGULACION DE LA RELACION LABORAL ESPECIAL DE TRABAJO DOMESTICO¹

DISCRIMINATORY? REGULATION OF THE LEGAL FRAMEWORK OF DOMESTIC WORK

María Gema Quintero Lima
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID: 0000-0002-0014-2709
mariagema.quintero@uc3m.es

RESUMEN: La regulación de la relación laboral especial de servicios al hogar familiar parece estar contextualizando como eventualmente discriminatoria. De ahí que se hayan de apuntar los extremos normativos en los que el tratamiento legal diferenciado, con estándares de protección inferiores respecto de la relación laboral común pueden ya no estar objetivamente legitimados. Esa misma intuición de tratamiento desigual injustificado se puede predicar de la regulación del sistema especial de Seguridad Social, tanto en la vertiente del encuadramiento cuanto de la protección misma. En este ámbito la Jurisprudencia Europea apunta algunas líneas de reflexión futura.

PALABRAS CLAVE: Trabajo doméstico; discriminación; condiciones de trabajo; protección social; desempleo.

ABSTRACT: The legal framework of domestic work, in a new context, could become itself as possibly discriminatory. Hence, it is necessary to point out the normative issues in which the differentiated legal treatment, with lower protection standards, regarding the common employment relationship, may no longer be objectively legitimized. That same intuition of unjustified unequal treatment can be predicated of the regulation of the special Social Security special schem, both in terms

1. Esta contribución se inscribe en el Proyecto “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31).

of eligibility and protection itself. In this subject European jurisprudence points out some lines for a future debate.

KEYWORDS: Domestic work; discrimination; work conditions; social protection; unemployment.

SUMARIO: 1. LOS TRABAJOS DE CUIDADO, SU DESVALOR Y UNA REGULACIÓN CUESTIONABLE. 2. EL TRABAJO DE CUIDADOS OBJETO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR. 2.1. La justificación de un estatuto laboral diferenciado. 2.2. Desiguales derechos sociolaborales. 2.2.1. *Salario y Tiempo de trabajo*. 2.2.2. *La protección de la salud laboral y la prevención de riesgos laborales*. 2.2.3. *La (in)estabilidad en el empleo*. 2.3. La (in)exigibilidad de los derechos y la informalidad laboral. 3. LA DESIGUAL PROTECCIÓN SOCIAL. 3.1. Algunos apuntes primeros. 3.1.1. *Especialidades de encuadramiento y cotización*. 3.1.2. *Las contingencias profesionales*. 3.1.3. *El –de facto– freno al disfrute efectivo de las prestaciones*. 3.2. La –quizás discriminatoria– exclusión de la protección por desempleo. 3.2.1. *La cuestión prejudicial: las personas empleadora y empleada quieren cotizar por desempleo y no pueden por imposibilidad legal*. 3.2.2. *Las Conclusiones del Abogado General*. 3.2.3. *La sentencia de 24 de febrero de 2022*. 4. LA ELIMINACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DESIGUAL, QUIZÁS DISCRIMINATORIO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS TRABAJOS DE CUIDADO, SU DESVALOR Y UNA REGULACIÓN CUESTIONABLE

A pesar de la esencialidad, los trabajos de cuidado ni se encuentran organizados en un sector productivo como tal, ni están sometidos a una regulación jurídico-laboral lo suficientemente protectora como para no generar situaciones de precariedad –incluso pobreza– laboral.

Esa precariedad, además, tiene manifestaciones diferenciadas según se refiera: a) al ámbito del trabajo de cuidados amparado en la relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RD 1620/2011 en adelante); o b) al ámbito de los cuidados ubicados institucionalmente en el sistema de atención sociosanitaria de las personas en situación de dependencia.

Sin perjuicio de su trascendencia, conviene posponer ahora el segundo ámbito y centrarse en el primero. Porque, en el muy reciente asunto C-389/20, encontramos justificación suficiente para volver a plantear la duda acerca de la eventual regulación discriminatoria contenida en la –precedente y –actual regulación de la relación laboral especial de trabajo doméstico.

La duda se suscita a partir, de una parte, de la existencia de una relación laboral especial en sí misma, en la que algunas condiciones laborales presentan una intensidad protectora cuestionable desde una perspectiva de género. De otra parte, la

supresión del Régimen especial de Seguridad Social de Empleado de Hogar en 2011 se realizó a través de una integración imperfecta en el Régimen General de la Seguridad Social. En efecto, se mantienen aún especialidades relativamente incomprensibles (cotizaciones por tramos/tarifadas, exclusión del desempleo, por señalar lo más evidente), que abocan al colectivo de personas trabajadoras de servicio domésticos a un estándar de protección bastante inferior al previsto tanto en el Régimen general, cuanto en otros Regímenes Especiales supervivientes.

2. EL TRABAJO DE CUIDADOS OBJETO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Por abreviar, y sin perjuicio de que se ahonde después, en algunos aspectos, la precariedad se ha evidenciado en este ámbito en la presencia unos niveles de informalidad laboral incuantificables² a lo que se une que, cuando se trata de una prestación laboral formalizada, existen estándares normativos inferiores a los previstos para las personas trabajadoras de régimen común (Estatuto de los Trabajadores). Lo anterior no hace sino provocar tasas de pobreza laboral relevante³.

2.1. La justificación de un estatuto laboral diferenciado

En su momento, en su origen postconstitucional, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, que regulaba el Estatuto de los trabajadores en cumplimiento del mandato constitucional del art 35.2 CE, consideró la relación de servicio del hogar familiar como una

2. La informalidad puede tener una causa jurídica clara, ligada a la regulación española de los regímenes administrativos de estancia y trabajo de las personas extranjeras. Pero también está ligada a la consideración social del trabajo doméstico, y de la tolerancia al trabajo en la economía sumergida. Tanto de las personas trabajadoras que sí podrían formalizar su situación, pero por diversas razones (no quieren declarar ingresos, eminentemente) no lo desean, como tanto de las personas empleadoras particulares que *de facto* pueden no cumplir la normativa laboral y de seguridad social porque es muy difícil que sean fiscalizados y, por ende, sancionados por el incumplimiento normativo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene muchas dificultades para comprobar la existencia de una relación laboral y las condiciones en las que se desarrolla, y el sujeto empleador no tiene apenas incentivos para visibilizar su contratación. De suerte que se deja a la moral individual el cumplimiento de la norma.

3. Que ya fue denunciada por el Relator Especial De Naciones Unidas en su vista a España en febrero 2020, y por tanto, antes del recrudecimiento de la pobreza como consecuencia de la crisis económica derivada de la pandemia. (Alsthor 2020, p. 19 y ss). Tal es así que, respecto de las trabajadoras domésticas en momentos pandémicos se ha requerido una acción legal inaudita, como la de la creación del subsidio extraordinario por desempleo en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (Álvarez Cortes, 2020).

relación laboral de carácter especial (art 2.1.b). Y lo hacía a partir de la especial relación de confianza con el empleador, por cuanto la prestación laboral requería una convivencia íntima, forzosa y continuada en el espacio limitado del hogar familiar. El legislador allí, entonces, dotaba de mayor relevancia al lugar de trabajo, que a la prestación de servicios en sí misma.

Así, en la normativa anterior, se objetiva esa idea primera, de suerte que el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, justifica las especialidades, que en realidad suponen entonces ya desigualdades diferenciales de protección laboral atendiendo al lugar de la prestación. Justificación que se mantiene casi treinta años después, cuando se deroga esa norma, y se aprueba una nueva norma reglamentaria que moderniza la regulación jurídica de la relación laboral especial. Sin perjuicio del avance que supone respecto de la norma anterior, el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (RD 1620/2011 en lo sucesivo) sigue justificando las diferencias, aún significativas, en el estándar protector apoyándose en idéntico motivo⁴, lo que enervaba cualquier sospecha de regulación discriminatoria.

2.2. Desiguales derechos sociolaborales

La principal causa de generación de la desigualdad de derechos pivota en varios condicionantes, la mayor parte de ellos normativos, pero que se intensifican con cuestiones de índole sociológica.

En primer lugar, en la norma se produce una remisión esencial a la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones laborales de la prestación de servicios en el hogar. Esta individualización de la fuente de obligaciones presupone una igualdad de armas negociales que no siempre existe. Tanto menos cuanto la persona trabajadora sea una mujer extranjera en situación irregular, o sea una mujer nacional que, a falta de otro tipo de oportunidades laborales, precise trabajar para obtener medios de subsistencia. En tercer lugar, la inexistencia de un empleador empresarial dificulta el despliegue de las herramientas clásicas de las

4. En la parte expositiva de la norma reglamentaria de 2011, el legislador justificaba la especialidad de la relación laboral afirmando que “Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo”.

relaciones laborales colectivas, de suerte que no cabe representación colectiva (sindical/legal) en el hogar, ni se hacen posibles procesos colectivos convencionales de negociación de condiciones de trabajo.

2.2.1. Salario y Tiempo de trabajo

En el sinalagma esencial de la prestación de servicios, la contrapartida natural del trabajo es el salario. El derecho al salario, no tanto jurídicamente, sino *de facto*, resulta ser un derecho debilitado para las trabajadoras domésticas. La norma reglamentaria (art 8 RD 1620/2011) fija la obligación de remunerar, al menos, con el salario mínimo interprofesional (SMI), pero proyectado a jornadas completas 40 horas semanales de promedio anual). Cantidad que puede ser negociada individualmente al alza.

Si se piensa, la asunción por los hogares particulares de un salario a tiempo completo no siempre es plausible (por la limitación de ingresos familiares) o no siempre resulta deseable a las personas cabeza de familia (porque se prefiera la reasignación de recursos a otras finalidades).

En la medida en que las partes pueden negociar el tiempo de trabajo (en los términos del art 9 RD 1620/2011), pero no hay obligaciones formales de registro de los contratos ni del tiempo de trabajo, no cabe que la Inspección de Trabajo compruebe –pero tampoco la representación colectiva de los trabajadores, que sí tiene esas facultades en la empresas– las horas de trabajo realmente efectuadas. En este sentido, y sin que se pueda ahondar en ello, es remarcable la diferenciación legal entre tiempos de trabajo y tiempos de presencia. Estos no computan a efecto de tiempo de trabajo efectivo, si bien han de ser remunerados, o compensados con descansos, según se acuerde. La gestión, entonces de tiempo-salario se produce en la órbita privadísima del hogar familiar.

En consecuencia, entonces, la remuneración efectiva del tiempo de trabajo, conforme al valor mínimo legal de n-euros/hora de trabajo queda supeditada a la ética individual de la persona empleadora e, incluso, al valor que la propia persona trabajadora dé a su hora de trabajo. Y aquí la idea de salario digno, del salario suficiente en el marco del Trabajo Decente adquiere todo su significado⁵.

Así, cuando las cuantías del SMI se han incrementado, entonces, se observa una tendencia al ajuste formal entre el salario anteriormente recibido y las horas a las que haría referencia conforme al nuevo valor/hora. De manera que las jornadas a tiempo completo se transformaron en jornadas parciales. Bastaba negociar un tiempo de

5. López Insua 2020.

trabajo ajustado al coste previsto por cada hogar, que podría no corresponderse con el tiempo realmente trabajado.⁶

Junto a lo anterior, habría que llamar la atención sobre la regulación del salario en especie (alojamiento y manutención), especialmente en el estrambótico supuesto del trabajo en régimen de interna. Modalidad en la que el tiempo de trabajo también reviste particularidades especiales, legales y fácticas.

