

REALIDAD SOCIAL Y
DISCRIMINACIÓN

ESTUDIOS SOBRE
DIVERSIDAD E
INCLUSIÓN LABORAL

Consejo Editorial**GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA**

DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico**JAIME CABEZA PEREIRO**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Dirección:
JOSE M. MORALES ORTEGA

REALIDAD SOCIAL Y DISCRIMINACIÓN

ESTUDIOS SOBRE DIVERSIDAD E INCLUSIÓN LABORAL

Autores:

M^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO
MARYCRUZ ARCOS VARGAS
M^a JOSE ASQUERINO LAMPARERO
ABRAHAM BARRERO ORTEGA
F. JAVIER CALVO GALLEGO
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

ANA DOMÍNGUEZ MORALES
OLGA GARCÍA COCA
RAMÓN LÓPEZ FUENTES
MIGUEL A. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
JOSE M. MORALES ORTEGA
ALICIA RIVAS VAÑÓ

Esta monografía 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.



Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 88 21 81
Fax: 968 88 70 40
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

José Miguel Ortiz Ortiz
Director Editorial

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2022

ISBN: 978-84-19145-02-4
Depósito Legal: MU 247-2022

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2022
© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2022

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

*A Maria Fernanda,
por su magisterio*

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
<i>Jose M. Morales Ortega</i>	
LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	17
<i>Marycruz Arcos Vargas</i>	
1. MARCO NORMATIVO.....	17
2. OBJETIVO DE LA NORMATIVA EUROPEA DE NO DISCRIMINACIÓN	22
2.1. Discriminación directa	22
2.2. Discriminación indirecta.....	25
3. MOTIVOS PROTEGIDOS.....	26
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA ANTIDISCRIMINACIÓN	31
5. CONCLUSIONES	38
6. BIBLIOGRAFÍA	39
LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	43
<i>Abraham Barrero Ortega</i>	
BIBLIOGRAFÍA	56
JURISPRUDENCIA	56
SITUACIÓN ACTUAL DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO EN ESPAÑA	59
<i>Alicia Rivas Vañó</i>	
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	59
2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	66
3. EL DERECHO INTERNO.....	74
3.1. El derecho estatal.....	74
3.2. El derecho autonómico	82
4. CONCLUSIONES	86

LA PRESENCIA DEL COLECTIVO LGTBI+ EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 91*Jose M. Morales Ortega*

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS	91
2. INTERVENCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN FAVOR DEL COLECTIVO LGTBI+	93
3. LA PRESENCIA DE LOS/AS TRABAJADORES/AS LGTBI+ EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS	95
3.1. Incorporación convencional del hecho diferencial LGTBI+ en las causas de discriminación	95
3.2. La diversidad: nuevo concepto y nueva realidad en la negociación colectiva	99
3.3. Condiciones laborales y trabajadores/as LGTBI+	102
4. PAREJAS DE HECHO Y DIVERSIDAD FAMILIAR	112
5. ATENTADOS A LA DIGNIDAD LGTBI+: RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y ACOSO.....	117
5.1. Régimen disciplinario	117
5.2. Acoso LGTBI+: su presencia en los protocolos de acoso	119
6. VALORACIÓN FINAL DEL ANÁLISIS CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON EL COLECTIVO LGTBI+	125
7. CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS.....	127

PLANES DE IGUALDAD Y COLECTIVO LGTBIQ+..... 131*Ramón López Fuentes*

1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LA MATERIA.....	131
2. PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO, Y SU RELACIÓN CON LOS PLANES DE IGUALDAD.....	134
3. TRABAJADORES POBRES Y TRABAJO DECENTE COMO PARADIGMAS A MEJORAR MEDIANTE LOS PLANES DE IGUALDAD: ¿UNA QUIEBRA DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON ESPECIAL REPERCUSIÓN EN EL COLECTIVO LGTBIQ+?	137
4. CLAUSULADO DE LOS PLANES DE IGUALDAD COMO ELEMENTO A CONSIDERAR EN LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PERSONAS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO.....	139
4.1. La instrumentalidad de los Planes de Igualdad para la mejora del Derecho fundamental de Igualdad.....	139
4.2. Contenido de los Planes de Igualdad: una mirada práctica a ejemplos concretos	144
5. PROPUESTAS DE MEJORA A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DE LA MATERIA	156

LA INVISIBILIDAD DE LA DIVERSIDAD DEL COLECTIVO LGTBI COMO FACTOR DE RIESGO LABORAL 159*M^a Carmen Aguilar del Castillo*

1. INTRODUCCIÓN.....	159
----------------------	-----

2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO PREVENTIVO.....	161
3. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE SEGURIDAD Y LA ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL COMO ELEMENTO CONDICIONANTE.....	164
4. LA DIVERSIDAD DEL COLECTIVO LGTBI COMO FACTOR DE RIESGO.....	165
5. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN.....	170
6. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....	173
7. LAS CONDUCTAS LGTBIFÓBICAS Y LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO.....	175
8. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY Y EN LAS LEYES AUTONÓMICAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI Y TRANS.....	178
9. CONCLUSIONES.....	181
10. BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB.....	182
APROXIMACIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES ENCABEZADAS POR HOMBRES: LA SOMBRA DE UNA NUEVA DISCRIMINACIÓN.....	185
<i>Emilia Castellano Burguillo</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	185
2. ¿ES UN PROBLEMA REAL O HIPOTÉTICO EL QUE PLANTEAMOS?.....	187
3. CONCEPTO DE MONOPARENTALIDAD <i>VERSUS</i> FAMILIA.....	192
4. RECURSOS PÚBLICOS PARA LAS FAMILIAS MONOPARENTALES.....	198
5. ¿TIENE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ALGO QUE HACER AL RESPECTO?.....	207
6. ¿HACIA DÓNDE VAMOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA?.....	216
7. CONCLUSIONES.....	222
8. BIBLIOGRAFÍA.....	224
LA APOROFOBIA: ¿UNA CAUSA NACIENTE DE DISCRIMINACIÓN?.....	227
<i>Fco. Javier Calvo Gallego</i>	
1. NACIMIENTO Y EXPANSIÓN DE UN NUEVO TÉRMINO: LA APOROFOBIA.....	227
1.1. El origen del término.....	227
1.2. Su progresiva incorporación al ámbito administrativo y legal (y algunas notas sobre su presencia real).....	229
2. SOBRE SU NOVEDAD (I): ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POBREZA COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	233
3. SOBRE SU NOVEDAD (II): ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POBREZA COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL.....	237
3.1. Su aparente ausencia y su inclusión por vía de integración de la cláusula general.....	237
3.2. Sobre su delimitación: situación económica, pobreza o vulnerabilidad por causa económica.....	243

3.3. La vulnerabilidad por causa económica como causa y como resultado de la discriminación: situaciones de interseccionalidad y discriminación múltiple.....	250
3.4. Algunas brevísimas notas sobre su régimen jurídico	253
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL VALOR DE LA APOROFOBIA Y LA IMPORTANCIA DE TRAER A PRIMER PLANO NO YA SOLO EL ODIO AL POBRE SINO TAMBIÉN SU CONSIDERACIÓN COMO VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN.....	261
OBESIDAD Y SOBREPESO, ¿CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL AUTÓNOMA O NECESARIA VINCULACIÓN CON LA DISCAPACIDAD O LA PROPIA IMAGEN?	263
<i>Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	263
2. LA OBESIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO.....	267
3. LA INCLUSIÓN DE LA OBESIDAD EN EL CONCEPTO COMUNITARIO DE “DISCAPACIDAD”	272
4. EL PESO COMO CONDICIÓN DE ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO	275
5. LOS EFECTOS DEL SOBREPESO O LA OBESIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.....	282
5.1. El trabajador de baja médica por sobrepeso u obesidad: incapacidad temporal y/o permanente	283
5.2. El despido disciplinario por disminución voluntaria del rendimiento pactado, por desobediencia o por transgresión de la buena fe contractual	284
5.3. La causa ya no vigente: el despido objetivo por absentismo	285
5.4. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida.....	285
6. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO	286
7. LA GESTIÓN EMPRESARIAL DE LOS TRABAJADORES OBESOS A TRAVÉS DE UN CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS	289
8. CONCLUSIONES	291
ADICCIONES: DROGAS, ALCOHOL Y TABACO. ¿CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL?.....	295
<i>Ana Domínguez Morales</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	295
2. SUSTANCIAS ADICTIVAS.....	298
2.1. Drogas	298
2.2. Alcohol.....	300
2.3. Tabaco	302
3. EFECTOS DE LAS ADICCIONES EN LA RELACIÓN LABORAL	303
4. CONSECUENCIAS LABORALES DE LA ADICCIÓN A DROGAS, ALCOHOL O TABACO ¿CAUSAN DISCRIMINACIÓN?.....	305
4.1. Perspectiva preventiva.....	306
4.2. Perspectiva sancionadora	311

4.3. Análisis de la cuestión desde la perspectiva del principio de no discriminación.....	316
5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LAS ADICCIONES EN EL ENTORNO LABORAL	328
6. IDEAS DE CIERRE	333
ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN	335
<i>María José Asquerino Lamparero</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	335
2. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	337
2.1. Concepto de <i>big data</i>	338
2.2. Concepto de algoritmo	341
2.3. Concepto de inteligencia artificial	344
3. EUROPA ANTE LOS ALGORITMOS	346
4. EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL ANTE LOS ALGORITMOS	351
5. UNA SUCINTA REFERENCIA A LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA	354
6. ALGORITMOS, <i>BIG DATA</i> E INTELIGENCIA ARTIFICIAL ANTE LAS RELACIONES LABORALES.....	356
7. PROCESOS DE SELECCIÓN, ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN	359
8. RELACIÓN LABORAL, ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN	369
9. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y POSIBLES ALTERNATIVAS	374
LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DIGITAL COMO CAUSA EMERGENTE DE DISCRIMINACIÓN.....	383
<i>Olga García Coca</i>	
1. INTRODUCCIÓN.....	383
2. EL SECTOR DE EMPLEO EN LA ERA DIGITAL: LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL	385
2.1. La oferta de empleo digital	387
2.2. El curriculum vitae electrónico	390
2.3. La digitalización de los portales de empleo	392
2.3.1. Características de los portales web de empleo	396
2.3.2. Ventajas de los portales webs de empleo	397
2.4. Algunas notas sobre los sistemas de recruiting 4.0.....	399
2.4.1. El uso de la inteligencia artificial dentro de la selección de personal.....	402
2.4.2. La técnica <i>Big Data</i> en la intermediación laboral.....	405
2.4.3. El reclutamiento móvil	408
3. IGUALDAD DE TRATO Y ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO	409
3.1. Trato desigual en la fase de preselección de los trabajadores.....	411
3.2. Entrevistas, test y otros instrumentos discriminatorios en la fase de selección de personal	416
3.3. Decisiones automatizadas y discriminación de los trabajadores	419

PRÓLOGO

La diversidad de la sociedad actual en todas las esferas y en todos los ámbitos obliga, ineluctablemente, a atender a una serie de factores intrínsecos a la persona y, por ende, a su desenvolvimiento en las diferentes parcelas de su desarrollo vital y, por lo que aquí importa, profesional. Tales factores; unos, derivados de una nueva realidad; otros, fruto de un redimensionamiento o de una visibilidad hasta el momento desconocida, condicionan, como no puede ser de otra manera, la existencia del individuo.

Siendo así, no se debe, ni se puede desatender que muchos de dichos factores son desencadenantes de situaciones de discriminación, en unas ocasiones, desconocidas y, en otras, ignoradas pero, en cualquier caso, dando lugar a su consecuencia: proscribir a ese individuo con todas las nefastas consecuencias personales, sociales y económicas, que ello entraña. Y todo ello en base a unos prejuicios colectivos, más o menos arraigados en parte de la sociedad; y anclados en ancestrales problemas culturales y educacionales. Por consiguiente, se está ante un tema de absoluta significación y, resultado de esas nuevas circunstancias, actualidad. Circunscribiendo esta cuestión al ámbito de las relaciones laborales, esos factores, presumiblemente discriminatorios, despliegan todas sus consecuencias en cuanto impeditivos del acceso al empleo, de la promoción en el mismo o, sencillamente, de la permanencia del trabajador en el mercado de trabajo.

Este es el objeto de análisis del 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), integrado por un equipo interdisciplinar perteneciente a diferentes universidades españolas (Universidad Hispalense, Universidad Pablo Olavide, Universidad de Huelva y Universidad de Málaga).

Entre los distintos resultados de este Proyecto está esta monografía, en la que se aborda, en este orden, La no discriminación en el Derecho derivado de la Unión Europea, La tutela antidiscriminatoria en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Situación actual del tratamiento jurídico de la diversidad sexual y de género en España, La presencia del colectivo LGTBI+ en la negociación colectiva, Planes de Igualdad y colectivo LGTBIQ+, La invisibilidad de la diversidad del colectivo LGTBI como factor de riesgo laboral, Aproximación a las familias monoparentales encabezadas por hombres: la sombra de una nueva discriminación, La aporofobia: ¿una causa naciente de discriminación?, Obesidad y sobrepeso, ¿causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen?, Adicciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿causa de discriminación laboral?, Algoritmos y discriminación, y La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación.

Como elemento en común e hilo conductor a todos estos trabajos, y así se desprende de casi todos sus títulos, está la propia configuración del hecho diferencial como factor de discriminación. Eso sí, una vez delimitados los contornos de esos posibles nuevos fenómenos discriminatorios a la luz de los cambios sociales y tecnológicos. Siendo así, el siguiente paso no puede ser otro que determinar, si éstos requieren de una configuración independiente o si, por el contrario, se podrían incluir en alguno de los ya existentes y, en particular, en el caso español, en esa genérica causa de *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Ni una opción, ni la otra están impedidas. Basta recordar como el Tribunal Constitucional ha admitido que el art. 14 de la Constitución no presenta una enumeración cerrada; todo lo contrario, lo que es coherente con una visión dinámica del Derecho, que se amolde y adecue a las nuevas realidades nacidas, en nuestro caso, de los indicados cambios. Ello debe hacerse, sin olvidar las declaraciones, en sus diferentes formulaciones y con sus diferentes vinculaciones jurídicas, internacionales y comunitarias y que, por supuesto, comprometen el derecho interno. Por esta razón, el estudio de los diversos fenómenos discriminatorios no puede realizarse de espalda a esa realidad supranacional.

Cuatro capítulos de esta obra están dedicados al colectivo LGTBI+ comenzando, como no podría ser de otra forma, por el propio tratamiento jurídico de su hecho diferencial, para continuar con dos temáticas, tradicionalmente desatendidas, como son la presencia de este colectivo en la negociación colectiva -desgraciadamente, hay que anticipar que el análisis convencional es bastante desalentador- y en los planes de igualdad; y, seguidamente pero de suma importancia, el factor de riesgo, que implica ser persona LGTBI+; y esto último desde la necesaria perspectiva de la seguridad y salud laboral.

La realidad actual también está poniendo de manifiesto la transformación que está sufriendo el concepto de familia. Hoy, junto a la tradicional familia

nuclear, existen nuevos y variados modelos. La mayoría de ellos, desafortunadamente, sufren ciertos prejuicios o, en el mejor de los casos, ciertas limitaciones para su pleno desarrollo. Esta diversidad familiar, muy conectada también con el colectivo LGTBI+, ha llevado a que esté presente en más de un capítulo de esta obra. No obstante, hay uno dedicado, en exclusiva, al paradigma de esta diversidad como son las familias monoparentales. Pero, con independencia del sexo del/de la titular de la unidad familiar, lo cierto es que se trata de un colectivo necesitado, imperiosamente, de una atención por parte de los sujetos con capacidad para intervenir; y en esta dirección se mueve el correspondiente trabajo.

Con posterioridad, se entra en una manifestación verdaderamente alarmante como es la aporofobia; ignorada como causa de discriminación y que, sin embargo, es un fenómeno extendido de proscripción social con todo lo que ello significa. De ahí que su autor se detenga tanto en su configuración social y jurídica como, lo que suele ser muy habitual, en el hecho de ser parte importantísima de la discriminación múltiple.

Seguidamente, se aborda dos fenómenos de gran complejidad en cuanto que encierran una discriminación solapada y vinculada con otros aspectos como la apariencia externa o la enfermedad. Son los casos de la obesidad y sobrepeso y las adicciones -en concreto, tabaco, alcohol y drogas-. En los correspondientes estudios se analizan todos los vértices de estas realidades partiendo, como no puede ocultarse que, con demasiada frecuencia, sirven de argumento a decisiones empresariales, que se construyen sobre prejuicios nacidos, siempre, de estereotipos, que no son más que el producto de constructos sociales, con los que, por lo que aquí interesa, no admitir o expulsar a determinados colectivos del mercado de trabajo. La vinculación con determinados estereotipos sociales, la atribución apriorística de determinadas características y la asociación, siempre negativa, con ideas preconcebidas, son los elementos que están en la base de estas posibles causas de discriminación. Y, desde luego, contra las que hay que luchar desde los instrumentos ofertados por el ordenamiento jurídico.

Por último, se ha dedicado dos capítulos a la presencia de los algoritmos en el contexto laboral; y ello desde la propia determinación de los mismos como causa de discriminación. Para, con posterioridad, abordar esta realidad tanto en la fase de búsqueda y selección de personal como durante la relación laboral. Así, dos trabajos perfectamente complementarios.

Más allá de todo lo referente a la protección de datos y al derecho a la intimidad, temas, en absoluto baladíes, hay que admitir que estos algoritmos nacidos de la voluntad empresarial, condicionan, con más frecuencia de la deseada, las decisiones empresariales; fundamentalmente, por la imagen percibida del demandante u ocupante del puesto de trabajo, por lo tanto, se convierten en un instrumento para que la empresa conozca cualquiera de estos nuevos

fenómenos discriminatorios. Una imagen que puede o no corresponderse con la realidad pero que, sin duda, puede justificar, para la empresa, la decisión o no de contratación o de permanencia. Quizás, en este supuesto, se esté, más bien, ante un instrumento de conocimiento de la discriminación que de discriminación en sí mismo. En cualquier caso, todas las aristas del uso de estos algoritmos y su posible instrumentación como criterio de discriminación son el objeto de los señalados capítulos.

Por su clara conexión con la discriminación, no se ha olvidado en esta monografía un concepto, que está calando con fuerza en las políticas de recursos humanos como es el de la gestión de la diversidad, con la que conseguir un mercado de trabajo inclusivo y diverso o, si se prefiere, respetuoso con todas las realidades, nuevas o no, existentes hoy en día en la sociedad. Es más, una adecuada y acertada gestión de la diversidad debe convertirse en un aliciente y en un objetivo empresarial, ya que ella, sin duda, hará a las empresas más competitivas y productivas, por posicionarse en el mercado con una mejor reputación e imagen corporativa y por conseguir un óptimo clima laboral. Sin embargo, desafortunadamente, este objetivo no está todavía presente en la mayoría de las empresas; y ello, quizás, es fruto de que sólo las grandes apuestan, con mayor o menor éxito, con mayor o menor interés, por esta política de diversidad. Y cuando el tejido empresarial, como es el caso español, está conformado por pequeñas y micro empresas, la gestión de la diversidad, queda en suspenso, por no decir que queda olvidada.

Desde estas páginas quiero agradecer a todos/as los/as autores/as, que han participado en esta monografía, su esfuerzo, que no queda reducido a estas aportaciones, ya que otros ámbitos, fenómenos y soportes son analizados en otra publicación que, en breve, verá la luz. Y que, por supuesto, completa los objetivos del Proyecto de Investigación. Con ser absolutamente meritorio lo que se acaba de indicar, el agradecimiento hay que extenderlo al compromiso de todos/as ellos/as en la lucha contra la discriminación. Una tarea de capital importancia para la consecución de una sociedad y de un entorno laboral diverso, inclusivo y no discriminatorio.

JOSE M. MORALES ORTEGA

Investigador Principal del Proyecto de Investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social
Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

MARYCRUZ ARCOS VARGAS
Universidad de Sevilla

1. MARCO NORMATIVO

Aunque el objeto de este trabajo sea la normativa de la UE en materia de desigualdad no se puede entender la misma sin considerar el contexto normativo en el que se desarrolla. Las distintas obligaciones internacionales de los Estados miembros de la UE, fundamentalmente en el marco de protección de derechos humanos en Naciones Unidas y en el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, marcan los límites del desarrollo normativo de la UE. Aunque la propia Unión Europea no sea parte de dichos convenios internacionales, dado que las competencias que puede ejercer son sólo las que los Estados miembros le atribuyen y estos, al disponer de sus competencias, no pueden atribuir su ejercicio a otra entidad más que con las limitaciones que tienen previamente asumidas y por ello estimo esencial enmarcar el desarrollo del derecho derivado contra la discriminación en el contexto internacional que lo enmarca. Por tanto, rastreamos las obligaciones internacionales de los Estados Miembros para evitar la desigualdad que marcan las competencias cuyo ejercicio han atribuido a la UE.

Si una de las características esenciales de los derechos humanos es su universalidad, es indispensable comenzar con el marco de referencia universal que suponen los instrumentos de protección de derechos humanos generados a través de las Naciones Unidas (ONU). A partir de la Declaración Universal de

¹ Este trabajo es resultado del 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).

Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que al no ser un tratado no necesita ser ratificado por las partes y es considerada *ius cogens*, todos los Estados miembros de la UE son parte de los siguientes tratados de derechos humanos de la ONU, todos los cuales incluyen la prohibición de la discriminación: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención Contra la Tortura y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). También en el marco de Naciones Unidas existe la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Doc. ONU A/RES/45/158, 1 de julio de 2003), aunque ninguno de los Estados miembros de la UE es aún parte. El más reciente de los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que es la Convención de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) incluye la posibilidad de ser ratificado por Organizaciones Internacionales. Se entiende importante garantizar que estas se comprometan también a cumplir las obligaciones de derechos humanos de sus Estados miembros. La CDPD es el primer tratado de derechos humanos de la ONU abierto a la participación de organizaciones de integración regional, y la UE la ha ratificado en diciembre del 2010.

La CDPD incluye una amplia lista de derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad de garantizar la igualdad en el disfrute de sus derechos, así como de imponer al Estado una serie de obligaciones de acción positiva. Esta Convención vincula por tanto a las instituciones de la UE, así como a los Estados miembros cuando apliquen la normativa de la Unión. Algunos de ellos están también en curso de adhesión a la CDPD de manera individual, lo que les impondrá obligaciones directas. La CDPD se convertirá, probablemente, en un punto de referencia para la interpretación de la legislación de la UE y del TEDH en materia de discriminación por razones de discapacidad.

En el ámbito del Consejo de Europa también encontramos importantes compromisos para garantizar la protección de derechos humanos. Esta Organización Internacional de cooperación creada en 1949 para promover la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos hoy cuenta con 47 Estados Miembros, entre los que se encuentran todos los miembros de la UE. La primera realización del Consejo de Europa fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950. Cualquier Estado que aspire a ser miembro del Consejo de Europa en primer lugar tendrá que firmar y ratificar dicho Convenio. Así mismo, la Unión Europea está obligada a suscribirlo conforme al artículo 6, 3 TUE como luego señalaré.

En el marco del CEDH La prohibición de la discriminación está recogida en el artículo 14 que garantiza la igualdad de trato en el goce de los restantes derechos y libertades reconocidas en el Convenio².

Así mismo, el carácter transversal del principio de no discriminación y la necesidad de aplicarse para el disfrute de cualquiera de los derechos protegidos llevó a ampliar esta garantía con las obligaciones recogidas en el Protocolo 12 (2000) al CEDH, que surgió para reforzar la igualdad racial y de género. Dicho Protocolo amplía el alcance de la prohibición de la discriminación, al garantizar la igualdad de trato en el disfrute de todos los derechos (incluidos los derivados de la legislación nacional). En la Exposición de Motivos se explica que la adopción del Protocolo responde al deseo de reforzar la protección contra la discriminación, considerada un elemento fundamental de la garantía de los derechos humanos. El límite que nos encontramos es que al estar estas obligaciones recogidas en un Protocolo sólo generan deberes para los Estados firmantes del mismo y en la actualidad no son todos los Estados Miembros³.

En consecuencia, es importante diferenciar que el artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación únicamente en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el tratado y sólo los que han ratificado el Protocolo 12 confieren carácter independiente a la prohibición de la discriminación sin tener que estar vinculada a otro de los derechos del Convenio.

Además de estas referencias generales a las normas del Consejo de Europa, el principio de no discriminación es un principio rector de numerosos documentos en este ámbito y así, la Carta Social Europea en su artículo 20 (versión de 1996) incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género.

Por último, por completar el ámbito del Consejo de Europa que como organización internacional de cooperación, para alcanzar sus objetivos, utiliza el instrumento de fomentar Convenios Internacionales para que firmen y ratifiquen sus Estados miembros encontramos normas de protección frente a la discriminación en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales los artículos 4, 6(2) y 9, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos el artículo 2(1), el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales o el Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia que incluye también una protección contra la promoción de la discriminación.

² www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1

³ www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG

La cuestión de la no discriminación ha influido de forma clara en la configuración de la normativa del Consejo de Europa y se considera una norma fundamental sujeta a protección.

En el ámbito de la Unión Europea, con el fin de establecer unas condiciones de igualdad entre los Estados miembros, desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica original (1957) se incluía una prohibición de la discriminación por razón de género en materia de empleo, para evitar que un Estado miembro pudiera obtener una ventaja competitiva frente a otros ofreciendo menores sueldos o condiciones menos favorables de trabajo a las mujeres.

Aunque este cuerpo legal evolucionó considerablemente para incluir áreas como las pensiones, el embarazo y los regímenes legales de seguridad social, hasta el año 2000 la legislación de la UE contra la discriminación sólo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones de género.

Durante la década de 1990, los grupos de interés presionaron con fuerza en favor de la ampliación de la prohibición de la discriminación a otras áreas como la raza y el origen étnico, así como la orientación sexual, las creencias religiosas, la edad y la discapacidad. Los temores al resurgimiento del nacionalismo extremista en algunos Estados miembros de la Unión estimularon la voluntad política de los dirigentes hacia la modificación del Tratado de la Comunidad Europea para conferir a la Comunidad competencia legislativa en estas áreas.

En 2000 se adoptaron dos directivas: la Directiva de igualdad en el empleo prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el área del empleo (Directiva 2000/78)⁴; la Directiva de igualdad racial prohibía la discriminación por motivos de raza y origen étnico en el ámbito del empleo (Directiva 2000/43)⁵, pero también en el acceso al sistema de bienestar social y a la seguridad social, así como a los bienes y servicios. Esta importante ampliación del alcance de la legislación de la UE contra la discriminación responde a la convicción de que para que las personas puedan desarrollar todo su potencial en el mercado de trabajo, resulta también esencial garantizar la igualdad de acceso en áreas como la salud, la educación y la vivienda.

En 2004, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios amplió el ámbito de la discriminación por razón de género al área de los bienes y servicios (Directiva 2004/113)⁶. No obstante, la

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32000L0078>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISUM%3A133114>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>

protección por motivos género no alcanza el grado de protección reconocido en la Directiva de igualdad racial, pues la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en materia de seguridad social garantiza la igualdad de trato únicamente en relación con la seguridad social y no con el sistema general de bienestar social, como la protección social y el acceso a la asistencia sanitaria y la educación.

Este conjunto normativo de derecho derivado, dado que sólo protege de la discriminación en el ámbito del empleo, debería completarse con una norma que permitiera lograr la protección integral contra las discriminaciones por estos motivos. Así, el 2 de julio de 2008 la Comisión presentó una propuesta (conocida como la «Directiva Horizontal»⁷) para aplicar el principio de igualdad de trato no sólo en el mercado laboral. Diez años más tarde, tras interminables discusiones en el Consejo, dicha propuesta continuaba sin adoptarse, a pesar de ser considerada una prioridad para la Comisión Junker⁸. En el PE, acertadamente, se propuso su conexión con el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁹, pero sin éxito. En 2022 continuamos sin tener en la UE una norma de aplicación general que permita esta prohibición general de la desigualdad.

También, en el marco de la UE debemos destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. Hasta entonces la ausencia en los Tratados de cualquier referencia a los derechos fundamentales, había llevado a que el Tribunal de Justicia los aplicara como parámetro de validez para la actuación de las instituciones de la UE, con el único fundamento de las tradiciones constitucionales y los compromisos internacionales comunes a todos los Estados Miembros, que llegaron a consolidarse como “principios constitucionales del derecho comunitario”. Tras su aprobación en el año 2000 fue “proclamada” y sólo tenía carácter declarativo, aunque era habitualmente utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para argumentar sus decisiones. Con la entrada en vigor de la última de las reformas del TUE a través del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Carta (CDFUE) tiene el mismo valor jurídico de los Tratados, como enuncia el artículo 6 TUE, se considera derecho originario y en consecuencia marcará los límites de actuación de la UE y de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la UE.

El artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación por diversos motivos: 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. Esto significa que las personas pueden reclamar si consideran que la

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0426&from=EL>

⁸ <https://es-ue.org/wp-content/uploads/2014/09/EPSSCO-EPS-10-Igualdad-de-trato.pdf>

⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2018-000071_ES.html

legislación de la Unión o la legislación estatal de aplicación de la primera no respetan la Carta de Derechos Fundamentales. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar orientación sobre la correcta interpretación de la normativa de la Unión al TJUE, a través del procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE.

2. OBJETIVO DE LA NORMATIVA EUROPEA DE NO DISCRIMINACIÓN

La finalidad de la legislación contra la discriminación es ofrecer a todas las personas posibilidades equitativas y justas de acceder a las oportunidades sociales. La legislación contra la discriminación prohíbe los supuestos en los que determinadas personas o grupos de personas en situación idéntica reciban un trato diferente o personas o grupos de personas en situación diferente reciban un trato igual. Pero la práctica nos muestra como se produce la discriminación desde dos tipos de actuaciones que es necesario distinguir y atajar.

Así, estas normas establecen que las personas que se hallan en situación similar deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una de terminada característica «protegida». Esto es lo que se conoce como discriminación directa. Si bien en el marco del CEDH, la discriminación directa está sujeta a la causa de justificación general denominada justificación objetiva; en la legislación de la UE, las causas de justificación frente a la discriminación directa son limitadas.

También hay que tener en cuenta que la normativa contra la discriminación establece que las personas que se hallan en situaciones diferentes deben recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades concretas del mismo modo que los demás. Por tanto, estos mismos «motivos protegidos» deben tenerse en cuenta al realizar determinadas prácticas o crear normas concretas. Esto es lo que se conoce como discriminación «indirecta». Todas las formas de discriminación indirecta están sujetas a la causa de justificación por justificación objetiva, con independencia de que la reclamación se realice al amparo del CEDH o de la legislación de la UE.

2.1. Discriminación directa

El CEDH y la legislación de la UE definen de modo similar la discriminación directa. En el marco de la normativa UE, la Directiva de la UE sobre la igualdad racial en su artículo 2; la Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(a); la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, establecen que «existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona

sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable».

Existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que haya sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable debido a una característica concreta de esta persona incluida entre los «motivos protegidos».

El TEDH ha interpretado en reiteradas ocasiones¹⁰ que existe discriminación directa si hay una «diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares», y ello «a partir de características identificables».

El núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona. Por lo tanto, el primer elemento de la discriminación directa es la prueba del trato menos favorable, que puede resultar relativamente fácil de identificar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la discriminación indirecta, donde suelen requerirse datos estadísticos que permitan realizar una referencia comparativa. Es decir, una persona que se halle en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un «motivo protegido».

No obstante, se admiten excepciones a la exigencia de una «referencia comparativa» adecuada, al menos en el marco de la normativa de la UE en materia de empleo, correspondiente a la discriminación por embarazo. Una larga jurisprudencia del TJUE, iniciada con el importantísimo asunto Dekker, establece claramente que, si el perjuicio sufrido por una persona se debe a su embarazo, la situación se califica como discriminación directa, sin necesidad de referencia comparativa.

Debe existir un nexo causal entre el trato menos favorable y el motivo protegido. Para cumplir este requisito basta formular una sencilla pregunta: ¿hubiera recibido la persona un trato menos favorable si hubiera tenido distinto género, raza o edad o hubiera ocupado otra posición en alguno de los restantes motivos protegidos? Si la respuesta es afirmativa, el trato menos favorable se debe claramente al motivo en cuestión, pero si el trato diferente no se debe a uno de los motivos protegidos si no por el contrario se produce por estar en circunstancias distintas, no puede considerarse contrario a las normas antidiscriminación. Por ejemplo, si la gratuidad de determinados servicios es para jubilados y la edad de jubilación es diferente para hombres y para mujeres, no puede considerarse

¹⁰ Carson y otros contra el Reino Unido [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61; D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 175; Burden contra el Reino Unido [GC] (n.o 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.

contraria a la norma la no gratuidad para no jubilados puesto que la diferencia de trato no es por género sino por jubilación o no¹¹.

A pesar de dicha limitación, los tribunales nacionales han interpretado de forma amplia el alcance de los «motivos protegidos», admitiendo la «discriminación por asociación» en los supuestos en que la víctima de la discriminación no sea la propia persona que posee la característica protegida, así como la interpretación abstracta del motivo concreto.

Un caso específico considerado por la normativa como discriminación directa es el acoso o las órdenes de discriminar.

Con arreglo a las directivas, el acoso es un tipo concreto de discriminación. Previamente considerado como un caso particular de discriminación directa, su tratamiento específico en un epígrafe propio responde más a la importancia de singularizar esta forma especialmente dañina de trato discriminatorio que a un cambio conceptual.

Las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres establecen también específicamente el acoso sexual como un tipo concreto de discriminación, cuando el comportamiento no deseado «verbal, no verbal o físico» es de naturaleza «sexual».

Conforme a esta definición, no es necesaria una referencia comparativa para demostrar el acoso, como corresponde al hecho de que el acoso es intrínsecamente malo por la forma que adopta (abuso verbal, no verbal o físico) y por su efecto potencial (atentar contra la dignidad humana).

Estas concreciones se derivan de la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico encaminado a combatir el acoso (DO C 27, 4 de febrero de 1992, p. 1).

Conforme a las directivas contra la discriminación, el acoso constituirá discriminación cuando:

- se produzca un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido;
- que tenga como objetivo no consecuencia atentar contra la dignidad de la persona;

¹¹ Es abundante la jurisprudencia al respecto tanto de jurisdicciones nacionales como del TJUE o del TEDH. Entre otros asuntos pueden consultarse: Cámara de los Lores del Reino Unido, James contra Eastleigh Borough Council [1990] UKHL 6, 14 de junio de 1990. TJUE, Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Asunto C-267/06 [2008] Rec. I-1757,1 de abril de 2008. TEDH, Aziz contra Chipre (n.o 69949/01), 22 de junio de 2004.

- y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Para determinar la existencia del acoso se emplea la percepción del trato de la víctima. Aunque la víctima no perciba efectivamente los efectos del acoso, éste podrá apreciarse aún, siempre que el reclamante sea el objeto del comportamiento en cuestión.

Las cuestiones de hecho relativas a si una conducta constituye o no acoso suelen determinarse en el ámbito nacional, antes de remitir los asuntos al TJUE, lo que puede distorsionar la uniformidad en la aplicación del derecho de la UE puesto que cabe existan diferentes percepciones de lo que supone acoso en función del entorno social en que se produzca.

2.2. Discriminación indirecta

Tanto la normativa de la UE como el CEDH reconocen que la discriminación puede existir no sólo cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. Esta última forma de discriminación se denomina «indirecta» porque no es el trato lo que difiere, sino sus efectos, que afectan de distinto modo a personas con características diferentes.

El motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los gobiernos, los empleadores y los prestadores de servicios deben asegurarse de adoptar medidas para ajustar sus disposiciones y prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias; es decir, deben hacer algo para adaptar sus políticas y medidas vigentes. Es lo que se conoce como “medidas de acción positiva” que permiten lograr la igualdad positiva y no sólo la igualdad formal. Son medidas, como las califica el TJUE, que «aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social».

La normativa de la UE (artículo 2(2)(b) de la Directiva de la directiva relativa a la igualdad racial, la Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(b)) establece que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas».

A pesar de tratarse de una norma UE y no de desarrollo del CEDH, ha sido esta definición la utilizada por el TEDH en algunas de sus sentencias¹², señalando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo caracterizado por un motivo protegido».

También en estos casos es necesario referenciar el efecto desproporcionadamente perjudicial a uno de los motivos protegidos.

3. MOTIVOS PROTEGIDOS

Una vez que tenemos establecido nuestro marco normativo (fundamentalmente las Directivas en el ordenamiento jurídico UE) y el objetivo de estas normas (evitar que se produzca discriminación), es necesario prestar atención a una importante limitación que encontramos en dichas normas.

No se prohíbe en general el resultado discriminatorio, si no sólo aquellas discriminaciones producidas por no proteger una de las características de las consideradas en la norma. Así, las directivas europeas sobre no discriminación prohíben el trato diferenciado basado en ciertas «características protegidas», y figura una lista fija y limitada de las mismas, entre las que se cuenta el género (Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios, Directiva sobre la igualdad de género (refundida)), la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias (Directiva de igualdad en el empleo), así como el origen racial o étnico (Directiva sobre la igualdad racial).

El CEDH, por el contrario, contiene una lista abierta, que coincide con las directivas, pero que va más allá porque en el artículo 14 se establece que no deberá discriminarse «por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

A pesar de esta recortada protección que encontramos en el Derecho derivado de la UE, dentro del Derecho originario, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE también contiene una prohibición de la discriminación que resulta de una combinación de las características consignadas en el CEDH y en las directivas sobre no discriminación, aunque no se refiere la característica general de «cualquier otra situación».

¹² TEDH, D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184.

Una «característica protegida» de una persona es una condición de la misma que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio. Repasaremos brevemente cuáles son las características protegidas por el Derecho UE y su repercusión jurisprudencial.

a) Género

La discriminación por razón de género se trata del aspecto más desarrollado de la política social de la UE, y hace mucho tiempo que recibe la consideración de derecho fundamental. El fomento de la protección en relación con esta característica ha servido a un doble propósito: económico, en cuanto a que ha contribuido a eliminar distorsiones de la competencia en un mercado de creciente integración y, en el ámbito político, ha impulsado en la Comunidad el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. En consecuencia, la protección contra la discriminación por razones de género ha constituido, y sigue constituyendo, una función fundamental de la Unión Europea.

La aceptación de la importancia económica y social de garantizar la igualdad de trato se concretó aún más con la posición esencial que se le otorgó en la Carta de Derechos Fundamentales. Del mismo modo, en el CEDH, la protección frente a la discriminación por razón de género también se encuentra adecuadamente desarrollada.

Aunque los casos de discriminación por razón de género suelen consistir en situaciones en las que las mujeres reciben un trato menos favorable que los hombres, no sucede siempre así, también son condiciones de trabajo diferentes o limitaciones al acceso a determinados empleos.

También se engloba dentro de la discriminación prohibida en razón de género la que se practica por “identidad de género”. Conforme a los Principios de Yogyakarta, se entiende por ella «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»¹³.

¹³ «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», marzo de 2007, disponibles en: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

En cualquier caso, parece que la legislación en torno a la característica de la «identidad de género» requiere una considerable aclaración a escala tanto europea, como nacional.

Varios asuntos relativos a las diferencias de trato por razón de género en relación con la edad de jubilación ponen de manifiesto que la Administración cuenta con un amplio margen de valoración en los temas de políticas fiscal y social. Igual sucede con situaciones en los que se ha considerado justificado el trato diferenciado justificándolo con consideraciones de política de empleo¹⁴.

Si examinamos la jurisprudencia tanto de TEDH como de TJUE, encontramos con cierta frecuencia asuntos de discriminación por “orientación sexual” que puede entenderse como la «capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas». Aunque en el artículo 14 del CEDH no se recoge explícitamente la «orientación sexual» como característica protegida, el TEDH ha declarado expresamente que se encuentra incluida entre las características «varias» protegidas por el artículo 14CEDH.

b) Discapacidad

Ni el CEDH, ni la Directiva de igualdad en el empleo contienen una definición de Discapacidad y queda habitualmente en los tribunales nacionales la determinación de qué constituye una discapacidad. Estas aproximaciones se presentan como parte de las cuestiones prejudiciales que plantean al TJUE y, a partir de las mismas, ha marcado toda una línea de interpretación con una definición armonizada en la UE. Entiende por discapacidad “una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional”. Así, por ejemplo, distingue entre enfermedad y discapacidad, no siendo la primera objeto de protección¹⁵.

c) Edad

Aunque la discriminación por razón de edad per se no incide en el ámbito de ningún derecho específico en el CEDH (a diferencia de la religión, o la orientación sexual), los problemas de discriminación por razón de la edad pueden plantearse en el contexto de diversos derechos. En este sentido, el TEDH, como en otros ámbitos, ha conocido de asuntos cuyos hechos indicaban la existencia de

¹⁴ Para compensar a los varones del tiempo empleado en el servicio militar obligatorio, Schnorbus contra Land Hessen, Asunto C-79/99 [2000] Rec. I-10997, 7 de diciembre de 2000; o para evitar que sean siempre las mujeres quienes terminen con contratos de menos de 15 horas por semana.

¹⁵ Chacón Navas contra Euresst Colectividades SA, Asunto C-13/05 [2006] Rec. I-6467, 11 de julio de 2006.

discriminación por motivos de edad, sin analizar en realidad los asuntos en tales términos, sobre todo en relación con el trato de los menores en el sistema de justicia penal. El TEDH ha observado que la «edad» se incluye en el apartado de «otra condición» y en muchos casos la ha considerado como una diferencia de trato justificada para así proteger un bien jurídico superior¹⁶.

En el ámbito del Derecho de la UE, sólo hay una referencia a la discriminación en razón de edad como causa intermedia de protección en la Directiva 78/2000, con una proyección en el ámbito de las relaciones laborales. El TJUE, interpretando dicha regulación en combinación con el artículo 21 CDFUE ha considerado que se trata de un principio general del derecho y por tanto aplicándolo incluso en relaciones horizontales (entre empleador y empleado)¹⁷ y generando toda una línea jurisprudencial¹⁸.

d) Raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional

La principal diferencia en la protección por parte de la UE y del CEDH del motivo “raza y origen étnico” es la inclusión o no de la nacionalidad. Mientras que en el CEDH se alude a la «nacionalidad» o al «origen nacional» como una característica específica, en la jurisprudencia que se refiere a continuación se pone de relieve que la nacionalidad puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia. Tal exclusión es consecuencia de que tal discriminación se regula en el contexto de libre circulación de personas.

Otra diferencia importante es que la Directiva sobre la igualdad racial no contiene una definición de «origen racial o étnico pero sí figuran como características específicas en el CEDH.

En la definición de racismo y xenofobia de la Decisión marco del Consejo de la UE relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal se incluye la violencia y el odio dirigidos a determinados grupos mediante la referencia a la «raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». La Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa ha adoptado asimismo un amplio enfoque respecto a la definición de «discriminación racial», en la que se incluyen las características de «raza, color, lengua, religión, nacionalidad y origen nacional o étnico».

¹⁶ TEDH, Schwizgebel contra Suiza (n.o 25762/07), 10 de junio de 2010.

¹⁷ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-555/07>

¹⁸ Véase el interesante estudio de REQUENA CASANOVA, M.: “La discriminación por razón de la edad en la unión europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).

Del mismo modo, en el artículo 1 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966 (de la que todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Consejo de Europa son parte) se define la discriminación racial con la inclusión de las características de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico».

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, responsable de interpretar y de vigilar el cumplimiento del tratado, ha declarado que, salvo que exista justificación para lo contrario, la determinación de si una persona es miembro o no de un grupo racial o étnico, «se basará en la autoidentificación del individuo en cuestión». Se evita que el Estado excluya de la protección a grupos étnicos a los que no reconozca.

Para explicar los conceptos de raza y etnia, el TEDH ha dictaminado que la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura pueden ser factores indisolubles de la raza, aunque en el derecho de la UE y en particular en la Directiva sobre igualdad racial no se hace tal referencia, sin duda pueden ser indicadores.

Así, Religión o creencia, es en el marco del CEDH (Artículo 9) donde encontramos protegido un derecho independiente de la libertad de conciencia, religión y creencia, aunque el derecho de la UE también contiene cierta protección limitada frente a esta discriminación si tiene un efecto en alguno de los ámbitos protegidos.

Igual sucede respecto a la discriminación en razón de Lengua. Cabe señalar que tanto el Convenio marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995,²³⁰ (ratificado por 39 Estados miembros), como la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, 1992,²³¹ (ratificada por 24 Estados miembros) imponen obligaciones específicas a los Estados relativas al uso de las lenguas minoritarias. No obstante, en ninguno de los instrumentos se define el significado de «lengua».

La lengua no figura, per se, como característica protegida en las directivas sobre no discriminación, pero sí se recoge como tal en el CEDH. En cualquier caso, puede protegerse con arreglo a la Directiva sobre la igualdad racial, en la medida en que puede vincularse a la raza o al origen étnico, y también puede ser considerada por el TEDH conforme a esta característica. El TJUE también la ha protegido a través de la característica de la nacionalidad, en el contexto de la ley relativa a la libre circulación de personas¹⁹.

¹⁹ TJUE, *Groener contra Ministerio de Educación y the City of Dublin Vocational Educational Committee*.

Asunto C-379/87 [1989] Rec. 3967, 28 de noviembre de 1989.

El Origen social, nacimiento y propiedad son tres características pueden estar relacionadas con la raza y la etnia y suponen un estatus impuesto a la persona en virtud de unas condiciones sociales, económicas o biológicas heredadas, pero ninguna de ellas se recogen en las Directivas UE.

e) Opiniones políticas o de otra índole

Estos motivos, recogidos en el marco del CEDH pero sin referencia alguna en el Derecho de la UE, podrían también en su caso, ser utilizadas por el TJUE en el mismo sentido que el TEDH utiliza su apartado “otras” para incorporar motivos de discriminación contemplados en el Derecho de la UE y no en el del CEDH. En muchos casos, cuando una persona mantiene una determinada convicción que no satisface los requisitos para ser clasificada como «religión o creencia», ésta puede calificarse en cualquier caso como susceptible de protección con arreglo a esta característica y sin duda en los ámbitos protegidos por el Derecho de la UE puede actuar como una clara causa de discriminación.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA ANTIDISCRIMINACIÓN

Tenemos identificado el marco normativo (apartado 1), su objetivo (apartado 2), las características que protege (apartado 3), pero todavía encontramos una limitación más: No se aplica dicha normativa a cualquier ámbito, si no que dependerá de la norma que prohíba la discriminación al ámbito que se aplica la normativa contra la discriminación se introdujo en la UE con el fin de facilitar el funcionamiento del mercado interno, por lo que ha estado tradicionalmente restringida al ámbito del empleo. Con la aparición de la Directiva de igualdad racial en 2000, este ámbito se amplió para incluir el acceso a los bienes y servicios y al sistema público de bienestar, considerando que para garantizar la igualdad en el mercado de trabajo resulta igualmente necesario garantizarla en otras áreas que afectan al empleo. Con la finalidad de ampliar el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razones de género se adoptó la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios. Sin embargo, la Directiva de igualdad en el empleo, de 2000, que prohíbe la discriminación por razón de la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias, sólo es de aplicación en el ámbito del empleo.