2.2.2. *La protección de la salud laboral y la prevención de riesgos laborales*

De un modo evidente a partir de la crisis de emergencia sanitaria (porque el COVID19 ha hecho reconsiderar la prevención y la protección de los riesgos laborales en general) es preciso llamar la atención sobre el déficit de protección en materia de seguridad y salud que sufren las personas/mujeres trabajadoras de servicio doméstico.

De un modo más concreto, la desigualdad laboral tiene un sustento normativo, que se concreta en la exclusión del trabajo de servicio doméstico (art 3.4 RD 1620/2011) del ámbito de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Esta norma reguladora de la relación laboral especial no ignora la cuestión, si bien apenas traza obligaciones difusas y vagas para la persona empleadora. De suerte que establece que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice “en las debidas condiciones de seguridad y salud”; eso entraña que normativamente se haya establecido que dicho empleador deba adoptar “medidas eficaces”, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico.

No se concreta mucho más, y, obviamente, no se contemplan otros modos de verificación de cumplimiento ni sanciones administrativas por incumplimiento; solamente se prevé una mera reacción en el ámbito privado de la relación laboral, de modo que el incumplimiento grave de esas obligaciones difusas es justa causa de

6. Lo que ha generado la necesidad de que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social iniciara en febrero de 2021 una campaña de comunicación con los hogares en los que constaban jornadas a tiempo completo, para que ajustaran la nueva cotización a los previsto tras la subida del SMI, (950 euros/mes en 14 pagas o 1.108,33€/mes con prorrateo de pagas extras). La finalidad no era otra que garantizar que ni la remuneración ni la base de cotización fueran inferiores al nuevo SMI. Como consecuencia del envío de comunicaciones se regularizaron 47.779 relaciones laborales. El 82% sin reducir la jornada de trabajo, y el 93,1% aumentándola retribución declarada antes de la recepción de la notificación enviada por la Inspección de Trabajo en el marco del Plan. (https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/documentos/Nota_Prensa_ServHogar_2022.pdf)

Esa campaña se reedita en febrero 2022, en este caso referida a las personas trabajadoras a tiempo parcial. (https://www.mites.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2022/01/20210131_Not_web.html)

dimisión del empleado (art. 7.2º RD 1620/2011), sin que haya una óptica preventiva mínima.

Desde el punto de vista de las funciones y tareas del trabajo doméstico –las esenciales de limpieza y cuidado (de menores y personas en situación de dependencia)– tienen una réplica en régimen de trabajo común (sector de limpieza y cuidados sociosanitarios) donde sí cabe deslindar reglas preventivas específicas, esas no se extrapolan en modo alguno en los servicios en el hogar, y podrían serlo.

De igual manera, a falta de reglas, sería plausible la búsqueda de otras soluciones jurídicas, por extrapolación de las reglas generales sobre manipulación de cargas, sobre trabajos en altura, sobre uso de –y consecuente multiexposición a– determinados productos químicos, o sobre realización de tareas repetitivas.

Desde una óptica psicosocial (de salud mental), entre las condiciones del trabajo de servicio doméstico, una de las más sensibles es el tiempo de trabajo. Porque cabe la figura del empleado de hogar interno, y en el otro extremo, el empleado a tiempo parcial (que seguramente preste servicios sucesivos para distintos empleadores). En una zona intermedia, se prevé una jornada estándar de 40 horas semanales y de tiempos de presencia suplementarios, limitados legalmente, previo pacto. Los periodos de descanso, del mismo modo, quedan dentro del margen de ajuste de cada hogar, en la medida en que quedan remitidas al pacto. De forma que el estado de salud podría verse afectado, por sobreesfuerzos, estrés o factores análogos. Tanto más en la medida en que se puedan plantear vicisitudes para la empleada de hogar en sus propios procesos de conciliación de la vida laboral y familiar o personal.

En adición, la polivalencia de partida es una característica común. Algo que no resulta baladí en el siguiente sentido: el trabajo doméstico aglutina dos grandes núcleos de tareas: a) las ligadas al cuidado de personas, y b) las ligadas a las tareas del hogar (cocina y limpieza en sentido amplio). Por lo que respecta a las primeras, cabría distinguir entre las tareas de cuidado de niños, enfermos y mayores o personas dependientes. Por lo que se refiere a las segundas, cabe un abanico amplio de grados de intensidad y complejidad, atendiendo al tipo de hogar familiar (superficie y tipo de vivienda, número de miembros etc.) Para mayor complicación, cabe que una misma persona pueda ser compelida a realizar varios tipos de tareas de sendos grupos, simultánea o sucesivamente, de forma regular o irregular, con plazos o sin ellos.

El pluriempleo es otra realidad habitual. Se pone así de manifiesto cómo es posible intensificar sus efectos en los casos en que el trabajo doméstico se realice para uno o para varios empleadores. La existencia de empleador único o múltiple afecta a la efectividad en el cumplimiento de deberes y la exigibilidad de derechos contemplados en el régimen jurídico de la relación laboral misma. Eso provoca, de facto la prestación laboral sin solución de continuidad con eventuales empleadores concomitantes y/o sucesivos; algo que desdibuja los contornos de la responsabilidad jurídica de cada uno de ellos. Y supone un factor acelerante de un eventual proceso de

deterioro de la salud (en su doble dimensión, salud femenina ligada a la edad y salud laboral ligada al tipo y régimen de trabajo).

A eso se sumaría la existencia de sujetos intermediarios (con o sin ánimo de lucro) entre empleada de hogar y empleador, lo que introduce un halo de indefinición y debilitamiento del poder negocial de la trabajadora al servicio doméstico.

Además, si es verdad que el empleador puede no ser un sujeto equiparable al empleador empresario, que tiene recursos y herramientas preventivas diversas, tampoco sería descabellado mancomunar las obligaciones preventivas en torno a entidades públicas especializadas, que informara, formaran o, incluso, pudiera ofrecer equipos de protección a las trabajadoras, descargando al empleador del peso del cumplimiento del deber general de prevención estándar.

2.2.3. *La (in)estabilidad en el empleo*

Aunque habría otros muchos elementos diferenciadores de derechos sociolaborales, cabría señalar ahora un último ámbito de infraprotección jurídico-laboral.

Así, en efecto, si la relación jurídico-laboral desde sus orígenes, se conforma en torno a la idea de un eventual principio de estabilidad en el empleo, por el contrario, la relación laboral especial se construye ante una idea opuesta, en la medida en que se prevé el libre desistimiento de la persona empleadora como herramienta unilateral en la extinción del contrato de trabajo.

Hilvanada con las anteriores, la inexigibilidad del contrato por escrito no resulta ser una cuestión baladí. Y, a pesar de las cautelas formales establecidas en la norma en el artículo 5 RD 1620/2011, la relación jurídica es habitual que se mantenga en cierto régimen de informalidad, lo que habrá de repercutir en la fijación de las condiciones de trabajo y en la (in)exigibilidad de derechos y obligaciones mutuos. Con especial trascendencia en lo relativo a la reacción frente al despido. Porque, a falta de contrato, cualquier proceso de impugnación contra el despido va a requerir una declaración judicial de existencia de laboralidad, lo que transforma al juez en un objetivador de ajenidad y subordinación en la prestación de servicios de cuidado en el hogar.

A lo anterior se suma la especial regulación que de la institución de la extinción contractual se hace, como gran especialidad, en efecto, como causa de extinción, se prevé normativamente la posibilidad del desistimiento de la persona empleadora⁷. La Disposición Adicional 2ª.2. 1ª RD. 1620/2011 había dejado pendiente la valoración de la posibilidad de aplicar el régimen extintivo común a la relación especial. Pero, como sigue sin haberse reunido el grupo de expertos allí previsto, está siendo en sede

7. El contrato puede extinguirse también por desistimiento del empleador, que podrá decidirse en cualquier momento del transcurso de la relación laboral y que deberá comunicarse por escrito en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa. Se exigen dos requisitos adicionales (art. 11.3 RD 1620/2011)

jurisdiccional donde se han de resolver las vicisitudes ligadas al desistimiento, a las calificaciones del despido y a la cuantificación de las indemnizaciones⁸.

Y en esa labor aplicativa, incluso, los órganos juzgadores se encuentran con dificultades interpretativas del régimen vigente dentro de nuevos impulsos axiológicos ligados al Trabajo Decente, la tutela de derechos laborales y la protección de la parte vulnerable del contrato. En esta dirección, algunos tribunales han venido exigiendo (sin que haya aun doctrina unificada) que para que el sujeto empleador pueda optar por un desistimiento acausal, ha de cumplir con requisitos formales constitutivos, de suerte que el incumplimiento de esas exigencias de forma conduce a presumir – sin que queda de facto prueba en contra– que se opta por un despido (art 11.4 RD 1620/2011).

Pues bien, en la figura del despido vuelve a plantearse la estupefacción por la especialidad de la normativa. A diferencia del régimen previsto para la relación laboral común en la norma estatutaria, en la relación laboral especial solo se contempla el despido disciplinario, y con solo dos calificaciones posibles: improcedente y procedente. Y en el primer caso, la norma especial contempla una regla de cálculo de indemnización también distinta de la prevista en la norma estatutaria, de 20 días por año de servicio, frente a los 33 días generales en la relación laboral común.

Como vicisitudes añadidas a las anteriores, se halla la –aparente– imposibilidad de calificar la nulidad del despido y, por ende, no cabe reingreso automático al servicio del hogar familiar, lo que se acaba traduciendo en el reconocimiento judicial de improcedencia, con reconocimiento de esa indemnización mermada y sin derecho a salarios de tramitación. No obstante, hay alguna sentencia muy reciente que retoma la cuestión, para potenciar el carácter supletorio del Estatuto de los Trabajadores. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala social) de 11 de enero de 2022 (sentencia núm. 1/2022 RCU. 2099/2019) se considera extrapolable la protección objetiva del embarazo ex 55.5 b) ET a las trabajadoras domésticas⁹. Desde una clara perspectiva de género, se entiende precisa la aplicación supletoria de las normas del despido, en la medida en que el embarazo afecta exclusivamente a las mujeres y la regulación incompleta del RD 1620/2011 se aplica también mayoritariamente a mujeres¹⁰.

8. Benavente Torres 2019.

9. Lo que tiene sentido una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido al periodo de prueba, la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo de prueba tampoco se puede utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar

10. Respecto de las consecuencias de la calificación de nulidad, se declara: 1º) que no procede la readmisión por la especialidad de la relación laboral; 2º) que la fórmula indemnizatoria no puede ser la del RD 1620/2011, sino la del despido del ET ordinario; y 3º) que se devengan salarios de tramitación hasta la sentencia de instancia, además de indemnización por daños y perjuicios derivada de la vulneración de un derecho fundamental.