A diferencia de esto, el artículo 14 del CEDH garantiza la igualdad en relación con el disfrute de los derechos sustantivos reconocidos en el propio Convenio; y el Protocolo 12 al CEDH, que entró en vigor en 2005, amplió el ámbito de la prohibición de la discriminación a la protección de todos los derechos reconocidos en el ámbito nacional, aunque no estén incluidos en el ámbito de los derechos amparados por el CEDH. No obstante, el Protocolo sólo ha sido

ratificado por 17 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos 6 Estados miembros de la UE.

Esto significa que los Estados miembros de la UE tienen distintas obligaciones derivadas de la legislación europea contra la discriminación, y a pesar de que hay áreas de aplicación del CEDH que quedan fuera del ámbito de la normativa UE, ambos sistemas se retroalimentan y completan como ha demostrado la jurisprudencia de ambos tribunales: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Vistos los compromisos de los Estados miembros y de la UE a garantizar la prohibición de discriminación en su ámbito de actuación, una cuestión previa a analizar es la de los destinatarios de la protección derivada de la legislación de la UE y el CEDH, donde encontramos relevantes diferencias.

El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de un Estado miembro, sean o no ciudadanos de éste y se hallen o no dentro de su territorio nacional, siempre que se encuentran en áreas situadas bajo el control efectivo del Estado (como los territorios ocupados).

Por el contrario, la protección derivada de la normativa de la UE tiene un ámbito de aplicación más limitado. La prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad se aplica en el marco de la libre circulación de personas y únicamente a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión. Además, las directivas contra la discriminación contienen varias exclusiones de la aplicación a los nacionales de terceros países (NTP), es decir, los ciudadanos de Estados que no sean miembros de la UE.

Las directivas contra la discriminación excluyen expresamente su aplicación a la discriminación por nacionalidad, regulada en la Directiva de libertad de circulación, que sólo reconoce el derecho a entrar y residir en otros Estados miembros de la UE a los ciudadanos de alguno de los Estados miembros de la Unión. Tras un período de cinco años de residencia legal en otro Estado miembro de la UE, los ciudadanos de la Unión adquieren un derecho de residencia permanente con derechos equivalentes a los de la categoría de los «trabajadores». Esto no significa, por supuesto, que los ciudadanos de otros Estados miembros no estén protegidos por las directivas contra la discriminación. Simplemente, al formular una reclamación de discriminación por razón de nacionalidad, la víctima deberá tratar de plantearla en el ámbito de la raza o el origen étnico o bien invocar la Directiva de libertad de circulación.

Tanto la Directiva de igualdad racial como la Directiva de igualdad en el empleo resaltan que no conceden ningún derecho de igualdad de trato para los nacionales de terceros países (NTP) en relación con las condiciones de entrada y de residencia. La Directiva de igualdad en el empleo declara igualmente que no

concede ningún derecho de igualdad de trato a los NTP en relación con el acceso al empleo y la ocupación. La Directiva de igualdad racial establece también que no afecta a «cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». No obstante, esto no permite a los Estados miembros excluir totalmente de la protección a los NTP, a quienes el preámbulo declara protegidos por la directiva, salvo en relación con el acceso al empleo.

La Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios no excluyen la protección de los NTP.

En cualquier caso, los NTP disfrutarán del derecho a la igualdad de trato en prácticamente las mismas áreas cubiertas por las directivas contra la discriminación si reúnen los requisitos de los «residentes de larga duración» con arreglo a la Directiva de los nacionales de terceros países (que exige, entre otras cosas, un período de residencia legal de cinco años)²⁰. La Directiva de reagrupación familiar²¹ permite también, con ciertas condiciones, la reagrupación de los familiares de los NTP con residencia legal en un Estado miembro.

Por supuesto, estas disposiciones no impiden a los Estados miembros establecer condiciones más favorables en su derecho interno.

La prohibición de la discriminación en las directivas de la UE contra la discriminación cubre tres áreas: A) el empleo, B) el sistema de bienestar y C) el acceso a los bienes y servicios.

La Directiva de igualdad racial es la única que se aplica en las tres áreas; la Directiva de igualdad en el empleo sólo se aplica en el ámbito del empleo; y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios se aplican en el ámbito del empleo y del acceso a los bienes y servicios, pero no del acceso al sistema de bienestar.

a) Empleo

La protección contra la discriminación en el ámbito del empleo se extiende a los tres motivos protegidos establecidos en las directivas contra la discriminación: el acceso, las condiciones y la formación profesional.

El concepto de «acceso al empleo» ha sido ampliamente interpretado por el TJUE, así señala reiteradamente que «no se refiere únicamente a las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral» sino a todos los factores de

²⁰ Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16, 23 de enero de 2004, p. 44.

²¹ Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO L 251, 3 de octubre de 2003, p. 12.

influencia que una persona debe tener en cuenta antes de adoptar la decisión de aceptar o no una oferta de trabajo²²²³.

Respecto a las condiciones de empleo, incluidos el despido y la retribución, también en este caso, el TJUE realiza una interpretación bastante amplia del ámbito de aplicación, lo que ha llevado, en última instancia, a que cualquier circunstancia derivada de la relación laboral se considere incluida en esta categoría como por ejemplo la reducción de la jornada laboral o el servicio de guardería.

El TJUE ha adoptado también un planteamiento bastante incluyente de las cuestiones del despido y la remuneración. En relación con el ámbito del despido, éste cubre todas las situaciones en las que se produce la resolución de la relación laboral y se ha considerado que incluye, por ejemplo, su extinción en el marco de un plan de cese voluntario o por jubilación obligatoria.

El concepto de retribución ha sido definido en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE como «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

Esto incluye una amplia variedad de prestaciones debidas a la relación de trabajo que el TJUE lo ha considerado extensivo a todas las prestaciones relacionadas con el trabajo. Lo que básicamente se busca para determinar si la cuestión está incluida en el término «retribución» es alguna forma de prestación derivada de la existencia de la relación de trabajo²⁴.

Por último, la «orientación y formación profesional» ha sido analizada por el TJUE en el contexto de la libre circulación de personas adoptando una formulación amplia conforme al artículo 7,3 del Reglamento 1612/68. Basta que el programa en cuestión proporcione los conocimientos, la formación o las capacidades necesarias para una determinada profesión, oficio o empleo, aunque esta no exija una titulación en concreto, para ser considerada dentro del ámbito de aplicación de la norma donde no cabe discriminación por alguno de los motivos recogidos en la norma²⁵.

²² Meyers contra Adjudication Officer, Asunto C-116/94 [1995] Rec. I-2131, 13 de julio de 1995.

²³ Sobre el tema de acceso al empleo y promoción profesional es especialmente ilustrativo el artículo de MILLÁN, L., "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial" (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall), en el que hace un comentario comparativo de la línea jurisprudencial a finales de los años 90. Revista de Derecho Comunitario Europeo, N°3/1998.

²⁴ Valga como ejemplo de una amplia línea jurisprudencial Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05 [2007] Rec. I-8531], 16 de octubre de 2007.

²⁵ Gravier contra Ville de Liège y otros, Asunto 293/83 [1985] Rec. 593, 13 de febrero de 1985.

Blaizot y otros contra Université de Liège y otros, Asunto 24/86 [1988] Rec. 379, 2 de febrero de 1988.

b) Acceso al sistema de bienestar

De entre las directivas contra la discriminación, sólo la Directiva de igualdad racial establece una protección general contra la discriminación en el acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social, incluido el acceso a prestaciones en especie mantenidas «en común» por el Estado, como la asistencia sanitaria pública, la educación y el sistema de seguridad social. No obstante, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social establece el derecho a la igualdad de trato por razón de género en el ámbito más concreto de la «seguridad social».

El ámbito concreto de la seguridad social y la asistencia sanitaria es incierto, pues no se explica en la Directiva de igualdad racial que sólo establece la igualdad de trato por razón de género en relación con los «regímenes legales de seguridad social», que define en su artículo 1 “como regímenes que prestan protección frente a enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo, además de «ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriores o a suplirlos».

No está tampoco claro el alcance de la protección frente a la discriminación en el campo de la asistencia sanitaria, que parecería hacer referencia al acceso a la asistencia sanitaria pública en el punto de prestación del servicio, como el tratamiento ofrecido por el personal médico y administrativo. Probablemente, se aplicará también a los seguros de servicios sanitarios privados reembolsados a los pacientes a través de un régimen de seguro obligatorio. En este caso, parece que la negativa a asegurar a una persona o el cobro de una prima mayor por razones de origen racial o étnico quedarían incluidos en el ámbito de esta disposición o, en otro caso, en el del acceso a la prestación de bienes y servicios.

Sin embargo, el ámbito de las «ventajas sociales» ha sido claramente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE en el contexto de la normativa sobre libertad de circulación de las personas, con una definición extremadamente amplia. El TJUE ha definido las «ventajas sociales» como aquellas ventajas: «que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad.»²⁶. En el contexto de la libertad de circulación, el concepto de ventaja social hace referencia a cualquier ventaja que pueda ayudar al trabajador emigrante a integrarse en la sociedad del país anfitrión, desde la entrega de un préstamo sin intereses por el nacimiento de hijos, subvenciones en el marco de un

²⁶ Procedimiento penal contra Even, Asunto 207/78 [1979] Rec. 2019, 31 de mayo de 1979, párr. 22.

convenio cultural para cursar estudios en el extranjero o el derecho a una pensión concluida la relación laboral.

Dentro del sistema de bienestar, como “ventaja social” se entiende el acceso a la educación. La protección frente a la discriminación en el acceso a la educación se desarrolló inicialmente en el contexto de la libre circulación de las personas con arreglo al artículo 12 del Reglamento 1612/68, especialmente en relación con los hijos de los trabajadores. El área de la educación se solapará, probablemente, con la de la formación profesional. No es claro si incluirá también los programas de educación superior excluidos del área de la formación profesional exclusivamente realizados con la finalidad de aumentar los conocimientos generales.

c) Acceso al suministro de bienes y servicios

La protección frente a la discriminación en el campo del acceso al suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda, se aplica al motivo de la raza a través de la Directiva de igualdad racial y a los motivos de género a través de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios.

El artículo 3(1) de esta Directiva precisa esta disposición, estableciendo que hace referencia a todos los bienes y servicios «disponibles para el público [...] y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto». El párrafo 13 del preámbulo y artículo 3(3) excluye expresamente la aplicación al «contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad» y a «la enseñanza pública o privada», aunque esta última exclusión no reduce el ámbito de aplicación de la Directiva de igualdad racial, que cubre expresamente la educación.

La Directiva se refiere también al artículo 57 TFUE: «Se considerarán «servicios» a los efectos del Tratado las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración [...] Los «servicios» comprenderán, en particular: (a) actividades de carácter industrial, (b) actividades de carácter mercantil, (c) actividades artesanales, (d) actividades propias de las profesiones liberales.»

Parece, por tanto, que esta área cubre cualquier contexto en el que se preste un bien o servicio normalmente a cambio de una remuneración, siempre que no se produzca en un contexto enteramente personal.

En este sentido, el TJUE ha interpretado los servicios en el contexto de la libertad de circulación de servicios para cubrir la asistencia sanitaria prestada a cambio de una remuneración por una entidad con ánimo de lucro²⁷.

²⁷ Kohll contra Union des Caisses de Maladie, Asunto C-158/96 [1998] Rec. I-1931, 28 de abril de 1998.

Mayores problemas da la no discriminación en el acceso a bienes y servicios cuando nos referimos al acceso a la vivienda. Aunque la Directiva de igualdad racial no define la vivienda, se considera que debe interpretarse a la luz de la legislación internacional de derechos humanos, en particular el derecho al respeto del domicilio particular del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 8 del CEDH (dado que todos los Estados miembros de la UE son parte del Convenio y la propia UE se incorporará a él en el futuro) y el derecho a una vivienda adecuada del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del que todos los Estados miembros son parte).

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), la vivienda adecuada debe cumplir una serie de requisitos y, en particular, debe ser de calidad suficiente para asegurar la protección frente a los elementos, reflejar las necesidades culturales de sus ocupantes (por lo que incluye vehículos, caravanas, campamentos y otras estructuras no permanentes), estar conectada a suministros y saneamiento públicos y a servicios públicos y oportunidades de trabajo a través de una infraestructura adecuada, así como incluir una protección adecuada frente al desahucio forzado o sumario y ser asequible²⁸.

Adoptando este planteamiento, el acceso a la vivienda incluiría no sólo la garantía de la igualdad de trato por parte de los propietarios públicos o privados y los agentes inmobiliarios en la decisión de arrendar y vender o no inmuebles a determinadas personas, así como el derecho a la igualdad de trato en el modo de adjudicar la vivienda (como la adjudicación de viviendas de baja calidad o lejanas a determinados grupos étnicos), mantenerla (como la falta de mantenimiento de las viviendas ocupadas por ciertos grupos) y alquilarla (como la falta de seguridad del arrendamiento o la aplicación de mayores rentas o fianzas a los pertenecientes a determinados grupos). En el marco del CEDH, el trato discriminatorio en el acceso a la vivienda o a determinadas condiciones en las viviendas públicas ha sido considerado “trato inhumano” y como tal prohibido por el CEDH.

Aunque las directivas contra la discriminación no mencionan específicamente el acceso a la justicia entre los ejemplos de bienes y servicios, resulta posible su inclusión en este ámbito, en la medida que el sistema judicial constituye un servicio prestado al público por el Estado a cambio de una remuneración. Como mínimo, las directivas contra la discriminación exigen a los

²⁸ Esta concepción de la vivienda aparece también en el planteamiento adoptado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en su informe Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea - Pasos hacia la igualdad Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea - Pasos hacia la igualdad - Informe de síntesis (Viena, FRA, marzo de 2010).

Estados miembros establecer procedimientos judiciales o administrativos que permitan a las personas ejercitar sus derechos derivados de ellas.

Otro principio consolidado de la legislación de la UE es el derecho de las personas a la «protección judicial efectiva» de los derechos derivados de la legislación de la Unión. Por tanto, aun en el supuesto de que no pueda decirse que el «acceso a la justicia» está incluido en los «bienes y servicios», sí puede afirmarse, con certeza, que el acceso a la justicia existe como derecho autónomo (sin el requisito de acreditar la discriminación) en relación con el cumplimiento de las propias directivas.

5. CONCLUSIONES

La normativa de derecho derivado de la UE en lo referente a la discriminación ofrece un panorama complejo con ámbitos de actuación diferentes y motivos limitados por los que se podría exigir la no discriminación. Además, carecería de sentido estudiar la protección contra la discriminación a través de normativa de la Unión Europea, ignorando la normativa producida en el marco del CEDH. Aunque estos dos sistemas son diferentes, actúan de manera complementaria en gran medida y se refuerzan mutuamente. No obstante, entre ellos existen algunas diferencias, que no podemos ignorar:

- El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de sus 47 Estados parte, mientras que las directivas de la UE contra la discriminación sólo ofrecen protección a los ciudadanos de los 27 Estados miembros.
- En la normativa de la UE contra la discriminación, la prohibición de la discriminación es de naturaleza autónoma, pero está limitada a ámbitos concretos.
- Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, gracias al que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ganó valor jurídico a nivel de derecho originario, la prohibición de la discriminación en el marco de la UE era asimétrico.
- Las instituciones de la UE están jurídicamente obligadas a cumplir la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, incluidas sus disposiciones sobre no discriminación. Los Estados miembros de la Unión deben cumplir también la Carta al aplicar el derecho de la UE.
- Así mismo, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, se recoge la obligación de la UE de suscribir el CEDH. Todavía han transcurrido unos años sin que haya sido posible pero tan pronto

sea una realidad simplificará el sistema de protección, que ya temáticamente está muy cercano. Además, al ser todos los Estados Miembros de la UE parte a su vez del CEDH, toda competencia que han atribuido a la UE, lo hacen con la servidumbre de tener que respetar las obligaciones internacionales que tenía asumidas el Estado antes de atribuir la competencia en cada materia.

- Respecto al Derecho derivado y su protección asimétrica, sólo estaban protegidos los motivos de discriminación recogidos en el derecho derivado: género, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión y las creencias, y la orientación sexual. Mientras que en el marco del CEDH estos motivos son más abiertos (siempre que afecten a uno de los derechos recogidos en el Convenio) y pueden desarrollarse según el asunto.

La aportación de la jurisprudencia tanto del TJUE como del TEDH interpretando ambos cuerpos normativos ha supuesto un claro avance hacia una concepción integrada y que se retroalimenta.

- Por otra parte, las Directivas tienen ámbitos de aplicación determinados: en el empleo, en la igualdad racial, igualdad entre hombres y mujeres... y sólo en ese ámbito se podrán exigir.

Sólo salvaríamos este inconveniente si terminara siendo una realidad la “Directiva horizontal” en propuesta desde 2008 y sistemáticamente frenada en el Consejo. Ahora mismo, en el momento de reforma para el Futuro de Europa y conectada al Pilar Europeo de Derechos Sociales, probablemente sea el momento idóneo para hacerla un texto vinculante.

- Aun así, seguiremos teniendo la limitación que resulta del elemento jurídico utilizado (la Directiva) que deja un amplio margen a los Estados para su desarrollo. Esperemos, que todos estos principios de no discriminación sean considerados por todos los Estados miembros a la hora de transponer las directivas de referencia, como pilares básicos del modelo social europeo.

6. BIBLIOGRAFÍA

BAMFORTH, MALIK y O’CINNEIDE. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres, Sweet and Maxwell, 2008. Capítulo 1 “Key Issues and Questions in Discrimination Law”. Capítulo 2 “Sources and Scope of Domestic Discrimination Law”.

BARNARD. *EC Employment Law*. Oxford University Press, 2006 (3a ed.). Capítulo 1 “The Evolution of «EC» Social Policy”.

- BOZA MARTÍNEZ. "Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 7 (2005).
- BREEN. *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- BRIBOSIA. "Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 78 (2009), pp. 319-373.
- CANO PALOMARES. "La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Serie "Carta de derechos humanos emergentes" n.o 3. Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 35-57.
- CRAIG, P. y DE BURCA, G. *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, 2021 (6a ed.). Capítulo 1 "The Development of European Integration". Capítulo 11 "Human Rights in the EU".
- DEMARET, P. "L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France", *Journal des tribunaux*, 6343 (2009), pp. 145-149.
- EICKE. "The European Charter of Fundamental Rights - Unique Opportunity or Unwelcome Distraction", *European Human Rights Law Review*, 3 (2000), p. 280.
- ELLIS. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, 2005. Capítulo "Introduction".
- EQUINET. *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*. Tomos I-IV. Disponibles en: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.
- FITZPATRICK (et al). "The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article", *Industrial Law Journal*, 25.4 (1996), p. 320.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA)/Consejo de Europa "Manual de Legislación Europea contra la discriminación". *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea* 2011.
- GULIYEV. "Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de «second rang»? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009", *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 31 (2010).
- HERINGA y VERHEY. "The EU Charter: Text and Structure", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8 (2001), p. 11.
- LANDAU y BEIGBEDER. "From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work", *European Journal of International Law*, 21.1 (2010), pp. 264-267.
- LLORENTE. "A Charter of Dubious Utility", *International Journal of Constitutional Law*, 1.3 (2003), p. 405.

- MARTIN. "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 69 (2007).
- MILLÁN MORO, L. "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial" (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall) *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N^o3/1998.
- PRESNO LINERA. "La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1 (2008).
- QUESADA SEGURA. "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) extraordinary number.
- REQUENA CASANOVA, M "La discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia" en *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013)
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M "Cuestión prejudicial, tutela judicial efectiva y primacía de la no discriminación sobre el Derecho Comunitario derivado". *Relaciones Laborales* n^o2-2003, pp. 77-88.
- RUDYK. "A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement", *International Journal of Human Rights*, 14.2 (2010), pp. 189-214.
- SADURSKI. "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, 9.3 (2009), p. 397.
- TULKENS. "L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", en: Carlier (ed.), *L'étranger face au droit*. Bruselas, Bruylant, 2010.

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹

ABRAHAM BARRERO ORTEGA
Universidad de Sevilla

1. Por discriminación se entiende el trato diferenciado y perjudicial que se da a una persona o a un grupo en atención a una característica personal “protegida”. Trato diferenciado y desigual en diversos ámbitos de la vida social en función de una o varias categorías, sean estas reales, atribuidas o imaginarias, tales como el sexo, el género, la edad, la raza, la etnia, la religión o la clase social. La discriminación comporta una conducta de desprecio contra un individuo sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida y que tiene por efecto dañar su dignidad. Una conculcación cualificada de la igualdad.

El artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en íntima relación con la cláusula general de igualdad ante la ley (art. 20), consagra la interdicción de la discriminación. La Carta contiene, de un lado, un principio general (todas las personas son iguales ante la ley) y, tras él, una prohibición del trato discriminatorio en razón de circunstancias concretas. Esta estructura, aunque pueda ser reprobable desde un punto de vista lógico, es frecuente en otras Constituciones nacionales y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y muestra, en último análisis, que el mandato de no discriminación ha adquirido un sentido autónomo,

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

específico y concreto, de suerte tal que se puede colegir que no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación comporta desigualdad².

Como certifica la Carta, igualdad y no discriminación son conceptos diferentes, aunque guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación). La prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es una circunstancia personal especialmente odiosa y, por ende, sospechosa. En teoría, hay que distinguir entre el principio general y la doctrina de la diferencia jurídica de trato razonable y la prohibición de discriminación *stricto sensu*.

La discriminación no es simple desigualdad, sino un tipo especial de diferencia de trato caracterizado por la naturaleza despreciable del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por consiguiente, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo. Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que el autor de la norma puede utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los perjudicados por ellas. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones históricamente han tendido a afectar no tanto a las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

2. Entre los criterios sospechosos de discriminación, la Carta menciona expresamente el sexo, la orientación sexual, la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad y la edad. La lista se inspira en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), completada con la referencia a la orientación sexual, a las características genéticas (recogiéndose así lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997) y a la discapacidad.

Aceptada esta gradualidad en la gravedad de los supuestos de diferenciación, el paso de las discriminaciones a las simples desigualdades ante la ley no puede considerarse como un salto cualitativo e inabarcable. En tal sentido, cabe elogiar la previsión jurídica de cláusulas discriminatorias abiertas, que

² MANGAS MARTÍN, A.: "No discriminación", en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid 2008, 396-408.

faciliten la especial protección de nuevas formas de discriminación, auspiciando el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que, en realidad, siempre han sido intolerables, como hacia los enfermos, discapacitados o las personas con orientaciones sexuales minoritarias. La Carta, al prohibir “en particular”, no exclusivamente, la discriminación por los motivos expresamente mencionados, no se cierra a otros rasgos similares en gravedad a los explícitamente mencionados³.

La lista del artículo 21.1 CDFUE no es, pues, un *numerus clausus*, sino una lista abierta -que no se agota en sus propios términos- sino que admite la acumulación o inclusión de nuevos estereotipos y prejuicios-, puesto que está precedida por la locución “en particular”. Entre las discriminaciones prohibidas están también las originadas por “cualquier otra situación” (art. 14 CEDH), aunque, como es obvio, esta cláusula no puede ser interpretada en sentido puramente literal, pues las normas jurídicas toman muchas veces en consideración, y de modo inobjetable, circunstancias personales o sociales de sus destinatarios.