En síntesis, la consecuencia última de las previsiones normativas desiguales en materia de extinción sería, de facto, que la persona trabajadora pierde poder de negociación (inicial y de mejora) de sus condiciones laborales. Especialmente relevante es, entonces que cabe, incluso que se genere una cierta inexigibilidad de los derechos sí reconocidos por la norma, porque no es aplicable la garantía de indemnidad.

La precarización del trabajo de cuidados en esta vertiente del trabajo doméstico es, entonces, máxima. Tanto más cuanto este colectivo está excluido de la protección por desempleo, como se verá más adelante. De forma que, desistida la persona empleadora del contrato, o realizado un despido disciplinario, siquiera improcedente, la trabajadora nunca va a contar con la protección directa del Sistema de Seguridad Social, ni en la vertiente contributiva ni asistencial, de su situación de desempleo; lo que la conduce al riesgo de pobreza y exclusión consiguiente.

2.3. La (in)exigibilidad de los derechos y la informalidad laboral

Como se acaba de indicar, paradójicamente, este entramado normativo repleto de especialidades conduce a la desigualdad de las trabajadoras, que, además, no pueden, ni siquiera, exigir eficazmente esos derechos desiguales.

Primero por el influjo psicológico del libre desistimiento del empleador, pero, especialmente, por –cuando es el caso, prestan sus servicios de cuidado en el hogar en régimen de informalidad.

La ausencia de contrato en una prestación laboral dentro de la economía sumergida tiene un efecto evidente: la invisibilidad de la relación jurídica. De modo que no hay ni derechos ni obligaciones ligadas a la prestación de los trabajos de cuidado en el hogar. Salvo que se pueda hacer aflorar, a través de la presunción general de laboralidad (artículo 8 ET), que requiere la intervención judicial preceptiva. A este respecto, la mayoría de los casos de informalidad tienen una complejidad añadida, por cuanto se imbrican con una dimensión administrativa referida al estatuto (ir)regular de la estancia/trabajo en España, conforme a la legislación de Extranjería.

Por simplificar la cuestión, los defectos de un Derecho migratorio omnicompreensivo han generado la presencia en España de un número no desdeñable de mujeres extranjeras extracomunitarias que, a falta de otras posibilidades laborales, han de prestar una actividad laboral en régimen de informalidad. Y el sector de los cuidados (junto con el agrario), es uno de los espacios donde les resulta posible. Y esas posibilidades de informalidad enraízan fuertemente con la existencia de un empleador particular que no es empresario (que no está registrado como tal en las entidades públicas tributarias, laborales o de seguridad social), que no puede ser vigilado ni –fácilmente– controlado mediante los sistemas ordinarios de verificación del cumplimiento de la normativa laboral (Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

A lo que se une una cierta aceptación social de la informalidad en este ámbito, donde no hay un desvalor general a la contratación *en negro* y se ha desarrollado una creencia de generalización de la tolerancia del incumplimiento (“*todo el mundo lo hace*”).

Esa informalidad ha puesto de relieve su enorme trascendencia en tiempos de pandemia. Así, la exclusión de las trabajadoras de servicio doméstico de la protección por desempleo propició la necesidad de crear un producto prestacional de urgencia: el subsidio extraordinario de desempleo para las trabajadoras de servicio doméstico¹¹. Ellas no podían ser nunca sujetos de un ERTE, ni podían teletrabajar. Pero sus empleadores, según su particular circunstancia, podían disponer del devenir de la existencia misma de las relaciones laborales vigentes, para suspenderla (porque no precisaba los cuidados temporalmente o tenía miedo a contagios), o para extinguirla (por idénticas razones llevadas al extremo). Pues bien, la informalidad del sector ha generado que esta herramienta prevista como elemento de amortiguación de la pobreza, aunque débil, no haya podido ser aplicada a trabajadoras en situación irregular o en empleo no declarado¹².

En esa misma dirección, la informalidad laboral, que conlleva la falta de cotización al Sistema de la Seguridad Social, impide que las mujeres trabajadoras puedan ser sujetos protegidas por el sistema y también impide que puedan acceder a una prestación en los supuestos en que sufran algunas de las situaciones de necesidad contempladas (enfermedad, maternidad, incapacidad, muerte y supervivencia, vejez). Quien no tiene contrato no puede estar dado de alta, ni cotizar ni, por ende, generar derechos.

Esa informalidad, y la imposibilidad de ser sujeto de derechos como consecuencia de disfunciones sistemas del ordenamiento jurídico no deja de ser un género de violencia institucional que, en ocasiones, es verdad que se resuelve también a través de las instituciones judiciales. Porque la informalidad del trabajo doméstico provoca la inexistencia del sujeto jurídico, y hace precisa la reconstrucción jurídica judicializada de la condición misma de persona trabajadora, que antes no existía como tal¹³.

En suma, hoy esta regulación laboral, adolece de un enfoque de género lo que ha contribuido a agravar las consecuencias derivadas de la pandemia del COVID-19 en este colectivo de trabajadoras. Y eso llevaría incluso a plantearse si no será una regulación no solo desigual, sino incluso discriminatoria, sobre lo que se volverá más adelante.

11. Art. 30 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

12. Paralelamente, respecto de las mujeres que sí tenían derecho, la gestión de la prestación ha presentado tantas fallas que no ha podido disfrutar de las prestaciones hasta varios meses después.

13. Se puede ver que, en la mayoría de los casos litigiosos, normalmente impugnaciones de despido que se resuelven en la jurisdicción social, lo primero que ha de hacer el órgano judicial es declarar la existencia de relación laboral, a partir de la presunción de laboralidad porque, o no hay contrato o si hay acuerdo es verbal y se dan circunstancias de irregularidad administrativa.

3. LA DESIGUAL PROTECCIÓN SOCIAL

Desde la perspectiva de la protección social, a esos condicionantes anteriores, se suma que la trabajadora doméstica es un sujeto asegurado en un sistema especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social; pero con demasiadas especialidades; lo que va a impedir que, aun en situación de regularidad de la relación jurídico-laboral, tengan los mismos derechos prestacionales que una persona trabajadora sujeta al régimen laboral común¹⁴. De todas las desigualdades presentes en este ámbito, las más llamativas hacen referencia a las peculiaridades en la cotización, de una parte; y, de otra, a la exclusión de la protección por desempleo. En el ámbito prestacional, además, habría algunas particularidades que conducen a una intensidad protectora inferior a la de la persona trabajadora común.

3.1. Algunos apuntes primeros

Antes de entrar en la exclusión de la protección por desempleo, quizás sea útil referirse a aspectos otros más concretos, para poder evidenciar la desigual protección jurídica de este colectivo de trabajadoras, que justificaría una acción legislativa relativamente inminente.¹⁵

3.1.1. *Especialidades de encuadramiento y cotización*

De un lado, en algunos supuestos (contratación por menos de 60 horas al mes), cabe la posibilidad de que la persona trabajadora en el hogar familiar se haya de responsabilizar de las gestiones de encuadramiento y cotización.

De otro lado, como ya se viera más arriba, el régimen laboral y los condicionantes sociológicos concomitantes eran susceptibles de generar fenómenos de infradecларación e infracotización. Además de ser el efecto del sistema normativo y de las ineficiencias de los mecanismos de control del cumplimiento normativo, la situación se agrava cuando, además, en el sistema de Seguridad Social español, a diferencia de los que sucede en el Régimen General de la Seguridad Social, no hay cotización por

14. En efecto, de 1969 hasta 2011 estuvo vigente un Régimen Especial de Seguridad Social, que mantenía estándares de protección muy alejados del Régimen General de la Seguridad Social (Sanz Sáez, 2017). Sin embargo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social procede a la incorporación del colectivo de trabajadoras domésticas reguladas por la relación laboral especial dentro del RGSS. Pareciera que así se produciría la plena equiparación de derechos de Seguridad Social. Sin embargo, se diseña un sistema especial, aparentemente referido solo a los actos de encuadramiento y la cotización, pero que también mantiene desigualdades originarias respecto de ciertas prestaciones (Benito Benítez, 2019.)

15. Morales Ortega, 2021.

salarios reales, sino por tramos¹⁶. A lo que suma que cabe que el sujeto empleador no siempre tenga que ser el sujeto responsable del ingreso de la cotización, sino que, en determinados casos será la trabajadora la que asuma esa obligación. Tras la autodeclaración, entonces, se pueden esconder estrategias variadas para reducir el coste del trabajo de cuidados para el sujeto empleador, pero también para la empleada¹⁷.

3.1.2. *Las contingencias profesionales*

Las dificultades en materia de prevención de riesgos laborales en el hogar tienen una influencia inmediata en la protección que se haya de dar a las contingencias profesionales y, por efecto, en la reconducción incorrecta de múltiples situaciones laborales relativas a la salud al ámbito de las contingencias comunes. Lo que genera distorsiones evidentes en materia protectora. Así, habrá situaciones que no reciban protección o que reciban una protección inferior como accidente no laboral o enfermedad común¹⁸.

A las vicisitudes de concretar las obligaciones preventivas del empleador, se suma otra más, la de delimitar las fronteras difusas: a) entre ciertas patologías susceptibles de desarrollarse como consecuencia del desempeño de servicios en el hogar familiar, pero también como consecuencia de la realización de actividades ordinarias al margen de una prestación laboral y, b) entre la evolución de la salud natural de las mujeres (menstruaciones, puerperios, menopausia) y la realización de una actividad laboral. Como paradigma de esta dificultad se encontrarían dos tipos de patologías: las ligadas a los trastornos musculoesqueléticos, y las ligadas a la salud mental (depresión, ansiedad, fatiga crónica y patologías derivadas de ellas).

3.1.3. *El –de facto– freno al disfrute efectivo de las prestaciones*

Como consecuencia de las condiciones fácticas en las que se desarrolla la prestación laboral (intima vinculación con la persona empleadora cabeza de familia), en la práctica, hay ciertas prestaciones que pueden servir “la embestida de la realidad” y, por lo tanto, resultar inoperativas. Por señalar tres ejemplos: las situaciones de incapacidad temporal, de riesgo durante el embarazo y la lactancia, y la maternidad pueden no dar

16. Mientras se mantengan los tramos, independientemente de la correlación entre tiempo de trabajo y salarios reales, no habrá nunca esfuerzo contributivo real y no habrá después protección contributiva suficiente, dado que el efecto sustitutivo de las prestaciones pivotará sobre cotizaciones insuficientes.

17. Eso no pasa cuando hay trazabilidad de los pagos de salarios por trabajos de cuidado (por ejemplo, mediante la fórmula del *cheque-servicio*, inaplicado aún en España pero sí en otros países con éxito notable).

18. En el caso de las infecciones por Covid19 se ha puesto de relieve la dificultad de identificar el carácter profesional de un contagio producido en el hogar familiar.

necesariamente lugar a prestaciones, aun reuniendo los requisitos; y/o, si la dan, no se desvinculan del devenir laboral, de forma que cabe que mientras dure la situación de necesidad quede extinguida la relación laboral. Normalmente porque la persona empleadora no tiene margen de gestión de los recursos humanos en su hogar y, precisando la prestación efectiva que la empleada no puede realizar por encontrarse imposibilitada, procede al desistimiento en los términos normativamente previstos. Esta amenaza es habitual que conduzca a una renuncia de derechos más o menos intensa (no se solicitan bajas médicas, se solicitan altas voluntarias y se acortan los periodos de incapacidad temporal, no se solicitan suspensión en caso de riesgo durante el embarazo, etc.)¹⁹.

Junto a esas prestaciones, y sin perjuicio de algunas consideraciones que se harán más adelante al tratar la exclusión por desempleo, la pensión de jubilación es especialmente sensible al particular esquema de protección del colectivo de personas trabajadoras de servicio doméstico. En efecto, los niveles de contribución provocan –por señalar el último supuesto litigioso de trascendencia pública– que sea inusual que este colectivo pueda acceder a la pensión de jubilación en alguna de las modalidades anticipadas.

Muy recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hubo de pronunciar acerca del carácter discriminatorio del artículo 208 de la LGSS, en la medida en que contenía requisitos que dificultaban mucho, casi imposibilitaban, que las personas aseguradas en el sistema especial de empleados del hogar pudieran acceder a la jubilación anticipada por voluntad del interesado.

De un modo más preciso, junto a la edad mínima, y el periodo de contribución ampliado, en la normativa española se exige que la pensión que se cause no sea de una cuantía inferior a la de la pensión mínima garantizada por sus circunstancias familiares si accediera a la edad ordinaria.

Este último requisito conduce a dificultar que las mujeres empleadas de hogar, aunque atesoren largos periodos de carrera, puedan jubilarse anticipadamente, pues sus pensiones suelen requerir complementos a mínimos. Este hecho justificó que el Tribunal Superior de Cataluña planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo²⁰. La sentencia de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19) concluyó que no había discriminación directa ni indirecta ²¹ puesto que, si bien se observa que

19. Sería de suma utilidad contar con estadísticas suficientemente desglosadas y precisas, para poder apoyar cuantitativamente intuiciones y constataciones resultado de aproximaciones de tipo cualitativo (entrevistas).

20. Cuestión prejudicial planteada por auto de 12 de noviembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y que tenía por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174)

21. Concluye el Tribunal de Luxemburgo que “ El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que

el requisito hecho se proyecta de cierta manera estadísticamente llamativa respecto de mujeres (en general y en particular cuando se refiere a las empleadas del hogar) está previsto que afecte a todas las personas trabajadoras, y además se sustenta en una justificación objetiva basada en objetivos legítimos de política social; a saber, la sostenibilidad y viabilidad del sistema de pensiones. Se mantiene que

esta normativa solo prohíbe el acceso a una pensión de jubilación a las personas que, con carácter voluntario, pretendan jubilarse anticipadamente, pero que causarían derecho a una pensión por un importe que implicaría una carga para el régimen de seguridad social nacional en la medida en que daría lugar al pago a su favor de un complemento a la pensión... y tal exclusión sólo es aplicable al supuesto de que la jubilación anticipada del trabajador se produzca como consecuencia de una decisión deliberada de este y no por una causa ajena a su voluntad, por ejemplo, con ocasión de una reestructuración empresarial²².

3.2. La –discriminatoria– exclusión de la protección por desempleo

De la regulación reminiscente del Régimen Especial de Empleados del Hogar, resulta hoy llamativa la persistente exclusión de la protección por desempleo. Al margen de constituir uno de los frenos “off the record” a la ratificación por España del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, hoy está siendo el centro de un debate jurídico particularmente importante desde la perspectiva del Derecho Comunitario, en la que medida en que se discute su carácter discriminatorio y, por lo tanto, contrario a la Directiva 79/7.

Así, de un modo más concreto, el asunto C-389/20, condensa el análisis más actual acerca, no solo del concepto de discriminación indirecta, sino del concepto de razonabilidad de los objetivos de política social como justificadores de un tratamiento desigual, sobre el que se sustenta la normativa antidiscriminatoria de las Directivas europeas en la materia.

no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.”

22. No continúa en el análisis, porque no era parte del objeto litigioso, pero este último argumento no haría sino sustentar el carácter posiblemente discriminatorio de la regulación, en la medida en que las personas empleadas de hogar difícilmente pueden acceder a jubilación anticipada tampoco en supuestos de reestructuración empresarial (condición imposible) lo que se traduce en el acceso a esa otra modalidad de jubilación anticipada.

3.2.1. *La cuestión prejudicial: las personas empleadora y empleada quieren cotizar por desempleo y no pueden por imposibilidad legal*

En la regulación actual se establece que la acción protectora del Sistema Especial para empleados el hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo (artículo 251 d) LGSS). Eso enerva, de una parte, la posibilidad de cotizar por esa contingencia, aunque las partes empleadora y trabajadora estuvieran de acuerdo en hacerlo. De otra, provoca la imposibilidad de acceder a las prestaciones contributivas y asistenciales en los supuestos de situación legal de desempleo, previstas en la norma (art. 262 y ss. LGSS).

Los efectos de la falta de protección por desempleo se proyectan mas allá, en la medida en que el obstáculo legal para acceder a este tipo de prestaciones impide que la persona asegurada en este sistema especial nunca pueda estar en la categoría de situación asimilada al alta (“situación legal de desempleo total durante la cual se perciba prestación”) (ex. art 166 LGSS). De esta manera, se frustran potenciales tránsitos de prestaciones a partir de la de desempleo.

De esta manera, el 14 de agosto de 2020 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo (Pontevedra) plantea al Tribunal de Justicia cuestiones²³ que tienen por objeto, en particular, la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, en el contexto de una disposición nacional que excluya las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por un régimen legal de Seguridad Social respecto de una categoría de trabajadores en su conjunto. En el presente asunto, la actividad de los empleados de hogar, colectivo compuesto casi exclusivamente por mujeres, se halla en el centro de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

23. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, sobre igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; ¿deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS?: «d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.»

Para el caso de que se diera una respuesta positiva al interrogante anterior ¿debe considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 apartados e) y/o k) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?

3.2.2. *Las Conclusiones del Abogado General*

El Abogado General Maciej SZPUNAR ya presentó sus conclusiones el 30 de septiembre de 2021, para manifestar que:

la disposición controvertida en el litigio principal establece una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, en la medida en que no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

El Abogado General hubo de manifestarse sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial misma. Respecto de la Directiva 2006/54 estimó la excepción planteada por la Tesorería General de la Seguridad Social, en orden a entender que la exclusión de la protección por desempleo no podía incardinarse en una directiva relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (acceso al empleo, promoción y formación profesional, condiciones de trabajo, regímenes profesionales de seguridad social). De esta forma se deja pasar la oportunidad de analizar si el tratamiento normativo dado a determinadas instituciones jurídicas esenciales en el Real Decreto 1620/2011 resulta total o parcialmente discriminatorio.

Por lo que respecta a la Directiva 79/7, el Abogado mantiene la admisibilidad de la cuestión, en la medida en que no se está entrando en la competencia de los órganos judiciales internos, que han aplicado la norma existente, Por el contrario, la cuestión propone analizar la imposibilidad de que los tribunales españoles puedan reconocer un derecho a prestación por desempleo, en la medida en que se basa en “*una decisión de política legislativa que veda a los empleados de hogar la posibilidad de acceder a esas prestaciones*”. Así, sí es pertinente que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación de una norma que puede ser indirectamente discriminatoria.

En lo relativo al Fondo de la cuestión, al Abogado Szpunar considera que el controvertido art 251 LGSS sí está incluido en el ámbito material de la Directiva 79/7.

Para abordar la cuestión de si:

¿Constituye la exclusión de las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por el sistema especial de la seguridad social para empleados de hogar prevista por la disposición controvertida en el litigio principal una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7?,

el abogado ha, en primer lugar, de analizar la existencia efectiva de una desigualdad de trato por razón de género. Y, en segundo lugar, ante la eventualidad de que sí haya una tal desigualdad, habrá de valorar si esa desigualdad puede justificarse objetivamente.

Trato desigual por razón de sexo

El Abogado retoma la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, para asumir que la “discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes” (par. 44). A este respecto, ha de precisarse que, a efectos de los objetivos del Derecho social de la Unión, el concepto de discriminación indirecta está sobre todo vinculado al tratamiento distinto de situaciones comparables²⁴.

De un modo más preciso asume el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo como:

la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo (par. 53).

La existencia de tal desventaja particular “podría acreditarse, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo”²⁵.

A estos efectos, “los datos estadísticos desempeñan un papel fundamental a la hora de constatar la existencia de una desventaja de hecho para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo.” (par.55). Así, a partir de los datos presentados por el órgano remitente, y confirmados por la Tesorería General de la Seguridad Social²⁶ el Abogado puede concluir que la cláusula de exclusión del art 251 LGSS, aun no estando referidas a un sexo concepto, “afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de empleados de hogar de sexo femenino que de sexo masculino”(par.61).

Se tratará enseguida de analizar si ese trato desigual no es discriminatorio porque se justifica por la presencia de un objetivo de política social.

24. Y cita el Abogado General las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C 279/93, EU:C:1995:31), apartado 30; de 30 de marzo de 2004, Alabaster (C 147/02, EU:C:2004:192), apartado 45; de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C 537/07, EU:C:2009:462), apartado 56, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC (C 486/18, EU:C:2019:379), apartado 73

25. sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C161/18, EU:C:2019:382), apartado 38 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS (C843/19, EU:C:2021:55), apartado 25.

26. La proporción de hombres (17.171) y mujeres (366.991) presente en el sistema especial para empleados del hogar es muy dispar, en la medida en que el sistema esta conformado en un 95,53% por éstas últimas.

Justificación del trato desigual se justifica por un objetivo legítimo de política social

Para justificar la cláusula de exclusión, la TGSS y el Gobierno español alegan: a) las especiales características del colectivo de personas trabajadoras y empleadoras; b) la protección del nivel de ocupación en el sector, y c) la lucha contra el empleo sumergido y el fraude.

El Abogado analiza, entonces, si estos motivos son objetivos y ajenos a cualquier tipo de discriminación. Para ello, los medios elegidos han de haber respondido a una finalidad legítima de política social, han de haber sido necesarios y, por ende, adecuados (porque responden a esa finalidad y se aplican de forma coherente y sistemática).

La protección contra el desempleo forma parte de la política social comprendida en el ámbito de la competencia nacional. Desde la jurisprudencia comunitaria se ha admitido que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación al elegir las medidas que permitan alcanzar sus objetivos de política social y de empleo²⁷, pero esa amplitud no puede abocar a que se vacíe de contenido al principio de igualdad, que es un principio fundamental de la Unión Europea. Así, no basta con que el Estado enumere objetivos de que parezcan legítimos, no haga meras afirmaciones generales, sino que se han de demostrar en el caso particular.

El Abogado General escudriña las razones legitimadoras de la exclusión alegadas por el Gobierno y la TGSS referidas a las condiciones particulares de las personas empleadoras y trabajadoras:

- A. la rama de actividad de los empleados de hogar es tradicionalmente sensible al gravamen que podrían suponer las cargas administrativas y los costes laborales y de seguridad social para los empleadores (cabezas de familia) y los empleados, y, por otro lado, que se trata de un sector que siempre ha tenido un índice de ocupación elevado. Ello justifica, a su juicio, la exclusión de la cobertura de una contingencia como la de desempleo, que tiene una incidencia mínima para este grupo de trabajadores. (par. 72).