Así, en efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha estirado la interdicción de discriminación a circunstancias como la enfermedad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*), la obesidad (STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*), la apariencia física o el apellido (STJUE de 14 de marzo de 2017, *Bouagnaoui*) o la estatura (STJUE de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*), unas veces por la vía de una interpretación extensiva de los motivos explícitamente contemplados en el artículo 21 y otras veces por la vía de la ampliación de esos motivos. En alguna ocasión, la ampliación se ha visto favorecida por la regulación de las dos directivas del 2000, de igualdad de trato en el empleo y de igualdad racial, o por el complemento normativo de los Estados para su efectiva implementación o transposición al Derecho interno o nacional. La ampliación jurisprudencial es, pues, más factible cuando el TJUE cuenta con norma comunitaria o transposición nacional en la que apoyarse.

3. La tutela antidiscriminatoria deducible del artículo 21 CDFUE comprende toda una serie de acciones encaminadas a erradicar la discriminación. En atención a los distintos escenarios discriminatorios, cabría distinguir diferentes aproximaciones y, en último término, actuaciones frente al trato (norma, disposición o práctica) diferenciado y perjudicial en razón de alguno de los criterios sospechosos del artículo 21. La jurisprudencia más reciente del TJUE abunda, en efecto, en esta pluralidad de enfoques y acciones para una más eficaz protección antidiscriminatoria. Acciones frente a la discriminación directa,

³ MANGAS MARTÍN, A., *op.cit.*

indirecta, por asociación o múltiple y de legitimación de la acción positiva y discriminación inversa.

4. Desde luego, el Derecho antidiscriminatorio incorpora la prohibición de la discriminación directa, esto es, la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada en atención a esos criterios sospechosos de manera menos favorable que otra en situación comparable. El trato diferenciado y desfavorable obedece a uno de los motivos de discriminación proscritos, siendo ese motivo el que directamente se tiene en cuenta. Existe una relación de causalidad directa entre el trato diferenciado y el motivo sospechoso. La discriminación directa implica una causa, por así decir, visible o grosera de diferenciación.

Así, en cuanto a la discriminación por razón de sexo, el TJUE tiene establecido que el despido o la no renovación de un contrato de duración determinada es discriminatoria si está motivado por el embarazo de la trabajadora (SSTJUE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar y Tele Danmark A/S*); también ha considerado que el despido de una mujer durante su embarazo por ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo es una discriminación directa prohibida por razón de sexo (STJUE de 30 de junio de 1998, *Brown*). Por otra parte, ha interpretado que el despido de una trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro* y que, por este motivo, está temporalmente ausente constituye una discriminación directa por razón de sexo, dado que tal tratamiento solo afecta a las mujeres (STJUE de 26 de febrero de 2008, *Mayr*).

En lo que respecta a la discriminación por razón de orientación sexual, el TJUE ha precisado que un trabajador que ha celebrado un pacto civil de convivencia (PACS) con su pareja del mismo sexo tiene derecho a obtener las mismas ventajas que las que se conceden a los trabajadores heterosexuales en caso de matrimonio, como varios días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando las parejas homosexuales no puedan legalmente contraer matrimonio; el "PACS" tiene el mismo valor jurídico que el matrimonio a efectos de tal permiso especial (STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Hay*).

Con respecto a la discriminación por razón del origen étnico, el TJUE ha sentado que existe una discriminación directa cuando un empleador hace saber públicamente que no contratará a trabajadores de un determinado origen étnico. El asunto tenía su origen en las declaraciones públicas de un director de empresa en las que expresaba su negativa a contratar extranjeros debido a las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado para la instalación de puertas de garaje (STJUE de 10 de julio de 2008, *Feryn*). Asimismo, ha admitido que podía apreciarse una discriminación por razón del origen étnico cuando, en un barrio poblado principalmente por personas de etnia gitana, los contadores

eléctricos están instalados a una altura inaccesible (entre seis y siete metros), mientras que los mismos contadores están instalados en otros barrios a una altura accesible. Tal práctica no solo hace sumamente difícil, o incluso imposible, que los interesados examinen su contador eléctrico para controlar su consumo, sino que también es ofensiva y estigmatizadora.

En lo que concierne a la discriminación por razón de discapacidad y enfermedad, el TJUE define la discapacidad como una limitación, derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración, 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. El TJUE ha subrayado que una enfermedad no puede asimilarse pura y simplemente a una discapacidad. En cambio, en el caso de que la enfermedad u otro problema de salud respondan a esta definición (lo que puede ocurrir, por ejemplo, con la obesidad), deben considerarse una discapacidad con independencia de su naturaleza y de su origen. Una persona despedida por causa de una enfermedad de ese tipo es víctima de una discriminación directa por razón de discapacidad (STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, de 11 de abril de 2013, *Ring y Skouboe Werge*, y de 18 de diciembre de 2014, *FOA*).

En relación a la discriminación por razón de edad, el TJUE ha reconocido la existencia de discriminación directa cuando un trabajador se ve privado de una indemnización por despido porque puede percibir una pensión de jubilación (STJUE de 12 de octubre de 2010, *Andersen*).

Con relación a la discriminación por razón de religión, y por lo que respecta a la contratación, el TJUE ha considerado que el requisito de pertenencia religiosa para un puesto dentro de una iglesia o de una organización religiosa debe poder someterse a un control efectivo por parte de los órganos jurisdiccionales estatales a fin de desterrar cualquier práctica de discriminación directa. Dicho requisito debe ser necesario en atención a la tendencia de la iglesia o de la organización, esto es, por la naturaleza o el contexto en el que se desarrolle la actividad profesional de que se trate y atenerse al principio de proporcionalidad (STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*).

Y, en fin, en materia de discriminación por razón de lengua, el TJUE ha estimado que la publicación en tres lenguas (alemán, inglés y francés) de los anuncios de concurso para la selección de los funcionarios de la Unión Europea y la obligación de realizar las pruebas de selección en una de esas tres lenguas constituyen una discriminación por razón de la lengua (STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Italia/Comisión*). Anteriormente, ya había precisado, en repetidas ocasiones, que el principio de no discriminación se opone a que los conocimientos lingüísticos necesarios para un empleo deban haberse adquirido imperativamente en el Estado miembro de que se trate o deban acreditarse mediante un certificado

expedido por dicho Estado miembro (SSTJUE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, y de 6 de junio de 2000, *Angonese*).

5. Con carácter general, el TJUE afronta estos supuestos desde la perspectiva de la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Maneja el estándar de control convencional en materia de diferenciaciones normativas; no es frecuente que aplique un filtro más riguroso a las diferenciaciones basadas en los criterios expresamente prohibidos por el artículo 21. La interdicción de discriminación no impide al legislador (o aplicador) introducir tratamientos diferenciados siempre que la diferencia sea razonable (por todas, SSTJUE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, de 1 de marzo de 2011, *Test-Achats*, y de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*).

En tal sentido, el TJUE tendrá en cuenta el fin pretendido por la norma y la adecuación/idoneidad de la medida (diferenciadora) adoptada para lograrlo. Toda desigualdad no representa necesariamente una discriminación injustificada. La discriminación se da si la desigualdad está desprovista de una justificación; la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La apreciación de en qué medida la norma ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada a su autor. Pero tal valoración tiene límites: la desigualdad irrazonable y, en consecuencia, discriminatoria y la desproporción del tratamiento diferenciado.

Las diversificaciones normativas son, pues, conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con el Derecho de la UE y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin (STJUE de 18 de julio de 2013, *Sky Italia Srl*).

El trato diferenciado es conforme a la igualdad cuando cabe discernir en él una finalidad localizable (explícita o implícitamente) en el ordenamiento comunitario (STJUE de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*) o, cuando menos, no contradictoria con el sistema jurídico de la UE (STJUE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y Natale y Pontillo*).

Al legislador no se le exige la adopción de la medida óptima, ni siquiera la más adecuada; el límite está en el patente desajuste entre las consecuencias de la medida adoptada y el fin aparentemente pretendido, esto es, en la desproporción.

La amplia deferencia hacia el legislador se mantiene no sólo respecto a la apreciación de la causa objetiva y razonable, sino también respecto a la adecuación entre el trato diferenciado y el fin y la proporcionalidad *stricto sensu*. Tampoco cabe apreciar un criterio general en la determinación de cuál sea el medio oportuno para el restablecimiento de la igualdad en la ley, si la eliminación (STJUE de 11 de abril de 2013, *Soukupova*) o la extensión del trato diferenciado (STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*)⁴.

La razonabilidad y proporcionalidad del tratamiento diferenciado es, en suma, la clave. Ahí es donde diariamente se mueve la interpretación del juez europeo y ahí es donde hay que acertar en, sobre todo, la identificación de la causa objetiva y razonable que avala la diferencia de trato, descartando así el trato discriminatorio directo (entre otras muchas, la ya citada STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*).

6. Por otra parte, la tutela antidiscriminatoria se extiende a la discriminación indirecta, esto es, la que causan disposiciones o prácticas aparentemente neutras pero cuya aplicación pone en desventaja a un colectivo frente a otro. Un criterio aparentemente neutro provoca la colocación en una situación de desventaja a un grupo de personas. Se trata de reaccionar frente al trato jurídico formalmente neutro del que derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro colectivo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también discriminación de impacto).

En tal sentido, hay que valorar las consecuencias de la disposición o práctica y no sólo su (neutra) intención, de modo que si excluye o discrimina y no puede demostrarse su utilidad debe prohibirse (SSTJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, de 17 de julio de 2014, *Leone y Leone*, y de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*). El juicio de razonabilidad y proporcionalidad *stricto sensu* del trato diferenciado se ve modulado ante la necesidad de apreciar las diversas condiciones fácticas que se dan y el impacto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo.

La comparación no opera entre individuos sino entre colectivos en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales. También constituye discriminación indirecta la concesión de diferentes derechos a uno u otro sexo en base a estereotipos de carácter físico o fisiológico.

⁴ Sí que pueden extraerse pautas algo más fiables de la jurisprudencia del TJUE relativa a la igualdad y no discriminación entre los trabajadores. Ha de tenerse en cuenta que se trata de un ámbito en el que la UE cuenta con una abundante y detallada normativa tuitiva, lo que facilita la ponderación y, en último análisis, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad (SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, y de 9 de noviembre de 2017, *Espadas*).

Así, el TJUE ha declarado que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones de empresa puede constituir una discriminación indirecta de las mujeres si dicha exclusión afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres y toda vez que no esté objetivamente justificada por factores independientes de cualquier discriminación por razón de sexo (STJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*).

Del mismo modo, en unos asuntos en los que unas trabajadoras habían sido despedidas porque llevaban el pañuelo islámico en el lugar de trabajo, el TJUE reconoció que, en principio, una empresa puede prohibir a sus empleados, mediante una norma interna, el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso. Tal prohibición general no constituye una discriminación directa. Sin embargo, puede constituir una discriminación indirecta si ocasiona una desventaja particular a quienes profesan una determinada religión. No obstante, incluso en tal caso, la prohibición puede estar justificada cuando el empresario aplica, en las relaciones con sus clientes, una política de neutralidad y la prohibición atañe únicamente a los trabajadores que estén en contacto visual con los clientes. En su caso, el empresario debe comprobar si puede ofrecer a la persona de que se trate un puesto de trabajo que no conlleve tal contacto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia precisó que la mera voluntad de un empresario de satisfacer el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional que excluya la existencia de una discriminación (SSTJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions y Bougnaoui*).

Una medida orientada a impedir la discriminación indirecta es el deber de “ajuste o acomodo razonable” que, según el artículo 5 de la directiva 2000/78/CE de igualdad laboral, consiste en adoptar aquellas medidas apropiadas para posibilitar a una persona con discapacidad tener acceso o participar en el progreso en el empleo o la formación, a menos que tales medidas impongan una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a discapacitados y no discapacitados sería una conducta que impactaría negativamente sobre estos últimos.

El TJUE ha interpretado el art. 2.2 b) de la directiva en el sentido de que el despido por “causas objetivas” de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección generales tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas -como presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo-, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, “a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma directiva, a fin de garantizar la

observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades” (STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW*).

El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad comprende, pues, el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurrir en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite -conforme a la normativa aplicable- el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. En todo caso, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad.

Tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad, el empleador debe tener en cuenta los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas.

Como resulta evidente, el problema de la cláusula de ajuste o acomodo es su carácter abierto e indeterminado, puesto que se establece bajo la reserva de no constituir una carga desproporcionada para el empleador. La exposición de motivos de la directiva de igualdad laboral proporciona algunos criterios para acotar la ambigüedad inicial de la cláusula, como el coste económico del deber, los recursos financieros de la empresa u organización de que se trate y la posibilidad de obtener fondos públicos o de otro tipo con esta finalidad.

En cualquier caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, el empleador debe exteriorizar la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida.

El deber de acomodación razonable juega en relación con la discapacidad, pero también podría hacerlo respecto de la religión o convicción (así, las precitadas SSTJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions y Bougnaoui*)⁵.

7. La discriminación por asociación es aquella que puede sufrir alguna persona por su relación con otras en especiales circunstancias. La circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en la persona, sino en alguno de sus allegados o persona asociada. Se transfiere o refleja el factor personal de un individuo hacia otro, que es quien sufre el trato discriminatorio. Así, para apreciar la discriminación ya no se atiende solo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado, de modo que se trata de la discriminación refleja o interpuesta (*rectius*, mediando interposición).

En tal sentido, el TJUE ha considerado que la discriminación por discapacidad ampara también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada. El Derecho de la Unión protege, por ejemplo, a los trabajadores que sufren una discriminación por razón de discapacidad de un hijo. La prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a las personas discapacitadas, sino que engloba también a los trabajadores que deben dispensar cuidados a un hijo discapacitado (STJUE 17 de julio de 2008, *Coleman*). Queda la duda sobre el radio de personas relacionadas con el trabajador (además del hijo) que deben tomarse en cuenta a estos efectos. Más que el parentesco, quizá deban interesar los vínculos reales. En todo caso, quien alegue trato discriminatorio ha de aportar al menos datos indiciarios de ello.

Más recientemente, la STJUE de 20 de junio de 2019, *Jamina Hakelbracht y otros*, avanza en la misma dirección. Aquí se trata de una empleada del Departamento de Recursos Humanos a quien la empresa le encomienda la selección de una persona para su contratación, siendo desechada su propuesta porque la hace a favor de una mujer embarazada. Tras las protestas de la

⁵ Véase *in extenso* ELÓSEGUI ITXASO, M.: *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

empleada por la conducta de su empresa, es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos. El Tribunal de Luxemburgo concluye que el Derecho de la UE se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical. Otras actuaciones de apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por asociación o irradiación.

8. Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone un trato desfavorable es la discriminación múltiple o interseccional. La discriminación múltiple hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables (por ejemplo, la edad, la discapacidad, el origen étnico o social, el género, la opinión política, etc.), produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada (STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz*).

La interseccionalidad no se produce por la simple concurrencia simultánea en el tiempo de dos o más factores de discriminación. Hay que identificar las formas puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras de los sistemas de opresión que puedan explicar sus distintas manifestaciones. Porque no cualquier combinación de factores permitirá identificar un grupo discriminado; para apreciar la discriminación interseccional cabrá exigir su basamento en estereotipos sociales negativos que afectan a esa intersección, describiendo un resultado final, particular y propio, consecuencia de la sincrónica actuación de dos o más factores discriminatorios concurrentes⁶. (Abril Stoffels, 2013).

De lo que se trata es de multiplicar esfuerzos para articular respuestas eficaces, que no sean parciales, sino integrales, transversales y colectivas. En esta línea, las mismas directivas comunitarias aluden a la discriminación múltiple, aunque sin definirla con precisión. El uso entusiasta que este término está alcanzando en el lenguaje político no se compadece, sin embargo, con la escasa claridad que, al menos por el momento, acompaña a su sentido y alcance desde el punto de vista estrictamente jurídico⁷. No está claro que esta categoría tenga consecuencias jurídicas distintas a las de una discriminación por un solo motivo (STJUE de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris*).

Sea como fuere, en la medida en que la discriminación múltiple presenta unas características singulares, debieran establecerse mecanismos (nulidad,

⁶ ABRIL STOFFELS, R.: "El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, 309-326.

⁷ REY MARTÍNEZ, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, 251-283.

indemnizaciones, sanciones, acciones positivas, acomodo razonable, etc.) que permitan luchar específicamente contra esta forma de discriminación. Es un ámbito en el que, partiéndose del modelo anglosajón de Derecho antidiscriminatorio, es perceptible la existencia de diferentes modelos existentes en los Estados miembros⁸. Reto de futuro, sin duda, para la jurisprudencia del TJUE.

9. La acción positiva o afirmativa supone el trato desigual favorable orientado a compensar las desventajas de colectivos tradicionalmente relegados. La acción positiva *stricto sensu* incluye ventajas o tratamientos preferenciales a favor de los colectivos víctimas de discriminación grupal, con el objetivo de reequilibrar una situación de partida desigual y corrigiendo el “efecto natural” de las pautas discriminatorias socialmente generalizadas.

Los rasgos que justifican las acciones positivas son los criterios de diferenciación que paradójicamente son sospechosos y respecto de los cuales se impone la no discriminación. Lo que se pretende compensar con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad.

Tradicionalmente se ha considerado que los rasgos legitimadores de las acciones positivas son transparentes e inmodificables, es decir, no voluntarios, y como tales la raza o etnia (directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, de igualdad racial) y el sexo (arts. 19 y 157.4 TFUE y 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), aunque a día de hoy otros rasgos van abriéndose camino: religión o convicción, discapacidad, edad y orientación sexual (art. 19 TFUE y directiva 2000/78/CE del Consejo, de igualdad de trato en el empleo).

El TJUE ha avalado la conformidad al Derecho de la UE de la preferencia de las mujeres en el acceso a la función pública, siempre a igualdad de otros méritos, sin automatismos (STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*) y en tanto dure la situación de infrarrepresentación.

El Tribunal de Luxemburgo constata que, ante una promoción “en caso de igual capacitación existe la tendencia a preferir a los hombres en detrimento de las mujeres como consecuencia de los prejuicios tenaces y de las ideas estereotipadas sobre la función y las capacidades de la mujer”. Cabe, pues, revertir la situación y conceder preferencia en la promoción a las candidatas (mujeres), en aquellos

⁸ DE LAMA AYMÁ, A.: “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, 271-320.

sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, si presentan igual capacitación, siempre que la ventaja no sea automática y se garantice a los candidatos (hombres) un examen sin exclusión *a priori* de su candidatura.

No es admisible la acción positiva en favor de la mujer cuando se aplique de forma absoluta e incondicional. Pero sí cuando los demandantes de un empleo o de una promoción tengan la misma capacidad, haya más hombres que mujeres en el sector económico afectado, se descarte la prioridad en favor de las mujeres “cuando uno o varios de los criterios inclinen la balanza en favor del candidato masculino” y cuando esos criterios no sean discriminatorios para las mujeres candidatas.

En consecuencia, el TJUE estima razonable una ley que “tiene por objetivo preciso y limitado autorizar medidas aparentemente discriminatorias que intentan eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social” (STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*).

10. Para concluir, una técnica o estrategia distinta de la acción positiva es la discriminación positiva o inversa, de aplicación en contextos de “especial escasez” (puestos de trabajo, listas electorales, etc.), lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. La discriminación positiva no deja de ser una discriminación directa (esto es, un trato diferente y perjudicial para quien no está en algún aspecto socialmente en desventaja). Por ello, ha de ser admitida restrictiva y excepcionalmente, respetándose siempre la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Ha de quedar acreditada objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate. La regla de preferencia y el beneficio tienen, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración debe limitarse estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida en el sector social donde la minoría estuviera subrepresentada. La discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población desplazado.

En suma, la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otra u otro similar y, simultáneamente, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. La acción positiva, en cambio, sólo acarrea la primera. Con todo, la delimitación conceptual de ambas categorías no siempre es clara en la jurisprudencia del TJUE (*vid.* las ya mencionadas SSTJUE *Kalanke* y *Marschall*)⁹.

⁹ RUIZ MIGUEL, A.: “La discriminación inversa y el caso *Kalanke*”, *Doxa*, 19, 1996, 123-140.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL STOFFELS, Ruth: “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, 309-326.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, 271-320.
- ELÓSEGUI ITXASO, María: *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: “No discriminación”, en MANGAS MARTÍN, Araceli y GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto (coords.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid 2008, 396-408.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, 251-283.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, 19, 1996, 123-140.

JURISPRUDENCIA

- STJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.
- STJUE de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, 203/86.
- STJUE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, C-379/87.
- STJUE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88.
- STJUE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y Natale y Pontillo*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93.
- STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, C-450/93.
- STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, C-409/95.
- STJUE de 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96.
- STJUE de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98.
- STJUE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99.
- STJUE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark A/S*, C-109/00.
- STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.
- STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05.
- STJUE de 26 de febrero de 2008, *Mayr*, C-506/06.
- STJUE de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07.

- STJUE de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06.
- STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz*.
- STJUE de 12 de octubre de 2010, *Andersen*, C-499/08.
- STJUE de 1 de marzo de 2011, *Test-Achats*, C-236/09.
- STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Italia/Comisión*, C-566/10 P.
- STJUE de 11 de abril de 2013, *Soukupova*, C-401/11.
- STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring y Skouboe Werge*, C-335/11 y C-337/11.
- STJUE de 18 de julio de 2013, *Sky Italia Srl*, C-234/12.
- STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Hay*, C-267/12.
- STJUE de 17 de julio de 2014, *Leone y Leone*, C-173/13.
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13.
- STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, C-619/17.
- STJUE de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris*, C-443/15.
- STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*, C-395/15.
- STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*, C-406/15.
- STJUE de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*, C-188/15.
- STJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15.
- STJUE de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*, C-409/16.
- STJUE de 9 de noviembre de 2017, *Espadas*, C-98/15.
- STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16.
- STJUE de 20 de junio de 2019, *Jamina Hakelbracht y otros*, C-404/18.
- STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW*, C-397/18.

SITUACIÓN ACTUAL DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO EN ESPAÑA¹

ALICIA RIVAS VAÑÓ
Universidad Pablo de Olavide

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El reconocimiento progresivo de los derechos humanos en el mundo ha venido condicionado en buena medida por las exigencias y reivindicaciones de grupos de población particularmente reprimidos y violentados. Podemos ver mucho antes, pero sobre todo a partir del mundo que surge tras la Segunda Guerra Mundial, cómo determinados colectivos empiezan a protagonizar movimientos reivindicatorios que acaban encontrando, aunque sea parcialmente, protección a través del desarrollo evolutivo de los derechos humanos, tanto en el ámbito internacional como en los particulares derechos estatales de los Estados democráticos. Quizás el estudio de caso más radical y exitoso de cuántos puedan analizarse es precisamente el que tiene que ver con el colectivo LGBTIQ+. Varios son los elementos que confluyen en este caso y que contribuyen a su interés. Por una parte, el origen: efectivamente, resulta difícil encontrar un grupo de población que sufra un estigma social tan acentuado como el que nos ocupa². Se trata de un

¹ El presente trabajo es resultado del 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).

² Los estudios académicos sobre la historia de la diversidad sexual son cada vez más numerosos, siendo aquí imposible reproducir siquiera una parte de los mismos. Sirvan por todos, J. BOSWELL, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Chicago: University of Chicago Press, 1980; E. KOSOFSKY (...)

colectivo duramente golpeado por la vergüenza, el tabú y el secreto. La moral religiosa y sexual dominantes hasta hace muy poco otorgaban a cualquier expresión sexual ajena al heteropatriarcado la condición de inmoral, pecaminosa o repulsiva³. El hecho de que muchas de las expresiones vinculadas a la diversidad sexual puedan “escondarse”, si bien ayudaron a muchas personas a sobrevivir en este entorno⁴, supusieron también la dificultad de establecer colectivos y luchas coordinadas contra la asfixiante heteronormatividad impuesta⁵.

Como segundo elemento de interés, la transversalidad: tanto en los niveles de represión como en la propia diversidad sexual y de género. En efecto, los instrumentos de represión son muy variados y confluyentes. Así, al reproche puramente moral o religioso ya comentado, se le unen en momentos históricos determinados la persecución jurídica, a través fundamentalmente del derecho penal⁶, la patologización de las conductas e identidades sexuales no

SEDGWICK, *Epistemology of the Closet*, Berkeley y Los Ángeles: University of California Press, 1990; J. BUTLER, *Bodies that Matter. On the Discursive Limits of “Sex”*, New York: Routledge, 1997; J. D’EMILIO, *Making Trouble: Essays on Gay History, Politics and the University*. New York: Routledge, 1992.; M. DUBERMAN, M. VICINUS y G. CHAUNCEY (ed.), *Hidden from History. Reclaiming Gay and Lesbian Past*, New York: Meridian, 1990; D. HALPERIN, *One Hundred Years of Homosexuality*, New York: Routledge, 1990; S. WOLF, *Sexuality and Socialism: History, Politics and Theory of LGBTI Liberation*, Chicago: Haymarket Books, 2009; D. HERZOG, *Sexuality in Europe, a Twentieth-Century History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

³ Así, TOMÁS Y VALIENTE nos narra cómo desde muy temprano en la historia de la Península Ibérica, desde el bajomedievo hasta la España del siglo XVII, los actos homosexuales, y sobre todo la sodomía, se consideran como el más horrendo de los crímenes, en una curiosa gradación de pecados en los que el estupro, el adulterio y el incesto, aun aumentando cada uno de ellos en gravedad respecto del anterior, son todos menos graves que el mayor de los pecados: el pecado contra natura, en el que se considera que lo que se está ofendiendo es a Dios, “porque es su imagen de la creación la que se altera”. Ver, F. TOMÁS Y VALIENTE, “El Crimen y Pecado Contra Natura”, en A.A.V.V., *Sexo Barroco y otras Transgresiones Premodernas*, Madrid: Alianza Editorial, 1990. Sobre la posición de la Iglesia Católica en relación con estos asuntos, ver C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y Matrimonio, Estudio sobre la Jurisprudencia y la Doctrina Canónica*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2004 y A. RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa: la Construcción Jurídica de la Diversidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, en pp. 30 y ss.

⁴ Y en concreto, a las mujeres lesbianas. Ver S. DI SEGNI OBIOLS, “Sodomitas, Homosexuales, Gay: de la Persecución a la Desmedicalización”, *Vertex, Revista Argentina de Psiquiatría*, vol. XVII, 2006, pp. 99-104, en pp. 99-100.

⁵ Episodios como el de Stonewall empiezan a visibilizar la resistencia LGBTIQ+ y se convierten en elementos de representación de un movimiento que se cohesiona cada vez más. Para una completa reconstrucción de los sucesos de esos días, con los testimonios de algunos de los testigos y protagonistas, ver K. DAVIS y D. HEILBRONER (productores), *La Rebelión de Stonewall*, 2010.

⁶ Los homosexuales se encontraban entre las víctimas del Holocausto nazi, siendo el último colectivo que recibió reconocimiento y compensación. El fundamento de la falta de petición de perdón por parte del Gobierno alemán supuso una nueva forma de castigo y humillación para las personas homosexuales que sufrieron el infierno de la persecución y los campos de concentración nazis. Así, se argumentó durante todos estos años que no podían pedir perdón por la persecución de acciones que en su momento constituían delito en el régimen democrático vigente antes del acceso al poder

heteronormativas⁷, y hasta nuestros días, la discriminación, incompreensión y marginalización sociales. Pero, por otro lado, esta transversalidad también supone una característica propia del colectivo al que nos referimos, y parte de su éxito en el radical cambio de la situación a nivel internacional y en algunos Estados se debe precisamente a esta circunstancia. Efectivamente, cuando hablamos del haz de características que se engloban en el concepto de diversidad sexual, ninguna de ellas queda restringida o limitada a un grupo definido por su posición social, su cultura, su origen, su raza o su capacidad económica. La diversidad respecto de la orientación sexual y de la identidad de género o sexual es común a cualquier grupo de seres humanos, independientemente de cualquier otra característica personal o social. Sin embargo, las vivencias de persecución y represión sufridas por las personas pertenecientes al colectivo, si bien condicionadas y moduladas también por otras circunstancias⁸, son muy coincidentes y han provocado un dolor compartido que ha servido de elemento aglutinador. De la conciencia común del daño sufrido ha surgido un movimiento social que ha sabido aprovechar precisamente esta transversalidad en su favor, orientando las

del partido nacionalsocialista de Hitler. Afortunadamente, el Estado alemán rectificó. En Europa, será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en 1981, el que afirmará que la penalización de las prácticas sexuales entre hombres adultos que consienten en el ámbito privado supone una violación del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, de 22 de octubre de 1981, Series A, nº. 45. Disponible en <http://www.echr.coe.int>. En el mundo aún hoy hay 69 Estados que penalizan las actividades sexuales entre personas del mismo sexo que consienten válidamente, de los que 6 las castigan con pena de muerte. Ver L. RAMÓN MENDOS, *et al.*, *Homofobia de Estado 2020: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, Ginebra: ILGA World, diciembre de 2020.

⁷ Que llevará al desarrollo de tratamiento de conversión con consecuencias terribles. Para un resumen del contenido de estos tratamientos, ver J. A. HERRERO BRASAS, *La Sociedad Gay*, Madrid: Foca, 2001, pp. 61 y y ss. No será hasta 1986, en que se publica el DSM-III-R, cuando salga definitivamente del catálogo de enfermedades mentales de la APA la orientación sexual homosexual. Por su parte, la OMS la incluirá como patología mental hasta 1992, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *CIE-10. Trastornos Mentales y del Comportamiento. Descripciones Clínicas y Pautas para el Diagnóstico*, Madrid, 1992. Respecto de la transexualidad, habrá que esperar hasta nada menos que 2018, con la publicación del *CIE-11*, en el que se saca de los “trastornos de la personalidad y el comportamiento” para incluirla en el listado de “condiciones relativas a la salud sexual” con la denominación de “incongruencia de género”. Esta nueva clasificación ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022. Para un completo análisis de la importancia de la actividad de los colectivos LGBTI en la desmedicalización de la homosexualidad, ver BAYER, R., *Homosexuality and American Psychiatry: the Politics of Diagnosis*, Princeton: Princeton University Press, 1987; J. A. HERRERO BRASAS, *op.cit.*; M. SABSHIN, “Turning Points in Twentieth-century American Psychiatry”, *American Journal of Psychiatry*, nº 147, 1990, pp. 1267 y ss.; R. L. SPITZER, “Debate on DSM-III” *American Journal of Psychiatry*, nº 141, 1984, pp. 539 y ss.

⁸ La interseccionalidad de las vivencias es muy relevante, e incluso tiene su reflejo en la construcción jurídica de la protección antidiscriminatoria, a través del concepto de discriminación múltiple o interseccional.

campañas de actuación en distintos frentes a la vez⁹. Quizás sea ésta una de las explicaciones del éxito logrado.

Como tercera característica importante, la apertura de la base de acción: si miramos a los primeros intentos de defensa de la diversidad sexual y de género, éstos estaban fundamentalmente orientados a la protección de la homosexualidad masculina¹⁰. El incremento de la fuerza de este movimiento se produce simultáneamente a la inclusión de las lesbianas y las personas transexuales (en principio, predominantemente mujeres transexuales), pero no ha parado de aumentar su base de acción a medida que nuevas realidades vinculadas con la diversidad sexual han ido encontrando su altavoz. La propia evolución de las siglas en inglés, posteriormente utilizadas globalmente, así lo atestigua: LGBT (Lesbians, Gays, Bisexuals and Transexuals) como primera configuración, para incorporar a las personas intersexuales, al colectivo *queer*, y ya, como reconocimiento general de otras realidades, el signo +. De esta manera, queda

⁹ En los últimos años el movimiento asociativo LGBTIQ+ ha protagonizado un impulso tremendo, proliferando asociaciones en todo el mundo. No es posible aquí hacer un recuento de las mismas, sirva por todas la *International Lesbian and Gay Association*, ILGA, que ha intentado aglutinar a colectivos de todo el globo, y que ha realizado una importante labor de sistematización de la situación de las personas homo y transexuales en los diferentes entornos culturales y geográficos. Puede consultarse su trabajo en <http://ilga.org>. Es mucha la investigación que sobre este fenómeno se está llevando a cabo en los últimos años, así, por ejemplo: L. HODSON, *NGOs and the Struggle for Human Rights in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2011, en la que, además, explora la naturaleza de los derechos humanos como resultado de la lucha reivindicativa de grupos de presión sociales, haciendo especial referencia a la teoría crítica del Derecho. También, R.A. SMITH y D.P. HAIDER-MARKEL, *Gay and Lesbian Americans and Political Participation: a Reference Handbook*, Santa Barbara: ABC-CLIO, 2002, para un estudio de la influencia de la orientación sexual en el sistema político norteamericano; B.D. ADAM, J.W. DUYVENDAK y A. KROUWEL (eds.), *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics: National Imprints of a Worldwide Movement*, Philadelphia: Temple University Press, 1999, en el que se describe con detalle la historia del movimiento LGBTI en distintos países de todo el mundo, pero no desde una óptica europea; B.D. ADAM, *The Rise of a Gay and Lesbian Movement*, New York: Twayne Publishers, 1995; P.M. AYOUB y D. PATERNOTTE (ed.), *LGBT Activism and the Making of Europe: a Rainbow Europe?*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014; B. RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, en el que hace un interesantísimo análisis del Derecho internacional, desde la perspectiva del desafío que supone para el sistema el recurso al discurso de derechos humanos protagonizado por los movimientos sociales, y que bien puede aplicarse, aunque no se menciona en esta obra, a la lucha LGBTI; A. RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa...*, *op.cit.*, para el análisis de la importancia de estos movimientos en la evolución del derecho europeo en esta materia.

¹⁰ En Alemania asistimos a la creación en los primeros años del siglo XX, de organizaciones como el *Comité Científico y Humanitario* y el *Instituto para la Investigación Sexual (Institut Für Sexualwissenschaft)*, fundadas ambas por el abogado Magnus Hirschfeld, la *Comunidad de los Propios (Gemeinschaft der Eigenen)*, creada en 1903 por Adolf Brand, o la *Asociación de la Amistad Alemana*, surgida en los años 20 de la mano de Hans Kahnert. Estos primeros intentos fueron seguidos en otros países, como el Reino Unido, en el que se creó a principios del siglo XX la *British Society for the Study of Sex Psychology*.

configurado en su última versión como LGBTIQ+. El ámbito del Derecho no ha sido ajeno a esta evolución, y así, las primeras sentencias internacionales de reconocimiento de los derechos del colectivo utilizaban términos como homosexualidad o transexualidad¹¹. La plasmación en normas escritas llega con la terminología de la orientación sexual¹², que pronto se aprecia reduccionista, al no incorporar la idea de identidad sexual. Más adelante se reivindica también la identidad de género¹³ como diferente a la puramente sexual. Precisamente de la

¹¹ Por ejemplo, la sentencia *Dudgeon, op.cit.*, que habla constantemente de homosexualidad; Sentencia *B v. Francia*, de 25 de marzo de 1992, Series A, nº 232-C, que se refiere solo a la transexualidad; Recomendación 1117 de 29 de septiembre de 1989 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la condición de los transexuales.

¹² Aparece recogido como motivo antidiscriminatorio en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, en su artículo 13, que posteriormente se convertirá en el artículo 19. Sobre los trabajos preparatorios de este Tratado, ver P. SKIDMORE, "The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article", *Industrial Law Journal*, vol. 25, nº 4, 1996, pp. 320 y ss.; M. MOS, "Of Gay Rights and Christmas Ornaments: The Political History of Sexual Orientation Non-Discrimination in the Treaty of Amsterdam", *Journal of Common Market Studies*, nº 3, 2014, pp. 62 y ss., que documenta cómo se logró incluir en el Tratado el concepto de "orientación sexual". Sobre este precepto del Tratado de Amsterdam, S. PALMAR, "The Treaty of Amsterdam", en AA.VV., *After Amsterdam: Sexual Orientation and the European Union*, Viena: ILGA-Europe, 1999, pp. 15 y ss.; M. BELL, "The New Article 13 EC Treaty: a Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, nº 1, 1999, pp. 5 y ss.; A. SOMEK, "A Constitution for Antidiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law", *European Law Journal*, vol. 5, nº 3, 1999, pp. 243 y ss.; y E. SZYSZCAK, "Building a European Constitutional Order: Prospects for a General Non-Discrimination Standard", en A. DASHWOOD y S. O'LEARY, (coords.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 1997, pp. 35 y ss.; E. DEARDS, "Discrimination on Grounds of Sexual Orientation; the Role of Community Law", *King's Law Journal*, nº 1, 1999. Sobre las particularidades del artículo 13, en relación concretamente a la orientación sexual, ver M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y A. RIVAS VANÓ, "Orientación Sexual y No Discriminación: el Debate en Europa", *Temas Laborales*, nº 52, 1999, pp. 3 y ss. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorpora de nuevo la noción de orientación sexual en su artículo 21. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C 364 de 18 de diciembre de 2000. Esta Carta, concebida en principio para formar parte de la fallida Constitución Europea, adquiere valor jurídico vinculante a través del Tratado de Niza. Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DOCE C 80 de 10 de marzo de 2001. Para una consulta más completa del Tratado, ver E. PÉREZ CARRILLO, "El Tratado de Niza: Entre la Consolidación de la Unión Europea de Maastricht y el Debate sobre el Futuro de Europa", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 2, 2002, pp. 306 y ss.; F. ALDECOA LUZÁRRAGA, "El Tratado de Niza, Consolidación y Reforma de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 25, 2001, pp. 11 y ss.; E. NAVARRO CONTRERAS, "El Tratado de Niza: un Nuevo Paso en el Largo Camino hacia la Ampliación de la Unión Europea", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 4, 2001, pp. 1375 y ss.

¹³ Ya aparece así recogida por ejemplo en la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 29 de abril de 2010, y titulada "Discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género" o en la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, aprobada el 31 de marzo de 2010.

constatación de la enorme pluralidad¹⁴ que en esta materia encontramos en los seres humanos, empieza a configurarse, quizás como una terminología más inclusiva, la idea de diversidad sexual y de género, que permite la apertura conceptual a realidades que puedan aún no haber sido tenidas en cuenta en este ámbito.

En cuarto lugar, desde el punto de vista puramente jurídico, las estrategias de actuación: dos son las cuestiones que es interesante señalar en este sentido, por un lado, el recurso a la acción en un entorno internacional desde la percepción, que después se ha mostrado más que certera, de que éste se encuentra menos constreñido por las particulares posiciones morales dominantes propias de las estructuras democráticas estatales. Así, la apelación a la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, donde las presiones de controversias concretas son menos potentes, ha permitido empezar a romper el discurso legal dominante a nivel nacional. De otra parte, como complemento de lo anterior, y sobre todo, en un principio, gracias a los colectivos anglosajones, la utilización de la litigación estratégica¹⁵ ha resultado en un constante empuje de cambio que ha calado particularmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶, aunque no solo¹⁷.

¹⁴ Pluralidad cuya construcción doctrinal está también condicionando en buena medida el debate en ámbitos como el feminismo, en el que el constructivismo hunde muchas de sus raíces. Paradójicamente, este debate en el seno del feminismo, respecto del constructivismo más radical, está encontrando grandes elementos de confrontación. Así, autoras como Martha Nussbaum son especialmente críticas con las teorías *queer*. Ver M. NUSSBAUM, "The professor of parody. The hip defeatism of Judith Butler" *The New Republic*, 1999. Accesible en <https://newrepublic.com/article/150687/professor-parody>

¹⁵ VANHALA nos ofrece una buena definición de lo que debemos entender por litigación estratégica, y así "[t]he term 'test case' and 'strategic litigation' generally refer to those cases in which an organization or individual entreats a court or tribunal to a) look at an issue for the first time or potentially reconsider an issue that has been decided in the past, b) decide an issue that will affect a significant number or class of people, and/or c) consider a particular perspective on an issue that has hitherto not been included in existing jurisprudence". L. VANHALA, *Making Rights a Reality? Disability Rights, Activists and Legal Mobilization*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Para un estudio sobre la utilización de la litigación estratégica por parte de los colectivos LGBTI, ver A.C. LOUX, "Losing the Battle, Winning the War: Litigation Strategy and Pressure Group Organization in the Era of Incorporation", *King's Law Journal*, vol. 11, nº 1, 2000, pp. 90 y ss.; C. HILSON, "New Social Movements: the Role of Legal Opportunity" *Journal of European Public Policy*, nº 9 (2), 2002, pp. 238 y ss.; E.A. ANDERSON, *Out of the Closets and Into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

¹⁶ Importante ha sido en este sentido la apertura interpretativa del concepto de víctima por parte del TEDH, como por ejemplo, en la sentencia *Norris v. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, Series A, nº 142, en la que se declara contrario al CEDH la penalización de las prácticas sexuales homosexuales en Irlanda, como ya ocurrió en *Dudgeon*, y en la que el señor Norris es considerado víctima sin haberse producido ninguna actuación concreta del Estado contra él. La mera existencia de la persecución criminal es considerada como vulneradora del derecho a la vida privada. Esta tendencia, que favorece la litigación estratégica, parece correr peligro con la aprobación de los (...)

Todo ello, combinado con la labor de los colectivos a niveles nacionales y locales, nos permite afirmar que estamos ante uno de los grandes logros sociales, culturales y jurídicos de los últimos tiempos, si bien la situación en Europa y en el mundo entero es absolutamente dispar, no pudiendo realizar esta afirmación respecto de todas las realidades¹⁸. En esto, concurre la situación en materia de diversidad sexual, con el reconocimiento y protección de los derechos humanos para otros colectivos. Y es que es imposible deslindar los avances de aquellos sin

Protocolos 14 y 15, que a partir del concepto de “perjuicio significativo” como criterio de admisión a trámite, impuesto a través del Protocolo 14 y endurecido en el Protocolo 15, pueden imponer unos requisitos de legitimación activa mucho más restrictivos. Sin embargo, como contrapartida, la apertura de los procesos a la intervención de “third parties” o *amicus curiae*, parece incidir en la conducción de esta litigación estratégica. Ver A. RIVAS VAÑÓ, *LGBIT en Europa... op.cit.*

¹⁷ Como ocurre en el seno del TJUE, con, por ejemplo, las sentencias *P v. S.* y *Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94 y *Grant v. South-West Trains Ltd*, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96. Ambas dieron lugar a multitud de artículos doctrinales. Así, en España M. ALONSO OLEA, “El Despido de un Transexual”, *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, pp. 237 y ss.; M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, “Transexualidad y Discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 97, 1999, pp. 60 y ss.; J.M. MORALES ORTEGA, “Nuevos Fenómenos Discriminatorios: Homosexualidad y Transexualidad”, *Relaciones Laborales*, nº 18, 1999, pp. 55 y ss.; M.A. VICENTE PALACIO, “Transexualidad y Contrato de Trabajo”, *Tribuna Social*, nº 67, 1996, pp. 55 y ss.; Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “El Principio de No Discriminación Sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿Avance Sustancial del Tratado de Ámsterdam?”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengochea*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1999, pp. 363 y ss.; J. GONZÁLEZ VEGA, “Buscando en la Caja de Pandora: el Derecho Comunitario ante la Discriminación por Razones de Orientación Sexual”, *La Ley-Unión Europea*, nº. 4522, 1998.

Fuera de nuestro país, C. BARNARD, “P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?”, A. DASHWOOD y S. O’LEARY, *The Principle of Equal Treatment... op.cit.*, pp. 59 y ss.; *Idem*, “The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows?”, *Cambridge Law Journal*, nº 57, 1998, pp. 352 y ss.; *Idem*, “Some Are More Equal Than Others: the Decision of the Court of Justice in Grant vs. South-West Trains”, *Cambridge Journal of European Law*, 1999, pp. 147 y ss.; A. C. LOUX, ‘Is He Our Sister? Sex, Gender, and Transsexuals under European Law’, *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997; R. WINTEMUTE, “Recognizing New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Code”, *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 335 y ss.; P. SKIDMORE, “Sex, Gender and Comparators in Employment and Discrimination”, *Industrial Law Journal*, vol. 26, 1997, pp. 51 y ss.; M. BELL, “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant v. SWT”, *European Law Journal*, vol. 5, 1999, pp. 63 y ss.; P. SPACKMAN, “Grant vs South-West Trains: Equality for Same-sex Partners in the European Community”, *American University Journal of International Law*, nº 12, 1997, pp. 1063 y ss.; T. CONNOR, “European Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner”, *European Law Review*, nº 4, 1998, pp. 378 y ss.; L.R. HELFER, “European Court of Justice Decision Regarding Employment Discrimination on the Basis of Sexual Orientation”, *American Journal of International Law*, vol. 93, nº 1, 1999, pp. 195 y ss.; y K BERTHOU y A. MASSELO, “La CJE et les Couples Homosexuels”, *Droit Social*, nº 1, 1998, pp. 20 y ss.

¹⁸ Para obtener una completa revisión de la situación del colectivo LGBTIQ+ en el mundo, ver <https://ilga.org/es/mapas-legislacion-sobre-orientacion-sexual>

el desarrollo de éstos. Efectivamente, la raíz de los cambios experimentados, tanto a nivel jurídico como social, tiene que ver con un entendimiento del contenido de los derechos humanos, de la libertad y de la igualdad, ajeno ahora a las constricciones religiosas y morales de otros tiempos y fuertemente vinculado con la propia coherencia interna del sistema de protección que los derechos humanos suponen. Se trata en definitiva de centrar el enfoque en la misma idea de dignidad humana como eje vertebrador de todo el sistema.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

En este apartado, vamos a nombrar, de una manera absolutamente somera y limitada, algunos de los hitos y los instrumentos de protección internacional en relación con la diversidad sexual y de género más importantes, en el plano global y en el europeo.

En el plano internacional global, la mayor guía en el reconocimiento de los derechos LGBTIQ+ se encuentra en los Principios de Yogyakarta, elaborados y publicados en marzo de 2007¹⁹. Se trata de principios dirigidos a los Estados y a las organizaciones internacionales que actúan como parámetro de aplicación de los derechos humanos al colectivo integrado por la diversidad sexual y de género. Estos principios han sido revisados a través de su adenda de 2017²⁰, en la que, entre otras cosas, se amplía en número de situaciones a las que se protege (se añaden a la orientación sexual y la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales²¹).