Esta justificación, lejos de parecerle aceptable al Abogado, es respondida con unas consideraciones de hondo calado, y afirma contundentemente que, antes al contrario, la exclusión conduce a:

reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad (par.82).

27. Sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C 843/19, EU:C:2021:55), apartado 33 y jurisprudencia citada.

- B. Los empleadores no son empresarios que explotan una unidad productiva tradicional, sino cabezas de familia del hogar.
- C. la actividad de estos empleados exige un bajo grado de cualificación y, por lo tanto, suele retribuirse con el salario mínimo, podría ser «más conveniente» para estos trabajadores acceder a la protección frente a la contingencia de desempleo que seguir prestando sus servicios, o alternar períodos de trabajo efectivo y de descanso en los que percibirían la prestación por desempleo, lo que propiciaría el fraude²⁸. (par.73).

En opinión del Abogado, este argumento no justifica suficientemente el trato desigual de las empleadas del hogar puesto que en el mercado de trabajo hay muchas otras ocupaciones de baja cualificación, con condiciones laborales precarizadas, que no están excluidas de la protección por desempleo a pesar de que podrían llevar a cabo idénticas prácticas fraudulentas (par. 81).

La adecuación de la medida (exclusión del desempleo) para alcanzar el objetivo de política social.

Para el supuesto en el que el Tribunal de Justicia pudiera asumir que se tratan de objetivos legítimos de política social, el abogado Szpunar, en un tercer nivel argumental, aborda el análisis de la idoneidad y la necesidad de la medida para alcanzar ese fin.

Advierte, en primer lugar, de que:

las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo y luchar contra el trabajo sumergido no bastan para demostrar que el objetivo de la disposición controvertida en el litigio principal es ajeno a toda discriminación por razón de sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo (par.86)²⁹.

28. Respecto de la lucha contra el trabajo sumergido y el fraude como justificación, el Gobierno español alega, que “la exclusión del sistema especial para empleados de hogar de la protección frente a la contingencia de desempleo está justificada por el objetivo legítimo de evitar cargas y costes sociales que agravarían el problema del trabajo sumergido y, por consiguiente, la vulnerabilidad de estos empleados. Además, estima que las particularidades de la relación de trabajo de los empleados de hogar conlleva dificultades adicionales a la hora de comprobar que se cumplen ciertos requisitos esenciales para acceder a la prestación por desempleo, tales como el carácter involuntario de la finalización de la relación laboral o la dificultad de efectuar controles e inspecciones para verificar la existencia de situaciones de incompatibilidad o fraude, dada la inviolabilidad del domicilio de los empleadores, lugar de trabajo de estos empleados”.

29. Y cita las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C 167/97, EU:C:1999:60), apartado 76; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C 187/00, EU:C:2003:168), apartado 58; de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C 77/02, EU:C:2003:458), apartado 64, y de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C 388/07, EU:C:2009:128), apartado 51.

Por sintetizar, el Abogado no considera que la exclusión de la protección por desempleo, eminentemente de mujeres afiliadas al sistema especial de empleados de hogar sea idónea ni necesaria, por ende. Subyace a su opinión, la consideración de que:

sería preciso examinar, en el marco del examen de la «justificación objetiva», si ciertos objetivos de política social invocados para justificar una diferencia de trato a las personas de sexo femenino están anclados en roles estereotipados o en estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas (par. 77).

Es más, se atreve a advertir de que:

una concepción de igualdad entre las personas de ambos sexos que consolide el modelo tradicional de la especialización de los roles masculinos y femeninos tiene el efecto, por una parte, de obviar la segregación profesional y la situación desfavorable de las personas de sexo femenino en el mercado de trabajo, al permitir que perduren las desigualdades entre trabajadores típicos y atípicos dentro de los regímenes de seguridad social (par. 78).

Desde un punto de vista más técnico-jurídico, respecto del fraude, reclama la prueba de que en este sistema haya más comportamientos torticeros respecto de las prestaciones sí previstas en otros sistemas/regímenes; algo que no se ha acreditado.

No alcanza el Abogado a comprender el argumento de que la cobertura de la protección por desempleo pueda ser perjudicial para los niveles de formalidad. Bajo el argumento de que la exclusión es medida para luchar contra el empleo sumergido, subyace una presunción de que la mayor cotización por desempleo expulsaría de la formalidad a parte de las trabajadoras del colectivo. En este sentido, se señala como la integración en el Régimen General en 2012, que generaba un incremento de cargas a las personas empleadoras, lejos de aumentar la informalidad, condujo a un incremento de la afiliación. O, dicho de otro modo, de la experiencia previa no puede deducirse la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido; si acaso la consecuencia opuesta.

Tampoco considera suficiente la justificación de que el lugar de trabajo haya de generar una diferencia en el régimen de contribución al sistema, tanto más cuanto, en primer lugar, ya se están protegiendo las contingencias profesionales en el sistema especial, y allí el domicilio no enerva, por ejemplo, el concepto de accidente de trabajo; además, en segundo lugar, respecto de otros trabajadores que prestan servicios en su domicilio, sí está prevista la cobertura por desempleo.

Siguiendo el planteamiento del órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial, el Abogado cierra el análisis sistemático de la protección social del colectivo de empleadas de hogar tratando de cotejar si en la acción protectora del sistema especial

hay suficientes prestaciones de cobertura de situaciones de necesidad que compensen la ausencia de la protección por desempleo. No solo no hay tal compensación³⁰, sino que, antes al contrario, la exclusión del desempleo conduce a privar del disfrute de otras prestaciones, como la incapacidad permanente³¹.

Considera, en definitiva, que:

la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todos los empleados de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos (par.100)

En su opinión, pues,

la disposición controvertida en el litigio principal establece una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, en la medida en que no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (conclusión intermedia)

Eso se traduce en que proponga al Tribunal que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, cuando consta que estos empleados son casi exclusivamente mujeres.

3.2.3. *La sentencia de 24 de febrero de 2022*

Como se preveía, haciendo suyo un gran número de argumentos, el Tribunal ha asumido la tesis del Abogado general, para concluir que:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se

30. El Abogado no considera que el subsidio extraordinario en momentos pandémicos sirva para entender compensada esa exclusión, por su carácter estrictamente temporal y coyuntural.

31. Resulta llamativo el nivel de estupefacción, por decirlo eufemísticamente, del Abogado, que, junto a la argumentación relativa a la Directiva 79/7 llama la atención sobre el hecho, de un lado, de que la comisión de expertos prevista en la Disposición Adicional segunda del RD 1620/2011 nunca se ha reunido; de otro, sobre la contradicción manifiesta de la regulación española respecto del art 14 del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, aun no ratificado por España.

opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Habría que esperar ahora a la reacción legislativa. Porque una cosa es la calificación como discriminatoria de la exclusión de la protección por desempleo, y otra organizar un sistema contributivo/asistencial/mixto para el colectivo; dentro de las reglas generales/ con reglas especiales; con o sin periodos transitorios; con o sin articulación de reglas de cotización por desempleo; con o sin inclusión de cotizaciones por FOGASA y formación profesional....

4. LA ELIMINACIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DESIGUAL, QUIZÁS DISCRIMINATORIO

Independientemente de que el caso C-389/20 se aparte del análisis del RD 1620/2011, y se circunscriba al ámbito del art 251 LGSS, enhebrado con la necesaria revalorización socioeconómica del trabajo de cuidados, como condición *sine qua non*, se haría preciso valorar la eliminación/ modificación profunda de la actual regulación jurídica de la relación laboral especial del RD 1620/2011. Cuya especialidad se puede entender jurídicamente innecesaria, dado que hay formas jurídicas por cuenta propia (el autoempleamiento de personas trabajadoras que prestan servicios profesionales de cuidado en el domicilio) y por cuenta ajena (en el marco de empresas de servicios). Pero que, además, cabría considerar hoy, incluso, sobrevenidamente discriminatoria, a la vista del repaso rápido por las diferencias más llamativas del régimen regulador que se ha realizado más arriba.

Esta eventual discriminación se habría de inscribir dentro de los contornos de la doctrina constitucional española.

Se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, en la primera fase de vigencia del Estatuto de los Trabajadores de la Ley 8/1980, el Alto Tribunal fue llamado a pronunciarse sobre la relación laboral especial. En realidad, no tanto sobre ella sino sobre su ausencia. Así se cuestionaba la constitucionalidad de la norma laboral estatutaria (el Estatuto de los Trabajadores contenido en la Ley 8/1980, de 10 de marzo) por cuanto no regulaba la relación laboral especial. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 26/1984, de 24 de febrero consideró que no debía pronunciarse sobre ese extremo dado que, a falta de desarrollo reglamentario previsto en el Estatuto, el legislador era libre de remitir al gobierno el desarrollo concreto de la norma reguladora de la relación laboral especial, y entre tanto, no había laguna alguna, por cuanto supletoriamente regían las reglas civiles. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que el desarrollo reglamentario se produjo enseguida, a través del Real

Decreto 1424/1985. Ya en ese debate se observa la falta de consideración por el trabajo de servicio doméstico, que no se entendía equiparable al trabajo productivo estándar, lo que permitía la centralidad de la norma civil. En ese sentido, tan alejado quedaba del trabajo estándar que en la norma reglamentaria se aglutinaron desviaciones muy profundas respecto del estándar. Desviaciones que ya estaban presentes en el Régimen especial de Seguridad Social.

Ya en esa vertiente prestacional del sistema de Seguridad Social, la STC 268/1993, de 20 de septiembre, en el contexto normativo entonces vigente (en el que no se aseguraban las contingencias profesionales), asumió la doctrina consolidada de que el art. 14 de la CE:

en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justificaba por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras,

y citaba el elenco de sentencias en sentido semejante respecto de otros Regímenes³².

Pues bien, aunque se trate de un contexto distinto, en aquella sentencia ya indicaba que:

la justificación de la diversidad de tratamiento normativo puede encontrarse, en primer lugar, en la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar (STC 26/1984), que explica su consideración como relación laboral de carácter especial con régimen jurídico peculiar (Fundamento Jurídico 4).

De esta manera la distinta regulación de las condiciones de trabajo –en aquella sentencia lo relevante era la regulación del tiempo de trabajo y los descansos, que generaba problemas de objetivación de un accidente como profesional– justificaría un distinto régimen jurídico prestacional. Es más, en esa misma sentencia, se justificada el distinto tratamiento prestacional amparado en la distinta intensidad de la cotización³³ y, por tanto, en la aplicación del principio contributivo del sistema³⁴.

Superado ese argumento, hoy sí están protegidos los riesgos profesionales, a partir de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen

32. STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985. 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989 y 341/1989.

Si bien la ley 27/2011 transmutó esa disonancia, para incluir en el Régimen General de la Seguridad Social al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, sin embargo, creaba un sistema especial, no solo de cotización, sino también de regímenes prestacionales. Véase, por todos, Gala Duran 2014.

General de la Seguridad Social (disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), aunque se han mantenido bastantes diferencias de protección, como se apuntó más arriba.