Hablamos de principios que son especialmente relevantes por cuanto ninguno de los tratados de derechos humanos de la ONU hace mención explícita de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, o de la orientación sexual, la identidad y expresión de género o las características sexuales²². Sin embargo, la interpretación evolutiva y protectora de los derechos humanos ha permitido la inclusión de algunas de las reivindicaciones del colectivo. Así,

¹⁹ Principios elaborados por 29 especialistas de muy diversa procedencia y con un amplio reconocimiento, que se han convertido en un referente a nivel internacional y nacional para la interpretación de los derechos humanos en su aplicación a la diversidad sexual y de género. Accesible en http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

²⁰ Tras esta revisión, llamados Principios de Yogyakarta plus 10. Accesible en https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

²¹ Lo que ha llevado a acuñar el término SOGIESC, acrónimo de *sexual orientation, gender identity, gender expression, sex characteristics*.

²² K. KIRICHENKO, *Órganos de Tratados de la ONU: referencias a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales: informe anual 2019*, Ginebra, ILGA Mundo, julio 2020, p. 14. Se trata de un material muy útil para estudiar la intervención en materia de diversidad sexual y de género de todo el aparato de la ONU.

debemos referirnos al conocidísimo asunto *Toonen v. Australia*²³, en el que el Comité de Derechos Humanos de la ONU protege frente a la penalización de las conductas sexuales homosexuales, a través de una interpretación extensiva del derecho a la vida privada, en la que debe entenderse incluida la vida sexual de personas adultas que consienten válidamente. Será precisamente este asunto el que afirme que la orientación sexual (haciendo una interpretación extensiva de término sexo) es un motivo de protección frente a la discriminación. El Comité ha seguido protegiendo el reconocimiento de otros derechos²⁴ a través de una interpretación extensiva del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constituyéndose así en un órgano especialmente relevante en esa materia²⁵. Dada la escasez de espacio en un formato como éste, solo resaltaremos el papel que el Comité otorga a la moral²⁶ en este ámbito. No se trata de eliminar la idea de moral de su análisis, de afirmar una suerte de derecho neutro de imposible existencia, sino de llenarla de un contenido distinto: lejos de buscar en las tradiciones nacionales o religiosas, el concepto de moral en el ámbito de protección de los derechos humanos está necesariamente vinculado precisamente a la universalidad de estos derechos y al principio de no discriminación²⁷.

En el ámbito internacional europeo, los avances en esta materia son mucho más profusos y fructíferos, aun cuando en este momento nos encontremos con algunas importantes resistencias²⁸. Conviene diferenciar dos esferas, la del

²³ Asunto *Toonen v. Australia*, comunicación n. 488/1992, de 31 de marzo de 1994.

²⁴ Así, respecto de la libertad de expresión (asuntos *Fedotova v. Rusia*, comunicación n. 1932/2010, de 31 de octubre de 2012 y *Nepomnyaschiy v. Rusia*, comunicación n. 2318/2013, de 17 de julio de 2018); respecto del reconocimiento de los vínculos sentimentales y familiares entre personas del mismo sexo (asuntos *Young v. Australia*, comunicación n. 941/2000, de 6 de agosto de 2003 y *X v. Colombia*, comunicación n. 1361/2001, de 30 de marzo de 2007); respecto del acceso a la justicia (asunto *C v. Australia*, comunicación n. 2216/2012, de 28 de marzo de 2017); o respecto del cambio de sexo registral (asunto *G. v. Australia*, comunicación n. 2172/2012, de 17 de marzo de 2017).

²⁵ Si bien no es el único. Para un estudio en mayor profundidad de los asuntos que han llegado a los órganos de control en el seno de la ONU, ver K. KIRICHENKO, *United Nations Treaty Bodies jurisprudence on sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics: Case Digest*, Ginebra, ILGA World, octubre 2019.

²⁶ Para un análisis en profundidad de la relevancia para el Derecho del debate moral acerca de la sexualidad, y particularmente de la homosexualidad, ver: M. SANDEL, "Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality", *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 521 y ss.

²⁷ "El concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación". Observación General del Comité de Derechos Humanos, n. 34, párrafo 32.

²⁸ Hablamos de la situación del colectivo en Estados como Polonia, Hungría o Rusia. Se trata de una realidad que ha sido puesta de manifiesto ya en el 2013 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que aprobó la resolución 1948 (2013) y la Recomendación 2021 (2013), en las que expresamente afirma su preocupación por la situación en estos países, haciendo especial énfasis en (...)

Consejo de Europa y la de la Unión Europea, si bien las influencias mutuas son innegables y expresamente reconocidas²⁹.

Si analizamos en primer lugar los avances en esta materia respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), es precisamente porque es a través de la labor interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que se producen los primeros reconocimientos de los derechos del colectivo³⁰. Es imposible aquí hacer referencia a la ingente jurisprudencia del TEDH³¹ en relación a la diversidad sexual y de género,

el caso de Rusia, que acumula condenas por vulneración de los derechos humanos en base a la diversidad sexual o de género. Sobre la política de represión de la diversidad sexual en estos países, ver O. JOHNSON, “‘Homosexual Propaganda’ Laws in the Russian Federation: Are They in Violation of the European Convention on Human Rights?”, *Russian Law Journal*, nº 5, 2015; R. ULITZ, “Lessons from Sexual Orientation Discrimination in Central Europe”, *American Journal of Comparative Law*, nº 1, 2012, pp. 235 y ss.

²⁹ El preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresamente manifiesta esta vinculación al reafirmar “los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros (...) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del (...) Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op.cit.*

³⁰ Un interesante estudio acerca de la influencia de las decisiones del TEDH sobre derechos relacionados con la diversidad sexual en los Estados miembros puede verse en HELFER, L. y VOETEN, E. “International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe”. *International Organization*, vol. 68, nº 1, 2014, pp. 77-110. doi:10.1017/S0020818313000398

³¹ Son muchos los trabajos académicos que sobre la posición del TEDH acerca de la diversidad sexual y de género se han realizado, sirvan por todos A. ELVIRA PERALES, “La Interdicción de Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad Sexual en el Ámbito Internacional”, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, vol. 2, pp. 355 y ss.; E. GIJALBA CABRERO, “La Orientación Sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, nº 91, 2014, pp. 303 y ss.; I. MANZANO BARRAGÁN, “La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Orientación Sexual e Identidad de Género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 2012, pp. 49 y ss.; D. BORILLO, “De la Penalización de la Homosexualidad a la Criminalización de la Homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Orientación Sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 11, 2011, pp. 69 y ss.; R. SANDLAND, “Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights”, *Feminist Legal Studies*, nº 11, 2003; L.R. HELFER, “Human Rights-Discrimination on Grounds of Sexual Orientation-Parental Custody Rights-Privacy-Criminal Restrictions on Private Sexual Activity”, *The American Journal of International Law*, nº 2, 2001. Ver, hasta 2019, A. RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa...op.cit.* Una compilación completa de las sentencias, tanto del TEDH como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hasta 2017, se puede encontrar en R. WINTEMUTE, “Sexual orientation and gender identity discrimination: the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union”, https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/case_law_document_rw_2017-08-01.pdf. Para un listado completo de los diferentes asuntos que han llegado al entramado jurisdiccional del Consejo de Europa (incluyendo así a la CoEDH) hasta el 2013, se puede consultar el detallado gráfico que aporta P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Oxon: Routledge, 2013, Appendix 2.

reconociendo la vida sexual como elemento integrador del derecho a la vida privada³² (lo que supuso la despenalización de las prácticas sexuales homosexuales³³), el derecho al cambio de sexo registral³⁴, la protección frente a la discriminación por orientación sexual³⁵ e identidad de género³⁶, la libertad de expresión³⁷, reunión y manifestación³⁸, el derecho al reconocimiento de los vínculos familiares³⁹, entre otras cuestiones. Interesante está resultando el diálogo entre tribunales internacionales que se está produciendo respecto del reconocimiento de los vínculos entre parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones con los matrimonios heterosexuales. Y es que la jurisprudencia del TEDH, aun afirmando que el derecho al matrimonio del CEDH no se extiende hasta el punto de reconocer el matrimonio homosexual⁴⁰ (utilizando para ello una

³² El derecho a la vida privada y familiar se constituye, en la jurisprudencia del TEDH, como una especie de derecho al libre desarrollo de la personalidad, protegiendo así un haz de pretensiones que excede con mucho los límites del derecho a la intimidad reconocido en la Constitución española.

³³ Sentencia *Dudgeon*, *op.cit.*; *Norris*, *op.cit.*

³⁴ Sentencia *B v. Francia*, de 25 de marzo de 1992, Series A, nº 232-C y sentencia *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI. Sobre estas sentencias, ver S. SANZ-CABALLERO, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su Respuesta al Reto de la Transexualidad: Historia de un Cambio de Criterio", *American University International Law Review*, vol. 29, nº 4, 2014; J.A. GONZÁLEZ VEGA, "Derecho a la Identidad Sexual: la Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, 2003.

³⁵ Sentencia *Da Silva Mouta v. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-IX.

³⁶ Sentencia *P.V. v. España*, de 30 de noviembre de 2010, ap. nº 35159/09. Ver I. ESPÍN ALBA, "¿Discriminación por Identidad Sexual? Reflexiones a Propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de diciembre de 2010 (caso P.V. contra España)", en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid: DYKINSON, 2013.

³⁷ Sentencia *Vejdeland v. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, ap. nº 1813/07; sentencia *Bayec y Otros v. Rusia*, de 20 de junio de 2017, ap. nº 67667/09, 44092/12 y 56717/12.

³⁸ Sentencia *Alekseyev v. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, ap. nº 4916/07, 25924/08 y 14599/09. Un comentario de esta sentencia en P. JOHNSON, "Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: *Alekseyev v Russia*", *Human Rights Law Review*, nº 9, 2011; sentencia *Genderdoc-M v. Moldavia*, de 12 de junio de 2012, ap. nº 9106/06. Sentencia *Identoba y Otros v. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, ap. nº 73235/12.

³⁹ Sentencia *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI; sentencia *E.B. v. Francia*, de 22 de enero de 2008, app. nº 43546/02. Un comentario sobre esta sentencia se puede encontrar en M.A. PRESNO LINERA, "La Consolidación Europea del Derecho a No Ser Discriminado por Motivos de Orientación Sexual en la Aplicación de las Disposiciones Nacionales", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 2008, pp. 13 y ss. Ver también sentencia *Schalk y Kopf v. Austria*, de 24 de junio, Reports of Judgments and Decisions 2010.

⁴⁰ Postura que no ha cambiado desde la sentencia *Schalk y Kopf... op.cit.*, y que se mantiene por ejemplo en sentencia *Hämäläinen v. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, en la que se afirma que el artículo 12 del CEDH (en el que se reconoce el derecho al matrimonio) "(...) is a *lex specialis* for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 (...) enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman. While it (...)

interpretación histórica muy alejada de la habitual interpretación evolutiva⁴¹ que tan buenos resultados está dando en términos de protección de derechos humanos de las minorías sociales), extiende los contornos de la protección antidiscriminatoria para amparar a las parejas homosexuales, en Estados en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido, y otorgándoles los mismos derechos que a los matrimonios heterosexuales⁴². Y esto se hace a través de una interesante perspectiva de discriminación indirecta⁴³ que podría acabar vaciando de contenido a la institución del matrimonio civil en este sentido⁴⁴ (y solo en éste, para las parejas heterosexuales no casadas la situación sí podría ser distinta, al poder acudir al matrimonio para el goce pleno de los derechos que de él se derivan).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), por su parte, concluye de la misma manera en el ámbito de las competencias del derecho de la Unión⁴⁵, en su interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales⁴⁶, si

is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples". Párrafo 96.

⁴¹ Ver E. BJØRGE, *A History of Sexuality in Europe: LGBTI Rights and Dynamic Interpretation of the ECHR*, 2010, accesible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1554901>; C. MORTE GÓMEZ y G. CANO PALOMARES, "La Interpretación Evolutiva y Dinámica del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal de Estrasburgo", *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 10, 2010, pp. 14 y ss; K. DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, nº 12, 2011, pp. 1730 y ss.

⁴² Sentencia *Taddeucci y McCall v. Italia*, de 30 de junio de 2016.

⁴³ Se valora la imposibilidad de acceso a la condición de reconocimiento del derecho, el matrimonio, en términos de su afectación a todas las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Y así, no se trata de situaciones comparables, en términos de discriminación directa, con las parejas heterosexuales no casadas, ya que éstas últimas sí pueden acceder al matrimonio. Sobre igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del TEDH, ver el excelente trabajo O.M. ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

⁴⁴ Sobre la importancia de la prohibición de discriminación y su efecto expansivo respecto de otros derechos, ver P. JOHNSON y S. FALCETTA, "Sexual orientation discrimination and Article 3 of the European Convention on Human Rights: developing the protection of sexual minorities", *European Law Review*, 2018.

⁴⁵ Ver, acerca de la valoración de la acción de estos Tribunales en relación con la orientación sexual y la identidad de género, R. WINTEMUTE, "In Extending Human Rights, ¿which European Court is Substantively 'Braver' and Procedurally 'Fitter'? The Example of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination" en S. MORANO-FOADI y L. VICKERS (eds.), *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, Oxford: Hart Publishing, 2015.

⁴⁶ Sentencia *Relu Adrian Coman y otros v. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor*, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16. Comentarios a esta sentencia pueden encontrarse en L. GYENEY, "Same sex couples' right to free movement in light of member States' national identities" *Iustum Aequum Salutare*, XIV, 2018, pp. 149 y ss.; F. HAMILTON, "The expanding concept of EU citizenship free movement rights and the potential positive impact this has for same-sex couples relocating across borders", *Family Law*, 2018; V. STEHLÍK, "The CJEU crossing the Rubicon on the (...)

bien basando sus conclusiones en la tradicional fórmula de la comparación de situaciones similares, esto es, aplicando un concepto clásico de discriminación directa⁴⁷. Y más aún, realiza de nuevo una interpretación extensiva del derecho de libre circulación de ciudadanos de la Unión, en una recentísima sentencia⁴⁸, para amparar la filiación de una menor respecto de sus dos madres, filiación reconocida en algunos Estados de la UE, pero frontalmente rechazada en otros. Resulta especialmente importante en este sentido la utilización del derecho de libre circulación como vehículo de amplificación de otros derechos, y es que el propio TJUE afirma la competencia nacional sobre el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación⁴⁹. Y sin embargo, a pesar de esta afirmación, impone en el ámbito de su ejercicio, y vinculado a la pretensión de que la ciudadanía europea sea el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁵⁰, la obligatoriedad de aceptación de los derechos de filiación reconocidos en otros Estados miembros, incluso por encima del supuesto orden público de éstos. Se produce así, una suerte de tercer estatuto en estos Estados (en los que el matrimonio es solo heterosexual y la filiación también), en los que conviven estas limitaciones de sus nacionales (que no han contraído matrimonio ni han tenido descendencia en otro Estado que pudiera reconocer los derechos LGBTIQ+ de manera más amplia) con los derechos de los nacionales que hayan decidido conformar sus familias en Estados en los que el reconocimiento legal es mayor. Así, la necesidad de aceptación del matrimonio y la filiación de parejas del mismo sexo por Estados abiertamente contrarios a esta

same-sex marriages? Commentary on *Coman case*", *International and Comparative Law Review*, vol. 18, nº 2, 2018, pp. 85 y ss, doi: 10.2478/iclr-2018-0039; E. STOPPIONI, "Une analyse critique de l'arrêt Coman: déconstruction de la consécration de l'obligation de reconnaissance du droit de séjour du conjoint homosexuel", *European Papers, European Forum*, 27 de febrero de 2019, pp. 1 y ss, doi: 10.15166/2499-8249/280; ÁLVAREZ GONZALEZ, S. "¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el asunto Coman", *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018. Para un estudio de estas dos últimas sentencias ver A. RIVAS VANÓ, "Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación", *Lex Social*, vol. 9, nº 1, 2019, pp. 136 y ss, doi: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.3975>

⁴⁷ Sobre esta idea, ver M. BELL, "Gender identity and sexual orientation: alternative pathways in EU equality law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, nº 1, 2012, pp. 127 y ss. No compartimos su argumentación que considera el concepto de discriminación directa como una manera de aplicación de la igualdad formal, por cuanto se trata de un instrumento de transformación social que precisamente incide sobre situaciones de desigualdad sustantiva, pero sí resulta muy interesante el análisis que realiza de las posibilidades que ofrece el concepto de discriminación indirecta. En contra, y afirmando la utilidad del análisis en términos de discriminación directa, J. MULDER, "Dignity or discrimination: what paves the road towards equal recognition of same-sex couples in the European Union?" *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 40, nº 1, 2018, pp. 129 y ss.

⁴⁸ Sentencia *V.M.A. v. Stolichna Obshtina, rayon "Pancharevo"* de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 52.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 41.

regulación se configura como un elemento más de competencia del Derecho de la Unión, en base al derecho de libre circulación y su correspondiente estatuto de ciudadanía europea, que acarrea consigo todos los derechos relacionados con el Estado de origen, como el derecho a la vida privada y familiar⁵¹. Ciudadanía ésta no solo vinculada con la nacionalidad de los progenitores respecto del Estado del que sea nacional, sino que “*un menor cuya condición de ciudadano de la Unión no esté acreditada y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes de un Estado miembro designe como progenitores a dos personas del mismo sexo, una de las cuales es ciudadano de la Unión, debe ser considerado por el conjunto de los Estados miembros descendiente directo de ese ciudadano de la Unión*”⁵².

Se suprimen en la práctica las barreras legales para aquellas parejas del mismo sexo que puedan desplazarse a otros Estados para contraer matrimonio y tener hijos. Y se rompen también a nivel social muchas de las barreras psicológicas y morales en torno a la diversidad sexual y de género, cuando en estos Estados sean cada vez más numerosas las familias LGBTIQ+ legalmente reconocidas por aplicación del derecho europeo.

La Unión Europea⁵³ ha llevado a cabo un proceso de protección de los derechos del colectivo en una doble vía, tanto jurisprudencialmente, como acabamos de ver⁵⁴, como con las modificaciones expresas en la redacción de sus

⁵¹ Resulta llamativa la poca utilización de la cláusula antidiscriminatoria en este asunto, de la que solo se habla al final y para invocar la protección de los menores que puedan ser víctimas de discriminación por asociación basada en la orientación sexual de sus progenitores. *Ibidem*, párrafo 64.

⁵² *Ibidem*, párrafo 68

⁵³ Ver J. DIAZ LAFUENTE, “La Protección de los Derechos Fundamentales frente a la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género en la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, 2013, pp. 1 y ss.

⁵⁴ Por la necesaria brevedad de esta exposición, tan solo se han citado las últimas y más novedosas sentencias del TJUE, siendo imposible aquí mencionar toda su jurisprudencia en esta materia. Por ejemplo, sentencia *Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions*, de 27 de abril de 2006, asunto C-423/04; sentencia *K.B. y National Health Service Pensions Agency*, de 7 de enero de 2004, asunto C-117/01; sentencia *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06; sentencia *Jürgen Römer y Freie und Hansestadt Hamburg*, de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08; sentencia *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12; sentencia *X, Y, Z y Ministr voor Inmigratie en Aziel*, de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12; sentencia *Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux -Sèvres*, de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12, un comentario de esta sentencia en C. MOLINA NAVARRETE, “Diversidad de Orientación Sexual y Principio de Igualdad de Trato Laboral: ¿El Fin de la Diferencia entre Parejas de “Hecho” y de “Derecho”? (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2013, asunto nº C-267/12)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 371, 2014, pp. 171 y ss.; sentencia *A, B y C y Staatssecretaris vas Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13, C-149/13 y C-150/13; sentencia *Geoffrey Léger y Ministre des affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang*, de 29 de abril de 2015, asunto C-528/13.

normas, algo que no ha ocurrido en el seno del Consejo de Europa⁵⁵. Así, ya en el Tratado de Ámsterdam se incorpora a la orientación sexual como motivo expreso de protección antidiscriminatoria, como se ha señalado *supra*, lo que abrió el camino de la aprobación de la Directiva 2000/78⁵⁶, de protección frente a la discriminación en el ámbito laboral⁵⁷. Esta labor de modificación expresa del Derecho de la Unión tiene como uno de sus grandes logros la inclusión de la orientación sexual en la cláusula antidiscriminatoria de la Carta de Derechos Fundamentales⁵⁸, auténtico instrumento de vinculación directa de protección de los derechos humanos en la Unión Europea. A pesar de este éxito, las reivindicaciones LGBTIQ+ no fueron totalmente acogidas, no se reconoció como motivo antidiscriminatorio la identidad de género, ni se apostó por una redacción contundente respecto del derecho al matrimonio y a fundar una familia, que quedó expresado con la ambigüedad suficiente como para permitir a los Estados

⁵⁵ A pesar de sendas Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 29 de abril de 2010, y titulada "Discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género"; Resolución 2048 (2015), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 22 de abril de 2015, y titulada "Discriminación contra las personas transexuales en Europa". Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa también se ha expresado a este respecto: Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, aprobada el 31 de marzo de 2010. Se pueden ver también los interesantes documentos temáticos publicados por el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe (the Hammarberg Report)*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, 2011, accesible en http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBTI/LGBTIStudy2011_en.pdf, y *Human rights and intersex people*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2015. Resulta especialmente llamativa la redacción del Protocolo 12 del CEDH, relativo a una cláusula general de igualdad, que no amplía las causas expresas de protección antidiscriminatoria ya reconocidas en el art. 14 del CEDH, y ello no obstante la más que consolidada jurisprudencia del TEDH sobre orientación sexual e identidad de género.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Sobre el objeto y alcance de esta Directiva, ver por todos, C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y Orientación Sexual del Trabajador*, Valladolid: Lex Nova, 2001; *Idem*, "La Tutela de la Discriminación por la Orientación Sexual del Trabajador en el Ordenamiento Social Comunitario", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *La Igualdad ante la Ley y la No Discriminación en las Relaciones Laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 537 y ss.; A. RIVAS VAÑÓ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Orientación Sexual y Derecho Europeo", en C. FERNÁNDEZ LIESA y F. MARIÑO MENÉNDEZ, *La Protección de las Personas y Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 2001, pp. 293 y ss.; A. RIVAS VAÑÓ, "La Prohibición de Discriminación por Orientación Sexual en la Directiva 2000/78", *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pp. 193 y ss.; H. MEENAN (ed), *Equality Law for an Enlarged Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁵⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C 364 de 18 de diciembre de 2000.

la limitación de estos derechos en base a la orientación sexual de los miembros de la pareja. Parece que la acción de los Tribunales europeos está reduciendo la capacidad inicial de negación de estos derechos.

3. EL DERECHO INTERNO

España se sitúa en el grupo de Estados europeos más avanzados en la protección de los derechos humanos del colectivo LGBTIQ+. Así, el informe anual de ILGA Europe referente al año 2020 (último informe publicado hasta la fecha), sitúa a España en el puesto número 9 de un total de 49 países europeos⁵⁹. Identifica este informe algunos sectores en los que el margen de mejora es notable, como pueden ser temas relacionados con la igualdad y la prohibición de discriminación (fundamentalmente en relación con la autodeterminación sexual y de género), crímenes y discursos de odio y reconocimiento de género e integridad corporal.

Uno de los aspectos en los que se recomiendan modificaciones en las políticas públicas tiene que ver con el poco reconocimiento de la diversidad sexual y de género como causa de protección a través del derecho de asilo. Este es un espacio de reivindicación en el que los colectivos LGBTIQ+ llevan años trabajando, bien sea a través de la litigación estratégica o de la acción social, con muy contados resultados⁶⁰.

3.1. El derecho estatal

Gran parte de las reivindicaciones del colectivo, o son directamente competencia estatal, o se trata de competencias en las que pueden concurrir Estado y Comunidades Autónomas⁶¹. Ejemplo de lo primero es el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, o el derecho a la modificación registral del sexo jurídicamente otorgado al nacer, y en el segundo caso tenemos

⁵⁹ Se trata del informe anual *Rainbow Europe*, accesible en <https://rainbow-europe.org/#8661/0/0>.

⁶⁰ Se puede encontrar una completa revisión de las aportaciones doctrinales en esta materia en H. O'NIONS, *Asylum-a Right Denied. A Critical Analysis of European Asylum Policy*, Dorchester: Ashgate Publishing Limited, 2014. También en J. DÍAZ LAFUENTE, *Asilo y Refugio por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género*, Madrid: Congreso de los Diputados, 2016. Algunas sentencias de los Altos Tribunales europeos también empiezan a realizar este reconocimiento, como la sentencia del TEDH *O.M. v. Hungría*, de 5 de julio de 2016, ap. nº 9912/15 o la sentencia del TJUE *A, B y C y Staatssecretaris vas Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13, C-149/13 y C-150/13. Ver también A. LÓPEZ-SALA, "Los refugiados LGTBI en España: buscar protección en tiempos de control migratorio", *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2020, pp. 197 y ss, doi: <https://doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2020.198>

⁶¹ Ver el monográfico A. ELVIRA PERALES, F.J. MATIA PORTILLA y A. ARROYO GIL (coord.), "El movimiento LGTB en perspectiva constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, 2013. De los mismos autores, *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

una serie de regulaciones programáticas que examinaremos más adelante, junto con las medidas propias de las CCAA en esta materia.

Quizás uno de los mayores hitos en la consecución de los derechos relacionados con la diversidad sexual y de género tiene que ver con el reconocimiento del derecho al matrimonio independientemente del sexo de los miembros de la pareja. Efectivamente, se trata de uno de los grandes logros del colectivo, y se hace este reconocimiento en una reforma del Código Civil⁶² que, superado el control de constitucionalidad⁶³, acaba imponiendo los mismos derechos y obligaciones a cualquier matrimonio, sea éste entre personas de distinto o igual sexo. No se establecen excepciones respecto de los procesos de adopción⁶⁴. Ello ha supuesto en la práctica la pérdida de importancia para las parejas del mismo sexo de las reivindicaciones a través del reconocimiento como parejas de hecho, que en buena medida se había ya producido en la regulación de las CCAA, como se verá *infra*, con los importantes problemas competenciales que esto implicó⁶⁵.

Por otro lado, aun tratándose de un avance muy importante en materia de diversidad sexual y de género, siguen existiendo serios problemas de reconocimiento y aplicación de la filiación matrimonial y no matrimonial en el caso de homoparentalidad masculina⁶⁶. Como más adelante veremos, parece que esta situación no va a verse modificada en un corto plazo de tiempo.

⁶² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 198/2012, de 6 de noviembre.

⁶⁴ Como en el resto de países europeos que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. <https://ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/Rainbow%20Europe%20Index%202021.pdf>

⁶⁵ Muchas de estas normas fueron declaradas inconstitucionales en algunas de sus regulaciones, al vulnerar el ámbito competencial del Estado en materia de legislación civil. Así, por ejemplo, ocurrió con la ley de Navarra citada *infra*, por sentencia TC 93/2013, de 23 de abril, la madrileña, citada *infra*, por sentencia TC 81/2013, de 11 de abril, o la valenciana, citada *infra*, por sentencia TC 110/2016, de 9 de junio.

⁶⁶ En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en su disposición adicional primera, añade un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el que se permite la determinación de la filiación a favor de la pareja femenina de la madre, con la que ésta esté casada. No se establece una regulación parecida respecto de los matrimonios entre dos hombres, por cuanto se mantiene cierta vinculación biológica (aunque solo fuere en relación con el proceso de gestación) entre uno de los miembros de la pareja y la prole. Tiene esto que ver, también, con la prohibición de la gestación subrogada en España, de modo que no pueda establecerse la filiación de los dos miembros del matrimonio conformado por dos hombres, respecto de la descendencia con la que uno de ellos pueda tener vinculación biológica, salvo a través de la institución de la adopción. Este diferente tratamiento de la determinación de la filiación también se produce respecto de las parejas no casadas, de modo que las parejas conformadas por dos mujeres, siempre y cuando una de ellas geste a la descendencia, tendrán un reconocimiento inmediato de la parentalidad de las dos, a través de la modificación del artículo 44 de la Ley (...)

Otro elemento de especial relevancia en este ámbito tiene que ver con la compleja cuestión de la inscripción del sexo en el Registro Civil. En efecto, tiene esta materia especial importancia en relación con las necesidades del colectivo transexual⁶⁷, pero no solo. La misma exigencia de inscripción de este aspecto de la personalidad está puesta en entredicho entre otras cosas porque hay todo un grupo de población, el compuesto por personas intersexuales, que encuentran serias dificultades de acomodo a una exigencia jurídica de binarismo que no se corresponde con su realidad, ni biológica ni experiencial⁶⁸. Además, empiezan a expresarse en términos de reivindicación social y política, nuevas formas de vivencia sexual y de género que niegan su identificación con un género o sexo determinado jurídica y socialmente, y exigen la posibilidad de desarrollo personal sin limitaciones de este tipo⁶⁹.

20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, llevada a cabo por la ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en su artículo segundo.

⁶⁷ Para ver la evolución de las posturas doctrinales en relación con las reivindicaciones del colectivo transexual, ver M. ELÓSEGUI ITXASO, "Transexualidad, Derecho a la Vida Privada y Derecho al Matrimonio. El Caso Español a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense". *Actualidad Civil*, nº 10, 1994, pp. 173 y ss.; J. DIEZ DEL CORRAL, "La Transexualidad en el Derecho Español", *Actualidad Civil*, nº 37, 1986, pp. 2549 y ss.; J. VIDAL MARTÍNEZ, "¿Se Incluye el 'Cambio de Sexo' (Transexualidad), en el 'Libre Desarrollo de la Personalidad' al que se Refiere el Artículo 10-1 de la Constitución Española?" *Revista General de Derecho*, nº 334, 1989, pp. 987 y ss.

⁶⁸ Las condiciones de vida de las personas intersexuales han sido y son especialmente adversas, y hoy día presentan reivindicaciones que van desde la exigencia de no ser sometidos a tratamientos hormonales o quirúrgicos sin su consentimiento expreso, descartando con ello la posibilidad de recibirlos a edades muy tempranas, hasta el reconocimiento de la posibilidad de no ser forzados a elegir un sexo jurídico. Algunas de estas reclamaciones se pueden consultar en <http://www.isna.org/>, página web de la *IntersexSociety of North America*. También en <http://oii-espana.blogspot.com.es/>, un blog creado por la Organización Internacional de Intersexuales para exponer el contenido de sus reclamaciones y su rechazo a la reasignación sexual no consentida. Y la sección sobre intersexualidad de ILGA- Europe ofrece una importante información al respecto: <https://www.ilga-europe.org/what-we-do/our-advocacy-work/trans-and-intersex>. En relación con nuevas maneras de afrontar las cuestiones médicas relacionadas con la intersexualidad (o, en el sentido de las reivindicaciones de parte del colectivo, la DSD, *Disorders of Sex Development*) ver <http://www.accordalliance.org/>. Para un estudio sobre los niveles de protección en derecho internacional y europeo, ver A. ARROYO GIL, "Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales", *IgualdadES*, nº 2, 2020, pp. 29 ss. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/igdES.2.02>

⁶⁹ Una amplia revisión de la bibliografía *queer* y feminista se puede encontrar en GRUPO DE TRABAJO QUEER, *El eje del mal es heterosexual*, Madrid: Traficantes de sueños, 2005; D. CÓRDOBA, J. SÁEZ, y P. VIDARTE (eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*. Madrid: Egales, 2005; A. JAGOSE, *Queer theory: an introduction*, New York: New York UP, 1996; S. SEIDMAN (org.), *Queer theory sociology*, Oxford: Blackwell, 1996. Una de las obras fundacionales de este movimiento es J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity*, Nueva York: Routledge, 1990. Ver también de la misma autora *Bodies that Matter. On the discursive limits of sex*, Nueva York: Routledge, 1993.

Así, la Ley 3/2007⁷⁰ en su momento supuso un importante avance en las reivindicaciones del colectivo transexual fundamentalmente, por cuanto suavizaba las exigencias para poder realizar un cambio de sexo registral⁷¹. Sin embargo, en la actualidad se considera, desde el punto de vista de la diversidad sexual y de género, como una norma desfasada que requiere de actualización. En efecto, la visión patologizadora⁷² de la transexualidad es quizás el elemento más contestado de esta regulación, pero esta crítica no entra en la valoración de si efectivamente, en una realidad jurídica en la que la mayor parte de las limitaciones relacionadas con el sexo de las personas han sido superadas, es realmente necesario siquiera la mención registral del sexo⁷³. A pesar de esto, algunos avances importantes sí que se han alcanzado en relación con la aplicación de esta Ley por vía de interpretación constitucional. Efectivamente el Tribunal Constitucional declaró nula la exigencia de la mayoría de edad contenida en su artículo 1, para poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, admitiendo que los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” puedan instar esta modificación⁷⁴. Se debe también

⁷⁰ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

⁷¹ No exige para proceder al cambio de sexo registral el sometimiento a cirugía de reasignación sexual (art. 4.2 Ley 3/2007)

⁷² Que se concreta en la exigencia de un diagnóstico de disforia de género, así como de tratamiento médico durante al menos dos años, para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, aun cuando esta exigencia, como acabamos de ver, no tenga que incluir cirugía de reasignación sexual (art. 4 Ley 3/2007). En el 2015, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *op.cit.*, insta a los Estados a abolir los tratamientos médicos obligatorios y el diagnóstico de salud mental como exigencias legales previas al cambio de nombre y género inscritos en el estado civil. La nueva Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS, *CIE-11*, que acaba de entrar en vigor, vista *supra*, deja de considerar la transexualidad como trastorno de la personalidad de la conducta y del comportamiento adulto, para pasar a clasificarla como condición.

⁷³ La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, apunta a que “*la concepción del sexo como estado civil se ha debilitado, perdiendo toda su relevancia la idea de orden público como limitadora de dichas modificaciones [las de cambio de sexo y nombre], toda vez que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye el núcleo fundamental del mismo Orden Público*”. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, párrafo noveno.

⁷⁴ Sentencia TC 99/2019, de 18 de julio de 2019, fundamenta su decisión básicamente en la necesidad de protección del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 de la CE, especialmente en relación con “*una manifestación de primer orden de la persona*” que en consecuencia “*incide de un modo principal en su dignidad como tal individuo*” (fundamento jurídico 4), así como en el derecho a la intimidad. Reitera el TC que los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales, y que “*el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales (...) no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas, (...) y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocerse la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental*” (fundamento jurídico 5). (...)

indicar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya en su instrucción de 2018⁷⁵, previa a la sentencia del TC, y asumiendo los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la referida sentencia, estableció la posibilidad para los menores de edad de cambiar su nombre por uno acorde al sexo al que se sienten pertenecientes, y todo ello como elemento amortiguador de la imposibilidad de cambio de sexo registral que implicaba la, todavía entonces no declarada inconstitucional, exigencia de mayoría de edad para instarla⁷⁶.

Tal es el desfase actual entre el panorama legislativo nacional y tanto las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales como la realidad social llamada a responder, que en los últimos tiempos hemos asistido a varias proposiciones de ley sobre transexualidad o sobre diversidad sexual y de género en general, que finalmente no han salido adelante. La propuesta legislativa con más posibilidades de fructificar es la presentada por el Gobierno, que aún se encuentra en fase de anteproyecto⁷⁷, y que pretende recoger las necesidades de modificación legislativa en un texto que, lejos de ser pacífico, ha levantado importantes, y a veces viscerales, debates. Debates, que no solo se han producido entre sectores conservadores y progresistas, sino que, sobre todo, han tenido como elementos de confrontación a una parte del feminismo en conflicto directo con una parte del colectivo LGBTIQ+⁷⁸.

Como se trata de una norma aún en tramitación, tan solo mencionaremos brevemente algunas cuestiones: por una parte, la norma propuesta pretende, en relación al colectivo trans, incorporar en la ley las cuestiones relacionadas con el

Ver también, en aplicación de esta jurisprudencia que vino dada precisamente por una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS, la sentencia del TS 685/2019, de 17 de diciembre de 2019.

⁷⁵ Instrucción de 23 de octubre, *op.cit.*

⁷⁶ Ver P. BENAVENTE MOREDA, "Menores transexuales e intersexuales: la definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor", *RJUAM*, nº 38, 2018, pp. 273 y ss, doi: <http://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.010>. J. MALDONADO, "El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario", *RJUAM*, nº 36, 2017-II, pp. 135 y ss. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, "El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación", *La Ley Digital*, 2017, pp. 1 y ss.

⁷⁷ Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, accesible en <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf> (consultado el 10 de enero de 2022).

⁷⁸ Debate a todos los niveles, a veces de un modo nada constructivo, en los que una parte del feminismo teme la solubilidad de la idea de sexo que parece perseguir el colectivo trans, y las consecuencias de invisibilidad que esto tendría para las mujeres. Por su parte, desde las reivindicaciones trans, una parte del colectivo comulga con los posicionamientos *queer* que, efectivamente, abogan por una concepción del sexo líquida, pero no se trata tampoco de una posición necesariamente mayoritaria.

cambio de nombre registral que acabamos de comentar, esto es, la posibilidad de cambio de sexo por la sola voluntad de la persona, sin necesidad por tanto ni de diagnóstico ni de tratamiento médico, y el ejercicio de este derecho por menores de edad y personas con discapacidad, con una regulación más clara y más protectora de los derechos de las personas concernidas. Así, establece unos márgenes de edad más claros (la construcción jurisprudencial de la “*suficiente madurez*”, que a nuestro modo de ver puede adaptarse mejor a la realidad individual de las personas concernidas, supone un importante grado de inseguridad jurídica que este anteproyecto parece pretender limitar), y permite la adaptación progresiva a la identidad sexual deseada a través de la posibilidad de cambio de nombre para mayores de 12 años⁷⁹.

La segunda cuestión sobre la que merece la pena incidir respecto de este anteproyecto de ley tiene que ver con la situación de las personas intersexuales, y que se ha comentado muy someramente *supra*. Se trata de un colectivo para el que hay determinados asuntos que requieren de urgente solución, y que fundamentalmente tienen que ver con las intervenciones quirúrgicas de *adaptación* de los cuerpos intersexuales a los modelos binarios hombre/mujer, y con las dificultades de inscripción registral que de nuevo se presentan. Y así, se insiste en la necesidad de tratamiento de esta realidad desde un enfoque despatologizador, que tiene como mayor exponente la prohibición de prácticas de modificación genital en recién nacidos, salvo que se trate de situaciones que lo requieran por motivos de salud. Tiende esta propuesta legislativa a recoger las exigencias de este colectivo, y protege contra intervenciones irreversibles que han marcado profundamente a muchos de quienes las han sufrido⁸⁰.

Sin embargo, respecto de la inscripción registral del sexo, parece optar por una solución que no termina de permitir el encaje de la intersexualidad en nuestro sistema registral. Efectivamente, se plantea una especie de moratoria registral, de manera que las personas intersexuales puedan mantener en blanco la mención del

⁷⁹ Así, los mayores de 16 años podrían solicitar por sí mismas la rectificación registral de la mención del sexo, las personas entre 14 y 16 necesitarían asistencia de sus representantes legales, pero cabría la posibilidad, en caso de desacuerdo entre unos y otros, de nombrar un defensor judicial, (artículo 37 del anteproyecto de ley) y los mayores de 12 años podrían (como de hecho ya ocurre, como hemos visto *supra*) obtener el cambio de nombre, para hacerlo coincidir con el sexo sentido, aun cuando tuvieran que esperar a los 14 años para proceder al cambio de sexo registral. Este cambio de nombre implicaría el derecho a la adecuación de los documentos de la persona menor de edad al nombre elegido, así como un trato conforme con la identidad sexual que se desprende del nombre (artículo 45 del anteproyecto), por lo que nos encontraríamos ante una primera fase en el proceso de adecuación a la realidad personal que se inicia a una edad temprana y que permite afrontar el desarrollo de la persona con mayor flexibilidad por parte del derecho.

⁸⁰ Para un estudio de la regulación de la intersexualidad en España, ver E. LAUROBA LACASA “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 32, 2018, pp. 11 y ss, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.01>

sexo. Si ésta fuera la opción definitiva, estaríamos sin duda ante un importante avance para este grupo social. Sin embargo, se trata de una cuestión temporal, que solo puede mantenerse durante un año, de manera que transcurrido este tiempo se debe llevar a cabo la inscripción del sexo de la persona menor de edad. No parece tiempo suficiente en muchos casos para poder decidir por uno de los dos sexos, si es que finalmente esta decisión es exigible.

Se enmarca esta cuestión en una controversia más profunda, que hemos apuntado *supra* y que tiene que ver con la necesidad en sí misma de incorporar en la inscripción registral la mención del sexo de las personas. Es cierto que hasta hace poco esta necesidad era incontestable, tanto por cuanto facilitaba la identificación de la persona, como porque muchos derechos y obligaciones derivaban directamente del sexo (particularmente el derecho al matrimonio y los derechos de filiación)⁸¹. En la actualidad, sin embargo, y habiendo superado gran parte de las limitaciones jurídicas impuestas en razón al sexo de las personas, no parece necesario obligar a la inscripción de este aspecto de la personalidad. Abogamos, por tanto, no por eliminar la mención registral del sexo, sino por hacerla voluntaria, de manera que, independientemente de que se trate de personas intersexuales o no, los progenitores puedan decidir no inscribir el sexo de su prole, motivados por opciones personales. Y ello no debería ser un problema para la protección de las mujeres en nuestro sistema contra la discriminación por razón de sexo o con las medidas específicas para mujeres, por ejemplo pero no solo, en el ámbito sanitario, porque lo que se está planteando aquí no es la negación de la existencia aún hoy de importantísimas diferencias sociales (en incluso jurídicas) entre hombres y mujeres, sino tan solo la cuestión registral, que en la mayoría de los casos no tiene un impacto real sobre la percepción social de las personas⁸². No se trata de “borrar” jurídicamente la existencia de hombres y mujeres, que sobre todo iría claramente en detrimento de las reivindicaciones feministas, sino de desligar la identidad sexual de la necesidad de registro. Pudiera parecer que esto daría lugar a inseguridad jurídica, a abuso de derecho y a manipulación. Sin embargo, entendemos que el concepto de género es mucho más amplio que la mención registral, tiene muchos más condicionantes y elementos de carácter social y cultural, y consecuencias que en la mayoría de los casos surgen de la percepción de género, y no están directamente vinculadas con la constatación de la mención registral⁸³. Y supondría un importante elemento de

⁸¹ Y la multitud de ejemplos de trato diferencial, y en muchos casos discriminatorio, entre hombres y mujeres.

⁸² En la mayoría de los casos identificamos el género de la persona por elementos externos, como por ejemplo el nombre.

⁸³ Somos conscientes de que desligar la consideración jurídica del género de la inscripción registral, puede suponer algunos problemas de aplicación del derecho, sobre todo cuando éste ha sido formulado teniendo en cuenta la posibilidad de constatación a través del registro (al menos desde

respeto de la condición intersexual, sin forzar una decisión sobre la identidad sexual prematura o incluso imposible.

El tercer elemento que resulta interesante destacar del anteproyecto de ley que estamos comentando es la prohibición expresa de terapias de conversión, una reclamación del colectivo LGBTIQ+⁸⁴ que parece encontrar su respuesta al prohibirse la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género, incluso si la persona receptora de los mismos o sus representantes legales, consienten⁸⁵. Se complementa esta prohibición con la consideración de su práctica como infracción administrativa muy grave⁸⁶.

Por último, conviene señalar que la mayor parte de la propuesta legislativa que estamos comentando tiene el carácter de legislación programática, más dirigida por tanto a incidir en la actuación de los poderes públicos a través de la aprobación de líneas de actuación, que a suponer auténticas obligaciones de hacer o no hacer con consecuencias jurídicas claras⁸⁷. Así, son constantes las referencias a términos como “informarán”, “promoverán”, “velarán”, “garantizarán”, “adoptarán”. Mandatos legislativos, en suma, que deberán ser concretados con posterioridad. Este tipo de normativa también se va a utilizar masivamente por parte de las CCAA en esta materia, creando una multitud de normas que se superponen unas a otras, y que, sin partidas presupuestarias suficientes, quedan relegadas a un papel muy secundario. Veamos cuál es la situación en el complejo entramado legislativo autonómico.

el punto de vista teórico). Sin embargo, muchos de los motivos de prohibición de discriminación no tienen una base registral sobre la que asentarse, como por ejemplo la raza, y la mera percepción de pertenencia a una etnia determinada activa la protección antidiscriminatoria. En cualquier caso, lo que aquí se propone es una opción de los progenitores de inscribir o no el género de su descendencia. Entendemos que, al menos en principio, la opción mayoritaria seguiría siendo la de la inscripción.

⁸⁴ Así se indica como una de las cuestiones a resolver en nuestra legislación en el informe anual *Rainbow Europe*, *op.cit.*

⁸⁵ Artículo 16 del Anteproyecto de ley... *op.cit.*

⁸⁶ Artículo 76.4.d) del Anteproyecto de ley... *op.cit.*

⁸⁷ No hemos podido, por cuestiones de espacio y a la espera de que esta propuesta sea finalmente aprobada, ahondar en el análisis de cuestiones que tienen particular interés, además de las apuntadas, como pueda ser la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación en los procedimientos administrativos, la presunción de la existencia de daño moral cuando quede acreditada la discriminación, o la inclusión de la negativa a respetar la diversidad sexual y de género de las personas menores de edad como criterio a tenerse en cuenta en la valoración de la existencia de una situación de riesgo.

3.2. El derecho autonómico

De las diecisiete CCAA, trece tienen legislación⁸⁸ en materia de protección del colectivo LGBTIQ+⁸⁹. Los primeros intentos de protección vinieron de la aprobación de leyes autonómicas de parejas de hecho en las que se reconocían los vínculos sentimentales entre personas del mismo sexo. Así, Navarra⁹⁰ inicia este camino con la cobertura legal de la pareja de hecho homosexual, en el año 2000⁹¹, y le seguirán Comunidad Valenciana⁹², Baleares⁹³ y Madrid⁹⁴, que aprobarán su regulación a la vez, Andalucía⁹⁵, Canarias⁹⁶, Extremadura⁹⁷, País Vasco⁹⁸, y bastante más tarde, Murcia⁹⁹. En total, nueve CCAA regulan la pareja de hecho, incluyendo a las parejas del mismo sexo, lo que supuso, en el caso de ocho de

⁸⁸ Sobre el tratamiento jurídico de estas cuestiones por parte de las CCAA, ver E. CASTELLANO BURGUILLO, “La igualdad de trato por razones de orientación e identidad sexual”, *Temas Laborales*, nº 141, 2018, pp. 127 y ss.

⁸⁹ Castilla-La Mancha, Castilla y León, Asturias y La Rioja no tienen legislación en esta materia, aunque todas están tramitándola y es probable que la aprueben a lo largo de 2022.

⁹⁰ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su artículo 2. Esta norma ha sido derogada en buena parte por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que incorpora la expresa mención al reconocimiento jurídico de las parejas de hecho (incluyendo aquí a las del mismo sexo), en su Ley 106.