Es cierto que las diferencias de trato puedan encontrar justificaciones aparentemente objetivas ligadas al principio contributivo, pero si las diferencias de contribución provienen de una determinada configuración normativa que no permite realizar aportaciones equivalentes a las de una persona trabajadora con relación laboral común, y eso afecta estadísticamente a mujeres³⁵, ahora ya sí se abre la posibilidad a exigir una automática reforma legislativa para acomodar la legislación española a la normativa comunitaria.

La evidencia estadística parece estar probada; si bien, también es cierto, el número de mujeres en situación de informalidad laboral en el ámbito del trabajo de cuidados en el hogar familiar distorsiona esa realidad estadística.

Se hace preciso, entonces, superar hoy la idea de que el hogar familiar como centro de trabajo permite resolver la colisión de derechos en perjuicio de la mujer trabajadora doméstica, especialmente cuando una tutela excesiva del derecho a la intimidad del hogar familiar/el sujeto empleador y su familia está justificando la privación de derechos sociolaborales a las mujeres trabajadoras.

Debería haber un cambio en los valores de ponderación, por cuanto esos elementos –de confianza e intimidad– que pretenden seguir justificando la especialidad de la relación laboral de trabajos de cuidado, no impiden hoy la recepción en el

33. Se mantenía que la falta de esa cotización adicional por accidentes de trabajo no era “causa irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización, buscando cierto equilibrio económico del Régimen, garantizado en el Régimen General por una cotización adicional aquí inexistente. No puede negarse al legislador la posibilidad de prever tal configuración, sin perjuicio de que constituya un *desideratum* la equiparación de acción protectora, que no es, sin embargo, un imperativo constitucional en la cuestión examinada” (FJ 5).

34. Se llevaba a cabo, de este modo y manera, una argumentación tautológica, en la medida en que se estimaba que no había discriminación en la distinta protección, porque estaba justificada objetivamente en la contribución diferenciada. Se omitía en el discurso que esa distinta contribución de las personas trabajadoras de servicio doméstico no es un hecho voluntario resultado de la decisión individual, sino efecto de la aplicación automática e insoslayable de la normativa vigente en materia de cotización. Aun cuando, además, se mantenía que esa configuración distinta de la protección en el régimen especial (ahora SEEH), era consecuencia de que los sujetos protegidos se vinculaban con la persona empleadora a través de una relación laboral de carácter especial, justificada a su vez por las características particulares de la prestación de trabajo (lugar de trabajo, falta de ánimo de lucro del sujeto empleador, implicaciones de privacidad).

35. Ya en el Informe del Relator de Naciones Unidas se indicaba que las mujeres representaban el 97,9 % de este grupo según datos del Instituto Nacional de Estadística (“Activos por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada ocupación”), a las que “...la legislación española margina aplicando a su trabajo un “régimen especial” con menos derechos...” (Alsthon, 2020, p.20).

domicilio de prestaciones de servicio, por ejemplo, de instalación, reparación, mantenimiento; (bien es cierto que con intensidad no idénticas) que se regulan por normas de régimen común.

En esa misma dirección –iconoclasta–, la inexistencia del ánimo de lucro, y los límites de la capacidad económica del empleador particular no podrían seguir justificando trato privilegiado al empleador particular. Especialmente porque en la legislación laboral y de seguridad social, respecto de las entidades jurídicas sin ánimo de lucro, se observa una equiparación general con las entidades empresariales.

Respecto a la capacidad económica menor del particular, no parece admisible que pueda justificar un régimen jurídico inferior. El sujeto que no pueda llevar a cabo la contratación de los servicios de una persona trabajadora en condiciones de Trabajo Decente no tiene derecho valerse de regulaciones especiales; sin perjuicio de que sí pueda demandar (en los términos que la normativa *ad hoc* pueda establecer) políticas de subvención a la contratación (ayudas directas, bonificaciones de cuotas a la seguridad social, desgravaciones fiscales, etc.), o incluso pueda demandar cierto tipo de servicios sociales. Pero sin afectar a la protección jurídico-laboral de la persona empleada en el hogar, que es quien acaba absorbiendo todos los déficits sistémicos ligados a los cuidados. Y es mujer.

Atendiendo a esas consideraciones, la actual regulación de la relación laboral especial habría venido inconstitucional porque contiene un estatuto menos protector que el del régimen general de contratación laboral, atendiendo a un hecho simple (el empleador cabeza de familia y el trabajo al servicio de un particular). Y se produce ese efecto porque una rémora está enervando la potencia del art 35 CE y el derecho al trabajo allí contenido; a saber, la mera presencia de una reminiscencia histórica que tiene que ver con una asignación de los roles patriarcales de cuidado a las mujeres (especialmente a las de determinadas clases sociales de antaño, pobres³⁶, que hoy son muchas mujeres inmigrantes, en situación (ir)regular) o mujeres autóctonas sin formación suficiente para realizar otro tipo de actividades.

Desde una óptica clasista, es muy curioso como la normativa parecía estar frenando, en realidad, el despliegue de las normas capitalista del mercado. Es más, si se observa el nacimiento de la regulación, habría tenido una doble finalidad, una explícita –la de proteger a las mujeres de servicio doméstico, que sufrían la anomia o la aplicación sin más del Derecho Civil respecto del que eran analfabetas–, y otra subrepticia, no confesable, pero intuible. En efecto cabría entender que hay una segunda finalidad no declarada en 1969, cuando se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleadas de Hogar) como es la de frenar la huida de la mano de obra doméstica (en momentos de salida de la autarquía y de industrialización) hacia sectores mejor retribuidos que, por efecto, habría generado un –no

36. Cañabate Pérez, 2014.

deseado— reequilibrio del poder de negociación de salarios y demás condiciones laborales de las mujeres trabajadoras y las personas empleadoras cabeza de familia³⁷.

En el espacio social, desde el siglo XX (con excepciones republicanas) se observa históricamente, una tendencia generalizada a desmerecer el trabajo femenino de cuidado del hogar, de personas menores, mayores y enfermos³⁸. Que, por otro lado, era al único que debía realizar la mujer cuya función esencial será la reproductiva. Paralelamente, como paradoja, en determinados niveles socioeconómicos, las mujeres, en ese contexto histórico, quedaban exoneradas de la prestación directa del cuidado, pero supervisaban el trabajo de las mujeres de clase inferior. Al final hay un clasismo ahí que no debería perpetuarse hoy.

Especialmente cuando, tras la irrupción subida en los años 70-80 de las mujeres al mercado de trabajo estándar (el —anteriormente solo— masculino) se ha puesto de manifiesto que su presencia no patológica exige la resolución de las necesidades de cuidado en sus hogares, a falta de corresponsabilidad real con los varones. O, dicho de otro modo, la desigualdad laboral de las mujeres trabajadoras en España (y las brechas múltiples) posiblemente se generan y se intensifican como consecuencia de la —llámese— crisis de los cuidados.

Señálese que la eliminación de las desigualdades regulatorias, además, exige el desarrollo de herramientas formativas potentes, para crear una nueva representación cultural en la sociedad en la que el trabajo de cuidados se corresponda con profesiones concretas, para las que es preciso desarrollar procesos reglados de certificación o habilitación. Esa profesionalización es clave para poder forjar un nuevo valor de mercado y social del trabajo de cuidados³⁹.

En este punto, entonces, se haría preciso abrir un debate más amplio sobre los cuidados (especialmente sobre los referidos a personas dependientes) y la articulación de sistemas eficientes, alejados del trabajo doméstico, pero se trata de una cuestión que demandaría un espacio monográfico separado de este.

5. BIBLIOGRAFIA

Alsthor, Philip (2020) *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, (A/HRC/44/40/Add.2) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/097/31/PDF/G2009731.pdf?OpenElement>

37. Otxoa Crespo, 2012.

38. Sirva recordar simplemente la regulación franquista referida a los contenidos formativos de la secundaria, entre hombres y mujeres. así como exclusión continuada del trabajo doméstico des espacio jurídico—. (Espuny Tomás, 2014)

39. Grau Pineda, 2021.

- Álvarez Cortes, Juan Carlos (2020) “El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección “asistencializada” e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal” .*NREDT*, 233. 77-100.
- Benavente Torres, Inmaculada (2019) “Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral” *Lex social: Revista de los derechos sociales* 9-2, 250-274 (<https://doi.org/10.46661/lexsocial.4215>).
- Benito Benítez, María Angustias, (2019) Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género. *Lex social: revista de los derechos sociales* vol. 9 nº 2. 441-481 (<https://doi.org/10.46661/lexsocial.4223>).
- Cañabate Pérez, Josep (2014) ““Servir es distinto de trabajar”: potestad del cabeza de familia v. protección social del servicio doméstico en la dictadura franquista” en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.)*Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* Madrid, 61-84.
- Espuny Tomas, María Jesús (2014) “ El servicio doméstico: la historia jurídica de una exclusión continuada” en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.)*Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* Madrid, 27-60.
- Gala Duran, Carolina (2014) “La protección social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta” en Espuny Tomas, María Jesús; y Guillermo García González, Guillermo (Dir.)*Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones jurídicas* Madrid, 139-178.
- Grau Pineda, Carmen (2021) “El derecho a la formación y a la cualificación profesional en el empleo doméstico” *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 11, nº. 1, 2021, 474-508.
- López Insua, María Belén, (2020) “Nadando entre dos aguas: salario decente “versus” economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar”. *NREDT* 231, 131-160.
- Morales Ortega, José Manuel, (2021) “ Quiebras y ausencias en la protección social de las trabajadoras domésticas: la urgente y necesaria intervención legislativa” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, nº. Extra 5 (Número especial), 189-227.
- Otxoa Crespo, Isabel (2012), *La seguridad social del empleo doméstico*. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco, (<https://addi.ehu.es/handle/10810/11601>).
- Sanz Sáez, Concha (2017) *La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición del Régimen Especial de la seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Espacial: análisis actual y de futuro*, Albacete.

NORMAS PARA LOS AUTORES DE LA REVISTA *TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO*

ENVÍO DE ORIGINALES, PROCESOS DE EVALUACIÓN Y DE PUBLICACIÓN

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social es una publicación cuatrimestral. Los textos remitidos tienen que ser originales e inéditos. Sus autores deberán comprometerse, además, a no haberlos sometido en paralelo a evaluación en otra publicación.

Los artículos originales se remitirán elaborados en letra Times New Roman, cuerpo 12, excepto título y notas a pie de página, que irán a 14 y 10 respectivamente. Interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm.

Se procurará que los artículos enviados no superen las 25 páginas de extensión, con un mínimo de 10.

La remisión de los trabajos se efectuará a la dirección de correo electrónico tpdmsecretaria@us.es a través de la plataforma OJS, entrando en el siguiente enlace: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo de una semana.

Los originales se remitirán en **archivo Word** e irán precedidos de una hoja en la que figure el nombre del autor o autores, dirección de correo electrónico, afiliación institucional, Orcid, dirección postal, teléfono y, si lo estima oportuno, la dirección particular.

La Dirección de la revista y el Consejo de Redacción se reservan el derecho de rechazar cualquier original que, por criterios formales, editoriales o de calidad, consideren que no cumple los requisitos mínimos para ser publicado. Dicha decisión se comunicará a los autores en un plazo máximo de dos meses.

Tras su aceptación a trámite, los textos recibidos iniciarán el proceso de evaluación externa a doble ciego. Cada trabajo contará al menos con dos evaluaciones de expertos externos al Consejo de Redacción. Los autores serán informados del resultado de las evaluaciones y de la aceptación o rechazo de sus artículos en un plazo máximo de seis meses.

Si los artículos superan el proceso de evaluación, los autores deberán revisar sus textos e incorporar, en su caso, las modificaciones sugeridas por el informe de evaluación. El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de las reglas formales de publicación indicadas.

Los autores corregirán las primeras pruebas de sus artículos, pero no podrán introducir modificaciones significativas en el texto. Tan sólo podrán subsanar erratas y errores tipográficos o actualizar, justificadamente, aquellos puntos o cuestiones concretas que, como consecuencia del tiempo transcurrido entre la aceptación del texto y su publicación, sea necesario poner al día, siempre y cuando no alteren significativamente la composición y las condiciones de reproducción de la publicación.

Para cumplir con los estándares de calidad de revistas científicas, se condiciona la publicación de trabajos por un mismo autor al transcurso de un plazo de dos años respecto del anterior publicado.

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando a *TPDM* a dar la máxima difusión a su contenido en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca y a través de las páginas web del Grupo de Investigación SEJ-322 del que depende la revista.

ESTRUCTURACIÓN DE LOS TEXTOS

El **título** del trabajo debe figurar tanto en español como en inglés.

La **autoría** debe señalarse después del título, alineada a la derecha. Los nombres y apellidos se escribirán en una primera línea. La afiliación se indicará en una segunda línea. El Orcid y el correo electrónico del autor (este en cursiva) se indicarán en tercera y cuarta línea, respectivamente.

Los textos deben ir precedidos de un **resumen / abstract** en español y de una traducción del mismo al inglés. Los textos redactados en otro idioma deberán aportar la traducción de su resumen al español.

Los textos deben acompañarse, además, de **palabras clave / keywords** en español y de una traducción de las mismas al inglés. Los textos redactados en otro idioma deben acompañarse de la traducción de las palabras clave al español. El máximo de palabras clave es de cinco, separadas por punto y coma.

Se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el nivel 3 (por ejemplo 2.4.3.).

El título de cada **apartado** reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: versalita los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercer nivel (1.1.1.). En todos los casos, los títulos sin punto final.

El **texto** del artículo siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien las palabras extranjeras deberán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general; en otro caso, deberán ir precedidas de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se podrán incorporar en la primera página mediante nota a pie de página con marca asterisco junto al título del artículo (*).

Las **citas textuales** irán entre comillas y si superan dos líneas de longitud irán en párrafo aparte, con cuerpo 10 y sangría desde el margen izquierdo. En las notas, las citas textuales irán siempre entre comillas. No se emplearán cursivas para las citas.

Las **figuras, mapas y gráficos** deberán enviarse en ficheros independientes, en formato tiff o jpg. Su pertinencia será sometida a consideración de los evaluadores. En cualquier caso, el Consejo de Redacción se reserva el derecho de rechazarlos.

Todas las figuras, mapas y gráficos deberán aportar un pie de foto o título identificativo, y serán numerados en arábigos.

Al citar una figura, mapa, gráfico o tabla en el texto, debe hacerse por su número, como “figura 2” o “tabla 3”. No se referirá a ellas por suposición respecto al texto (por ejemplo: “la figura a continuación”) o su número de página (por ejemplo: “la tabla en la página 12”).

Los autores de los textos se responsabilizarán de los derechos de autor asociados a las imágenes, de los que la revista queda eximida.

Las **notas a pie de página** se utilizarán para incluir texto adicional explicativo o para realizar citas bibliográficas. Las referencias numéricas de las notas (en superíndice) se colocarán antes de los signos de puntuación.

Las **citas bibliográficas en las notas a pie de página** se realizarán utilizando las normas APA (7ª edición 2020). Es decir: los apellidos del autor, el año de publicación del trabajo y, si procede, la página o páginas citadas. Si se citan varias obras de un autor, sus respectivos años de publicación se separarán por coma, a menos que incluyan citación de páginas, en cuyo caso se separarán por punto y coma. En cambio, las obras de autores distintos se separarán siempre por punto y coma. Si se citan varias obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán con letras minúsculas tras el año de edición.

Si un trabajo tiene más de un autor, y hasta tres, sus apellidos se separarán por coma. Pero si los autores son más de tres, se indicará solo el apellido del primero, seguido de coma y de *et al.* (en cursiva).

Las citas en las notas remitirán únicamente a la página o páginas pertinentes de capítulos de libros o artículos de revistas. La cita de la paginación completa se reservará para la bibliografía final.

Cuando se citen obras de más de un volumen, se citará como “vol.” y el número del mismo en romano. Si, tras la mención del volumen, fuera necesario indicar un tomo, se señalará tras un guion corto (sin espacios) y en arábigo (vol. II-1).

Cuando se quiera mencionar el editor, coordinador, director, etc., de una obra, sus apellidos figurarán en primer lugar, como si se tratara de un autor.

Ejemplos de citas en notas:

Navarro Nieto 1996.

Navarro Nieto 1996, 174-180.

Navarro Nieto 1996. 2015.

Navarro Nieto 2005a, 2005b.

Navarro Nieto 1996; 2015, 45.

Navarro Nieto 1996, 75-80; 2015.

Navarro Nieto 1996, 51; Monereo Pérez 2012, 68.

Toda la **bibliografía citada** en las notas a pie de página deberá agruparse en un apartado final, numerado en arábigos siguiendo el orden de los demás apartados, que se titulará ‘Bibliografía citada’ (o su equivalente en la lengua de redacción del artículo).

Se ordenará por orden alfabético de apellido de autores. En caso de varias obras de un autor, estas se enumerarán por orden cronológico (de más antiguo a más reciente). Y en caso de varias obras de un mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente por título y se las distinguirá con una letra minúscula después del año. Cada entrada repetirá, por completo, los apellidos y nombres de los autores, sin recurrir nunca a *idem*, *eadem* ni al uso de guiones. Si la obra tuviera DOI (Digital Object Identifier) se citará.

En la bibliografía citada final se indicará el apellido o apellidos del autor, seguido de coma, de su nombre desarrollado y el año de edición de la obra (entre paréntesis), seguido de coma. Si hay más de un autor o autora, sus nombres se separarán por punto y coma. A diferencia de las notas a pie de página, en la bibliografía final se indicarán y desarrollarán los nombres de todos los autores (no se empleará *et al.*).

En las monografías se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título en cursiva, seguido de coma y el lugar de edición de la obra.

En los capítulos de libro se indicará, tras la mención de la autoría, el año de su edición (entre paréntesis), seguido de coma, el título entre comillas seguido de una coma y, a continuación, la información bibliográfica completa de la monografía: autoría, título, lugar de edición y las páginas (sin pp.) correspondientes. Si es necesario hacer mención de volúmenes, se indicará “vol.” y el número del mismo en números romanos entre la editorial y las páginas.

Los artículos indicarán, tras la mención de la autoría, el año de publicación (entre paréntesis), el título entre comillas, seguido de coma, el nombre de la revista en cursiva, el número del volumen, en arábigos, seguido de coma, y la paginación completa del artículo (sin pp.). Los fascículos de las revistas se separarán con el signo / tras el volumen correspondiente, sin separación de espacios.

Cuando se cite literatura gris (tesis doctorales, informes, memorias, etc.) se facilitarán todos los datos que contribuyan a localizarla, siguiendo el modelo señalado para la bibliografía ordinaria. En el caso de tesis doctorales, se indicará el nombre del autor, año de lectura (entre paréntesis), seguido de coma, el título de la tesis, el lugar de la lectura y la institución académica en que se leyó, separado todo por comas, seguido de “tesis doctoral” (entre paréntesis).

Ejemplos de bibliografía final:

Navarro Nieto, Federico (1996), *Los despidos colectivos*, Madrid.

Gala Durán, Carolina (2011), “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, 56, 103-120.

Goerlich Peset, José María (2012), “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en García-Perrote Escartín, Ignacio; Mercader Uguina, Jesús Ricardo (dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, 299-322.

Todos los **documentos electrónicos** que contengan DOI se citarán utilizando este localizador en detrimento de su dirección URL, y sin indicar fecha de consulta. Los documentos electrónicos que no contengan DOI se citarán indicando su dirección URL y su fecha de consulta entre corchetes [consulta: dd/mm/aaaa].

COMPROMISO ÉTICO PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social suscribe la *Guía de buenas prácticas para la publicación*, elaborada por el CSIC, mediante la cual se pretende establecer un código de conducta dirigido a las partes implicadas en la gestión y publicación de los resultados científicos: Consejo de Redacción, autores y revisores de los trabajos.

1. CONSEJO DE REDACCIÓN

El Consejo de Redacción de *TPDM* es el responsable de velar por la calidad científica de los artículos publicados en la revista, así como de evitar las malas prácticas en la publicación de los resultados de las investigaciones. Igualmente, es su función la edición de los trabajos recibidos en un tiempo razonable.

Dicha responsabilidad implica la escrupulosa observación de los siguientes principios:

1.1. Imparcialidad

El Consejo de Redacción debe ser imparcial al gestionar los trabajos propuestos para su publicación y ha de respetar la independencia intelectual de los autores, a quienes se debe reconocer el derecho a réplica en caso de que sus aportaciones hayan recibido una evaluación negativa.

No se deben excluir los trabajos por el hecho de que sus resultados no sean positivos para una institución, proyecto o tesis doctrinal o jurisprudencial consolidada.

1.2. Confidencialidad

Los miembros del Consejo tienen la obligación de guardar confidencialidad sobre los textos recibidos y su contenido hasta que hayan sido aceptados para su publicación. Solo entonces se puede difundir su título y autoría.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

Asimismo, ningún miembro ni persona implicada en el proceso de evaluación puede usar para sus propias investigaciones, datos, argumentos o interpretaciones contenidos en trabajos inéditos, salvo con el consentimiento expreso por escrito de quienes los hayan realizado.

1.3. Revisión de los trabajos

El Consejo de Redacción ha de asegurar que los trabajos de investigación publicados han sido evaluados por, al menos, dos especialistas en la materia, y que dicho proceso de revisión ha sido justo e imparcial.

TPDM utiliza el procedimiento de doble ciego (anonimato de quienes han elaborado el trabajo y de los evaluadores). Cuando una de las dos evaluaciones sea negativa, se podrá solicitar, a criterio del Consejo de Redacción, un tercer informe.

Las personas que sometan un trabajo a evaluación podrán proponer los nombres de posibles evaluadores de su trabajo. El Consejo se reserva la decisión de aceptar o no esta propuesta, no estando obligado a comunicar dicha decisión.

El Consejo de Redacción hará hincapié en que en el proceso de evaluación se vigilen la originalidad de los trabajos y se detecte el plagio y las publicaciones redundantes, así como los datos falsificados o manipulados. Además, se indicarán claramente las secciones de la revista cuyos contenidos están sujetos a revisión por pares. Se considerará una infracción muy grave de la *Guía de buenas prácticas* la revelación a los evaluadores del autor del artículo sometido a revisión y viceversa.

1.4. Aceptación o rechazo de manuscritos

La responsabilidad de aceptar o rechazar un trabajo para su publicación recae en el Consejo, que se apoyará en los informes recibidos sobre el mismo. Dichos informes deberán basar su dictamen sobre la calidad de los trabajos en su relevancia, originalidad y claridad de exposición.

El Consejo de Redacción puede rechazar directamente los trabajos recibidos, sin recurrir a un proceso de consulta externa, si los considera inapropiados para la revista por alguno de los siguientes motivos: carecer del exigible nivel de calidad, falta de adecuación a los objetivos científicos de la revista, inadecuación a las normas de la publicación o presentar evidencias de fraude científico.

1.5. Desautorización y noticia de irregularidad

El Consejo de Redacción se reserva el derecho de desautorizar aquellos trabajos, ya publicados, de los que posteriormente se determine su falta de fiabilidad como resultado tanto de errores involuntarios como de fraudes o malas prácticas científicas:

fabricación, manipulación o copia de datos, plagio de textos y publicación redundante o duplicada, omisión de referencias a las fuentes consultadas, utilización de contenidos sin permiso o sin justificación, etc. En caso de conflicto, el Consejo de Redacción solicitará al autor o autores las explicaciones y pruebas pertinentes para aclararlo, y tomará una decisión final basada en estas. Si solo una parte del artículo contiene algún error, este se podrá rectificar posteriormente por medio de una nota editorial o una fe de erratas. El objetivo que guía la desautorización es corregir la producción científica ya publicada, asegurando su integridad.

La revista se reserva el derecho de publicar la noticia sobre la desautorización de un determinado texto y en ella se mencionarán las razones para tal medida, a fin de distinguir la mala práctica del error involuntario. La revista notificará asimismo la desautorización a la institución a la que pertenezca el autor del artículo. La decisión de desautorizar un texto debe adoptarse lo antes posible, con el objeto de que dicho trabajo erróneo no sea citado en su campo de investigación.

Como paso previo a la desautorización definitiva, la revista podrá emitir una noticia de irregularidad, aportando la información necesaria en los mismos términos que en el caso de una desautorización. La noticia de irregularidad se mantendrá el tiempo mínimo necesario, y concluirá con su retirada o con la desautorización formal del artículo.

Los artículos desautorizados se eliminarán del número de la revista transcurridos tres meses desde la publicación de la desautorización, al efecto de que los autores afectados puedan revisar sus trabajos afectados por fuente errónea. Se conservarán, no obstante, en el archivo de la misma y solo se proporcionarán a terceros por motivos razonados de suficiente importancia.

El conflicto de duplicidad causado por la publicación simultánea de un artículo en dos revistas, se resolverá recurriendo a la fecha de recepción del trabajo en cada una de ellas.

1.6. Normas de Autoría

Las normas de presentación de originales para la revista (referentes a la extensión del resumen y del artículo, la preparación de las imágenes, el sistema para las referencias bibliográficas, etc.) deberán ser públicas.

1.7. Conflicto de intereses

El conflicto de intereses surge cuando un trabajo recibido en la revista está firmado por un miembro del Consejo de Redacción, o por quien tiene relación personal o profesional directa o está estrechamente relacionado con la investigación pasada o presente de aquel. Quien está afectado por cualquiera de estos casos debe abstenerse de intervenir en el proceso de evaluación del artículo propuesto.

2. SOBRE LA AUTORÍA DE LOS ARTÍCULOS

Los autores de los textos enviados para su publicación en la revista son los primeros responsables de su contenido, y por ello están obligados a aplicar una norma ética destinada a asegurar su originalidad y debida atribución de autoría, entre otros aspectos.

2.1. Normas de publicación

Los textos presentados para su publicación han de ser el fruto de una investigación original e inédita. Han de incluir los datos obtenidos y utilizados, así como una discusión objetiva de sus resultados. Se ha de aportar la información suficiente para que cualquier especialista pueda consultar y partir de las investigaciones realizadas así como confirmar o refutar las interpretaciones defendidas en el trabajo.

Los autores deberán mencionar adecuadamente la procedencia de las ideas o frases literales tomadas de otros trabajos ya publicados de la forma que se indica en la normativa de la revista.

Cuando se incluyan imágenes como parte de la investigación, se deberá explicar adecuadamente cómo se crearon u obtuvieron, siempre y cuando resulte necesario para su comprensión. En caso de emplear material gráfico (figuras, fotos, mapas, etc.) reproducido parcialmente en otras publicaciones, los autores deberán citar su procedencia, aportando los permisos de reproducción pertinentes si fuera necesario. Se debe evitar la fragmentación innecesaria de los artículos. Si se trata de un trabajo muy extenso, se puede publicar en varias partes, de manera que cada una desarrolle un aspecto determinado del estudio general. Se deben publicar los diferentes trabajos relacionados en la misma revista para facilitar su interpretación, seguimiento y comprensión global por parte de los lectores.

2.2 Originalidad y plagio

Los autores deben asegurar que los datos y resultados expuestos en el trabajo son originales y no han sido copiados, inventados, distorsionados o manipulados.

El plagio en todas sus formas, la publicación múltiple o redundante, así como la invención o manipulación de datos constituyen faltas graves de ética y se consideran fraudes científicos.

Los autores no enviarán a la revista originales que previamente estén sometidos a consideración en otra revista, ni enviarán ese original a otra revista en tanto no reciban notificación de su rechazo o lo retiren voluntariamente. Sin embargo, es admisible publicar un trabajo que amplíe otro ya aparecido como nota breve, comunicación o resumen en las actas de un congreso, siempre que se cite adecuadamente el texto sobre el que se basa, y que las modificaciones supongan una modificación sustancial de lo ya publicado.

También son aceptables las publicaciones secundarias si se dirigen a lectores totalmente diferentes; por ejemplo, si el artículo se publica en diferentes idiomas o si hay una versión para especialistas frente a otra dirigida al público en general. Se deberán especificar estas circunstancias y se citará apropiadamente la publicación original.

2.3. Autoría del trabajo

Quien figure como responsable del artículo ante la revista, en el caso de autoría múltiple, debe garantizar el reconocimiento de quienes hayan contribuido significativamente a la concepción, planificación, diseño, ejecución, obtención de datos, interpretación y discusión de los resultados del trabajo; en todo caso, todas las personas que lo firmen compartirán la responsabilidad del trabajo presentado. Asimismo, quien actúe como persona de contacto, debe asegurar que quienes firman el trabajo han revisado y aprobado la versión final del mismo y dan su visto bueno para su posible publicación. Si *TPDM* o los firmantes del artículo lo solicitan, se describirá de forma escueta la aportación individual de cada integrante del grupo firmante al trabajo colectivo.

2.4. Fuentes de información

En el texto del trabajo se deberán reconocer las publicaciones que hayan influido en la investigación, por lo que se debe identificar y citar en la bibliografía las fuentes originales en las que se basa la información utilizada. No ha de incluir, no obstante, citas irrelevantes o referidas a ejemplos parecidos, y no ha de abusar de las menciones a investigaciones ya asentadas en el *corpus* del conocimiento científico.

El autor no debe utilizar la información obtenida privadamente a través de conversaciones, correspondencia o a partir de algún debate con colegas en la materia, a no ser que cuente con permiso explícito, por escrito, de su fuente de información y dicha información se haya recibido en un contexto de asesoramiento científico. Un tratamiento distinto, lógicamente, presentan las entrevistas y/o encuestas que formen parte de la metodología seguida; en el primer caso, se indicará el nombre y apellidos del entrevistado y la fecha de aquella.

2.5. Errores significativos en trabajos publicados

Cuando un autor o autora descubra un error grave en su trabajo tiene la obligación de comunicarlo a la revista lo antes posible, para que se puedan hacer las modificaciones oportunas, retirarlo, retractarse o publicar una corrección o fe de erratas.

Si el posible error es detectado por cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción, el autor está obligado a demostrar que su trabajo es correcto.

El proceso de resolución de estos conflictos es el descrito en el apartado 1.5.

2.6. Conflicto de intereses

Al texto del artículo se deberá acompañar una declaración, en la que conste la existencia de cualquier vínculo comercial, financiero o personal, que pueda afectar a los resultados y las conclusiones de su trabajo. Asimismo, se deberán indicar obligatoriamente todas las fuentes de financiación concedidas para el estudio.

3. EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS

Las personas que participan en la evaluación desempeñan un papel esencial en el proceso que garantiza la calidad de la publicación.

3.1. Confidencialidad

Quien realice una evaluación debe considerar el trabajo que ha de revisar como un documento confidencial hasta su publicación, tanto en el transcurso del proceso de revisión como después de este.

En ningún caso debe difundir ni usar la información, detalles, argumentos o interpretaciones contenidos en el texto objeto de revisión para su propio beneficio o el de otras personas. Únicamente en casos especiales puede recabar el asesoramiento de otros especialistas en la materia, circunstancia de la que debe informar al Editor de *TPDM*.

3.2. Objetividad

Quien realice una evaluación debe juzgar objetivamente la calidad del trabajo completo, es decir, incluyendo la información sobre la que se fundamenta la hipótesis de trabajo, los datos teóricos y experimentales y su interpretación, sin descuidar la presentación y redacción del texto.

Debe concretar sus críticas, y ser objetivo y constructivo en sus comentarios. Ha de argumentar adecuadamente sus juicios, sin adoptar posturas hostiles y respetando la independencia intelectual de quien haya elaborado el trabajo.

Quien realice una evaluación debe advertir al Editor de cualquier similitud sustancial entre el trabajo sometido a evaluación y otro artículo ya publicado, o en proceso de evaluación (publicación redundante o duplicada). Igualmente, ha de llamar la atención sobre textos o datos plagiados, falsificados, inventados o manipulados.

3.3. Prontitud de respuesta

Quien realice una evaluación debe actuar con celeridad y ha de entregar su informe en el tiempo acordado, por lo que notificará al Editor los posibles retrasos.

Asimismo, deberá comunicar al Editor lo antes posible si no se considera capaz de juzgar el trabajo encargado o cumplir su tarea en el plazo acordado.

3.4. Reconocimiento de las fuentes de información

Quien realice una evaluación debe comprobar que son citados los trabajos relevantes ya publicados sobre el tema. Con ese objetivo, revisará la bibliografía recogida en el texto sugiriendo la incorporación de las referencias omitidas.

3.5. Conflicto de intereses

Quien realice una evaluación debe rechazar la revisión de un trabajo cuando mantenga una relación profesional o personal con cualquiera de las personas que hayan intervenido en su autoría que pueda afectar a su juicio sobre dicho trabajo.

Referencias:

- CSIC, *Guía de buenas prácticas para la publicación*:
http://revistas.csic.es/public/guia_buenas_practicas_CSIC.pdf
- COPE (Committee on Publication Ethics):
<http://www.publicationethics.org>
- Directrices EASE (European Association of Science Editors):
<http://www.ease.org.uk>
- *Ethical Guidelines for Journal Publication*:
<http://sjss.universia.net/codigo-etico.jsp>