⁹¹ A pesar de que había habido intentos anteriores, de carácter infra legal, a nivel autonómico, de cierto grado de reconocimiento de las parejas de hecho del mismo sexo, como ocurrirá con la creación del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid, por Decreto 36/1995, de 20 de abril, que, sin embargo, no otorgaba derechos y obligaciones derivados de esta inscripción. Andalucía hizo otro tanto, por Decreto 3/1996 de 9 de enero, y le siguió Extremadura por Decreto 35/1997, de 18 de marzo.

⁹² Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Esta norma ha sido derogada por Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Sin embargo, ésta última ha sido muy desvirtuada al haberse declarado inconstitucional en varios de sus artículos, como señalábamos *supra*.

⁹³ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

⁹⁴ Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

⁹⁵ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que reconoce ya en su artículo 9 el derecho de acogimiento familiar de menores, simple o permanente, para estas parejas, prohibiendo la utilización de la opción o la identidad sexual como factor discriminatorio a los efectos de valoración de la idoneidad de la pareja.

⁹⁶ Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁹⁷ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que permite también el acogimiento familiar de menores simple o permanente, en su artículo 8.

⁹⁸ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que introduce una importante novedad al permitir, no solo el acogimiento familiar de menores (artículo 7), sino también el acceso a la adopción (artículo 8) por parte de parejas del mismo sexo, en igualdad de derechos y deberes que las parejas de distinto sexo y las matrimoniales (aún en un momento en que el acceso al matrimonio se limitaba a parejas de distinto sexo).

⁹⁹ Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

ellas¹⁰⁰, medidas de reconocimiento muy importantes, incorporando además en algunos casos, la posibilidad de ampliación de las familias a través del acogimiento familiar de menores o incluso a través de la adopción.

Sin embargo, esta primera fórmula de adaptación de la realidad legislativa autonómica a los impulsos transformadores en esta materia, provenientes sobre todo del ámbito europeo, va a verse complementada con normativas en materia de igualdad y no discriminación, que, dependiendo de la Comunidad Autónoma de que se trate, va a realizarse a través de una legislación única, o tratará aspectos relacionados con la identidad sexual, significativamente las reivindicaciones trans, de manera separada. Así, las CCAA que han optado por una ley única, por orden de aprobación de legislación vigente, son: Galicia¹⁰¹, Cataluña¹⁰², Extremadura¹⁰³, Murcia¹⁰⁴, Baleares¹⁰⁵, Navarra¹⁰⁶ y Cantabria¹⁰⁷. Por su parte, otra serie de CCAA han optado por regular de manera separada la protección contra la discriminación en base a la diversidad sexual y de género, y la especificidad relacionada con la identidad y expresión de género. En este grupo se encuentran Andalucía¹⁰⁸, Madrid¹⁰⁹, Valencia¹¹⁰ y Aragón¹¹¹. Por último, algunas CCAA han optado solo por

¹⁰⁰ Murcia aprueba su legislación en esta materia cuando ya el matrimonio entre personas del mismo sexo está reconocido en España, por lo que la incidencia en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo es menor.

¹⁰¹ Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trata y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.

¹⁰² Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. La ley catalana vendrá complementada más adelante con una genérica sobre no discriminación, la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación, que incorpora un nuevo régimen de infracciones administrativas que sin embargo deja a salvo el previamente detallado, en la ley 11/2014, respecto del colectivo LGBTIQ+.

¹⁰³ Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

¹⁰⁴ Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

¹⁰⁵ Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia.

¹⁰⁶ Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

¹⁰⁷ Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género.

¹⁰⁸ Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, y 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.

¹⁰⁹ Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral (...)

regular las necesidades vinculadas a la identidad y expresión de género. Es el caso del País Vasco¹¹² y Canarias¹¹³.

De la multitud de fuentes normativas autonómicas que acabamos de ver podemos extraer algunas consideraciones generales en las que la coincidencia es importante. Por un lado, muchas de estas leyes reiteran definiciones relacionadas con los tipos de discriminación y con los conceptos sobre los que la norma se cimienta: orientación sexual, identidad sexual, identidad de género, expresión de género, persona transexual, persona intersexual, etc.

En segundo lugar, se crean organismos de coordinación de políticas LGBTQ+, y también de seguimiento y estudio de resultados, así como de participación ciudadana de los colectivos relacionados con la diversidad sexual y de género. Resulta muy interesante cómo en algunos casos se crean institutos de documentación y memoria histórica¹¹⁴.

En materia de salud, se regula de manera más pormenorizada la situación de las personas transexuales e intersexuales, sosteniendo en todo momento la voluntariedad de las actuaciones sanitarias y rechazando la exigencia de las

contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid. Cada una de estas normas crea un régimen de infracciones administrativas, en muchos de sus extremos prácticamente idéntico, mientras que en otros resulta contradictorio (ver art. 70. 2. a) de la ley 3/2016 y art.51.3. B) de la ley 2/2016: ¿es el uso de expresiones vejatorias que inciten a la violencia contra las personas trans una infracción leve o una grave?). Esta profusión legislativa no hace más que contribuir a la confusión en un entramado normativo bastante complejo, como estamos viendo. Habría resultado más claro y por tanto habría contribuido a mayor seguridad jurídica, sustituir un régimen de infracciones por otro, de forma expresa.

¹¹⁰ Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana, y Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI. De nuevo en este caso, nos encontramos con dos regímenes de infracciones administrativas, aunque con mayor grado de coincidencia. Las sanciones han sufrido un considerable aumento de severidad en la norma de 2018.

¹¹¹ Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, y Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón. Al menos en este caso, el régimen de infracciones administrativas ha sido expresamente igualado a través de la disposición final cuarta de la ley 18/2018.

¹¹² Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

¹¹³ Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

¹¹⁴ Como por ejemplo en el caso de Madrid (art. 24 de la ley 3/2016, *op.cit.*) con la creación del Instituto de Documentación y Memoria Histórica, o de Extremadura (art. 29 de la ley 12/2015, *op.cit.*) que crea el Centro de Memoria Democrática y Documentación LGBTI de Extremadura. Sobre esto ver A.R. FERNÁNDEZ PARADAS, "Patrimonio y memoria LGTBI en las leyes autonómicas en España", *El profesional de la información*, v. 29, n. 1, 2019, doi: <https://doi.org/10.3145/epi.2020.ene.10>

mismas para el reconocimiento administrativo de la pertenencia al género decidido. Es llamativo cómo en los casos en los que hay leyes específicas respecto de la identidad de género y la expresión de género, el colectivo intersexual es prácticamente ignorado, centrándose la regulación casi exclusivamente en el colectivo transexual¹¹⁵, y debiendo ser la comunidad intersexual protegida más tarde a través de las leyes de igualdad LGBTIQ+, en las CCAA en las que se han aprobado éstas.

Respecto de la identidad de género, también conviene destacar que estas regulaciones facilitan la utilización de los nombres y las identidades de género elegidas, en los procedimientos y el trato con la administración, sin necesidad de tener que esperar al cambio de sexo y nombre registrales, incluso en ámbitos como los entornos educativos. De nuevo, observamos cómo la cuestión registral sigue perdiendo valor en las relaciones, incluso en las jurídicas, en favor de la realidad social y las opciones personales que son respetadas por las administraciones públicas. También constatamos esto en relación con los protocolos policiales y penitenciarios, en los que las leyes autonómicas sobre la materia pivotan de nuevo sobre un principio no formalista de respeto de la identidad de género elegida.

Se establece en muchas de estas legislaciones un régimen de infracciones administrativas por contravención del contenido de estas normas, que en algunos casos puede ser especialmente punitivo desde el punto de vista económico, pudiendo llegar a multas de hasta 90.000 euros¹¹⁶. Y de manera muy interesante, se abre la noción de personas interesadas en los procedimientos administrativos a los colectivos sociales, facilitando así la defensa de los intereses de las personas LGBTIQ+ a través de la acción colectiva que puede suponer la personación de las organizaciones del sector.

En otras cuestiones, como criterio general, se trata en buena medida, de normas de carácter programático, muy dirigidas a orientar las políticas públicas, pero sin concretar medidas específicas. Esto ocurre, por ejemplo, en relación con ámbitos como la educación, el entorno laboral y la cultura o el ocio, e incluso el

¹¹⁵ Ocurre esto en el caso de Andalucía o en el de la Comunidad Valenciana, cuyas leyes sobre identidad sexual no prevén tratamientos médicos específicos para las personas intersexuales. Han sido las correspondientes leyes de igualdad LGBTI las que han debido cubrir esta carencia. En el caso del País Vasco, por ejemplo, al no existir una legislación general, el colectivo intersexual no ha sido objeto de una regulación específica a través de la Ley de 14/2012, *op.cit.*, de no discriminación por identidad de género. Una de las explicaciones puede tener que ver con que se trata de normas que han sido el resultado del impulso de los colectivos trans, que no han contemplado las necesidades de las personas intersexuales. Canarias, que también tiene solo una ley específica de protección de la identidad sexual, sin embargo, sí ha incorporado la realidad intersexual en su articulado.

¹¹⁶ Es el caso de Baleares respecto de las infracciones administrativas muy graves, ley 8/2016 *op.cit.*, art. 37.3.

mundo rural¹¹⁷. Además, se hace mención en general a determinados grupos de personas que pueden necesitar de una protección singular, jóvenes, personas mayores o con discapacidad, que configuran algunas de las realidades específicas sobre las que se incide, pero de nuevo, con contenidos más programáticos que otra cosa.

Algunas de las materias que hemos considerado interesante resaltar en relación con las diferentes regulaciones autonómicas sobre esta materia, sin ánimo en absoluto exhaustivo, se resumen en el anexo que se acompaña.

4. CONCLUSIONES

En general, tras hacer un recorrido absolutamente resumido y por tanto incompleto, de la realidad jurídica que afecta a la diversidad sexual y de género, podemos afirmar que se trata de un entramado normativo ciertamente complejo. Esta característica es el resultado de varias cuestiones: por un lado, no se trata de un elemento que se predique solo de la cuestión LGBTIQ+, la diversidad de las fuentes normativas es necesariamente un factor que complica, hace más compleja, la respuesta del derecho a las cuestiones sobre las que despliega su acción. Así, la coexistencia del derecho supranacional de la UE, el derecho internacional clásico¹¹⁸, el derecho nacional y el autonómico, lleva inevitablemente a mayores cotas de complejidad. Precisamente por esto mismo es por lo que se hace más necesario que nunca la depuración de la técnica legislativa, de manera que las cuestiones relacionadas con los posibles conflictos normativos sean prevenidas. Y ello, aun cuando se trata en la mayoría de los casos de la protección de derechos fundamentales o derechos humanos, sectores éstos en los que la coexistencia de diferentes normas resulta más pacífica.

Por otro lado, el segundo elemento que contribuye a la dificultad normativa a la que asistimos tiene que ver con la propia complejidad de la realidad llamada a regular. Efectivamente las cuestiones relacionadas con la diversidad sexual y de género constituyen en sí mismas elementos de difícil definición, y cuando se intenta predeterminar en exceso los motivos de protección, se incurre en una limitación inevitable. A mayor catalogación, mayor posibilidad de dejar fuera del catálogo situaciones que merecen protección. El equilibrio entre un exceso de

¹¹⁷ Evidentemente las limitaciones competenciales en materias como la educación o el derecho del trabajo juegan aquí un papel muy importante. Convendría sin embargo reflexionar sobre la idoneidad de la reiteración de normas programáticas para el correcto manejo del mundo del derecho y la salvaguardia de la claridad, la cohesión y la seguridad jurídica.

¹¹⁸ Sobre la posición en el sistema de fuentes de los Tratados de Derecho internacional clásico, ver A. RIVAS VAÑÓ, "A propósito de los derechos sociales: reflexiones en torno al control de convencionalidad", en M. HOLGADO GONZÁLEZ y M.R. PÉREZ ALBERDI, *Descentralización, Poder y Derechos Sociales: in memoriam de Manuel J. Terol Becerra*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 269 y ss.

indeterminación que impida el reconocimiento explícito de derechos en base a características personales o sociales determinadas, y la predeterminación extrema, y por tanto limitativa, de éstas, es difícil de conseguir. Sin embargo, consideramos que nos encontramos en estos momentos en la segunda de estas posibilidades, con los riesgos que esto supone y abogamos por un uso técnico más extendido de los términos “diversidad sexual y de género”.

Por último, asistimos a un despliegue normativo que se basa, en buena medida, sobre todo en el nivel nacional y autonómico, en regulaciones de carácter programático, en mandatos a los poderes públicos que necesitan para su correcta implementación, de recursos económicos suficientes. En tanto éstos no se pongan a disposición de los objetivos que se pretenden lograr, asistimos solo a la lamentable acumulación de leyes durmientes.

ANEXO: LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO

COMUNIDAD AUTÓNOMA	Legislación	Prohíbe terapias de conversión	Reconoce tratamiento sanitario menores trans	Protección específica intersexuales	Protección en adopción o acogimiento	Protección acoso escolar	Prohíbe derecho de admisión por diversidad sexual	Nullidad de contratos con condiciones discriminatorias	Protección de víctimas por LGBTfobia	Establece régimen de infracciones administrativas
Andalucía	Ley 2/2014*** Ley 8/2017**	no	sí	sí (ley 8/2017) no prohíbe cirugía a bebés	sí	sí: específico por identidad y género	sí	sí	sí: específico por identidad y género	sí
Aragón	Ley 4/2018*** Ley 18/2018**	no	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	sí	sí: específico por identidad y género	sí	no	sí: específico por identidad y género	sí: específico por identidad y género
Asturias	En trámite	no	no	no	no	no	no	no	no	no
Baleares	Ley 8/2016*	no	sí	sí, se evitará la cirugía a bebés	sí	sí	sí	sí	sí	sí
Canarias	Ley 2/2021***	sí (solo en relación con identidad de género)	sí	sí, queda prohibida la cirugía en bebés	sí	sí	sí (solo en relación con identidad de género)	no	sí (solo en relación con identidad de género)	sí (solo en relación con identidad de género)
Cantabria	Ley 8/2020*	no	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	no	sí	sí	no	sí	sí
Castilla y León	En trámite	no	no	no	no	no	no	no	no	no
Castilla-La Mancha	En trámite	no	no	no	no	no	no	no	no	no
Cataluña	Ley 11/2014*	no	sí, pero poco definido	sí, no prohíbe cirugía a bebés	sí	sí	sí	sí	sí	sí

COMUNIDAD AUTÓNOMA	Legislación	Prohibe terapias de conversión	Reconoce tratamiento sanitario menores trans	Protección específica intersexuales	Protección en adopción o acogimiento	Protección acoso escolar	Prohíbe derecho de admisión por diversidad sexual	Nullidad de contratos con condiciones discriminatorias	Protección de víctimas por LGBTfobia	Establece régimen de infracciones administrativas
Comunitat Valenciana	Ley 8/2017*** Ley 23/2018**	sí	sí	sí (en Ley 13/2018) se evitará la cirugía a bebés	sí	sí: específico por identidad y genérico	sí	sí	sí	sí: específico por identidad y genérico
Extremadura	Ley 12/2015*	no	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	sí	sí	sí	no	sí	sí
Galicia	Ley 2/2014*	no	no	no	sí	sí	no	no	no	no
Madrid	Ley 2/2016*** Ley 3/2016**	no	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	sí, solo por identidad sexual	sí	sí	no	sí: específico por identidad y genérico	sí: específico por identidad y genérico
Navarra	Ley Foral 8/2017*	sí, terapias en ningún caso aversivas	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	sí	sí	sí	sí	sí	sí
Murcia	Ley 8/2016*	no	sí	sí, vela por erradicar cirugía a bebés	sí	sí	sí	no	sí	sí
País Vasco	Ley 14/2012***	no	sí, pero poco definido	no	sí (en ley parejas de hecho)	sí, solo por identidad de género	no	no	no	no
La Rioja	En trámite	no	no	no	no	no	no	no	no	no

* Norma única para todos los supuestos de diversidad sexual y de género.

** Norma antidiscriminatoria para orientación e identidad sexual.

*** Norma relativa a identidad sexual y de género y expresión de género.

LA PRESENCIA DEL COLECTIVO LGTBI+ EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA¹

JOSE M. MORALES ORTEGA
Universidad de Málaga

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

Pese a lo que pueda parecer, la discriminación laboral de las personas LGTBI+ sigue siendo una realidad; y de ahí la necesidad de afrontar el reto de que desaparezca de las empresas. O sea, que ser un/a trabajador/a LGTBI+ no suponga un perjuicio en su acceso y permanencia en el mercado de trabajo. Son muchos los sujetos implicados en esta lucha. Desde las propias asociaciones LGTBI+ e interlocutores sociales a los poderes públicos² -incluidos los organismos de igualdad³- pasando por las propias empresas. Cada uno de ellos, obviamente, en sus respectivos ámbitos competenciales.

¹ Trabajo realizado en el marco del 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).

² En la actualidad, existe un Proyecto de Ley para la igualdad de trato y la no discriminación (BOCG de 29 de enero de 2021), cuyo art. 2.1 incluye, entre las causas de discriminación, la "*orientación o identidad sexual*" y la "*expresión de género*". De convertirse en Ley, sus disposiciones se aplicarán tanto al empleo privado, por cuenta ajena y por cuenta propia, como al público en el acceso y en las condiciones de trabajo.

³ Su intervención no debe circunscribirse exclusivamente a las mujeres, sino que debe extenderse a los restantes colectivos discriminados; en especial al LGTBI+ debido a su invisibilidad. Sin embargo, como sucede en otros muchos temas en relación con este colectivo, los organismos de igualdad ni han extendido su radio de acción, ni, por supuesto, han creado unidades LGTBI+. Incluso, ello, de algún modo, queda avalado por la Unión Europea, ya que la Directiva 2000/78 no obliga a la creación de estos organismos para el colectivo LGTBI+, lo que no quiere decir que los Estados no puedan instituirlos. De conformidad con el Informe 2021 de la Comisión Europea sobre (...)

De todos ellos, en estas páginas se va a analizar la intervención de los interlocutores sociales y, en particular, su papel como negociadores; esto es, cómo y en qué medida están alcanzando convenios colectivos, con los que hacer frente a esa discriminación y, al mismo tiempo, favorecer la diversidad en las empresas.

Esta últimas, en aras a la consecución de dichos objetivos, tienen un importante campo de acción a través de la responsabilidad social empresarial. De hecho, en los últimos tiempos, las empresas están apostando por la diversidad y la inclusión de todos los colectivos -eso sí, en cuanto que mecanismo de captación y retención del talento- como piezas claves en la gestión de sus recursos humanos.

Desde ya, se quiere aclarar que discriminación, inclusión y diversidad no son, por supuesto, conceptos intercambiables y, por no serlo, las medidas adoptadas tampoco lo son. Ahora bien, no se puede negar que van íntimamente interrelacionados, por lo que lo normal, al menos en teoría, es que las empresas inclusivas y diversas también sean antidiscriminatorias. Esta ecuación, a la inversa, no es tan diáfana.

Dicho ello, hay que tener en cuenta tres observaciones. En primer lugar, que hay espacios, en los que las empresas no pueden intervenir por estar reservados a otros sujetos como son los poderes públicos⁴ y los interlocutores sociales. En segundo lugar, que, pese a todo, el número de empresas, que han interiorizado la diversidad LGTBI+, sigue siendo escaso; y está muy condicionado por sus dimensiones e infraestructuras económica y humana. Y en tercer lugar, que ni todas ellas, ni todas con la misma intensidad, adoptan medidas dirigidas a sus trabajadores/as LGTBI+; primando las medidas no estrictamente laborales.

Con estos puntos de partida, es lógico que sean los interlocutores sociales, los que deben tomar las riendas en esta materia; y éste va a ser el objeto de estudio en este trabajo, que se va a estructurar en dos grandes apartados. Por un lado, la presencia del hecho diferencial LGTBI+ en la negociación colectiva -tanto como causa de discriminación como factor de diversidad; y sin perder la perspectiva de la diversidad de este colectivo- y, seguidamente, el tratamiento convencional de las condiciones de trabajo y entornos laborales para los/as trabajadores/as LGTBI+. Como es natural, todo ello con el imprescindible apoyo de la realidad de los convenios colectivos.

la aplicación de la Directiva 2000/78, España se encontraba, en esta fecha, en la terna de países, cuyo organismo de igualdad todavía no había incluido a este colectivo -COM (2021) 139 final, p. 14-. En 2020, se creó en España el Consejo de participación de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales con la Orden de 24 de junio (BOE de 27 de junio). Sin embargo, sus funciones -art. 2- son más de colaboración y coordinación que de lucha contra la discriminación.

⁴ "Las medidas que deben adoptar los Estados y las empresas son diferentes pero complementarias", Naciones Unidas, "Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales. Norma de conducta para las empresas", 2017, p. 18.

Este análisis convencional se circunscribe a todos los convenios publicados en el Boletín Oficial del Estado durante el año 2021; y la razón de esta elección obedece a dos tipos de criterios.

Por un lado, la imposibilidad de afrontar un estudio completo de toda la negociación colectiva española en un trabajo de esta naturaleza. Ahora bien, no debe perderse de vista que una de las notas más característica de nuestra negociación es la inercia convencional y, por ello, no resulta aventurado que, salvo concretas excepciones, las conclusiones alcanzadas sean perfectamente extrapolables a todos los ámbitos y, por supuesto, pueden dar las pautas generales de cómo están afrontando los interlocutores sociales la realidad laboral del colectivo LGTBI+.

Y, por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que los convenios publicados en el indicado Boletín son los sectoriales nacionales y los de las grandes empresas. Con respecto a los primeros, hay que destacar que se trata del nivel de la negociación, en el que el equilibrio de fuerzas es mayor y, por serlo, temas, como el que se está viendo en estas páginas, pueden tener una mayor presencia; al tiempo que pueden sentar las bases para su tratamiento en los ámbitos inferiores. Mientras que en el caso de las empresas, hay que recordar que son éstas las que están implantando la diversidad en la gestión de sus recursos humanos. Por consiguiente, son las que pueden tener, al menos en teoría, un mayor interés en la incorporación a los textos convencionales de la diversidad, la inclusión y la no discriminación de las personas LGTBI+.

2. INTERVENCIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN FAVOR DEL COLECTIVO LGTBI+

El papel de los interlocutores sociales es clave y hay que abordarlo a un doble nivel; esto es, tanto la acción individual como la colectiva. La acción individual está referida a las medidas adoptadas por cada una de las distintas organizaciones sindicales y empresariales para con sus afiliados -principalmente, campañas de sensibilización- y en su estructura y estrategias.

Comenzando con las organizaciones empresariales, hay que reconocer que, cada vez más, están interesadas en trabajar la diversidad, incluida la LGTBI+⁵, en los entornos laborales. Sin embargo, no parece atenderse -al menos no se ha encontrado ninguna medida en este sentido- al empresariado LGTBI+. Un empresariado que también va a padecer la discriminación, la que va a aumentar

⁵ El liderazgo, desde 2018, está siendo asumido por la Asociación REDI, que se autodefine como "*la primera asociación sin ánimo de lucro en España de empresas y profesionales con el compromiso común de fomentar un ambiente inclusivo y respetuoso en las organizaciones, en donde se valore el talento sin importar su identidad, expresión de género y orientación sexual*" -Memoria de 2019-.

las trabas normales de todo/a emprendedor/a. Excluida esta ausencia, lo normal es que estas organizaciones acudan a la elaboración de documentos, que sirvan de guías para las empresas en todo el tema de la gestión de la diversidad en general, y de la LGTBI+ en particular. De tal modo que se convierten en orientaciones del comportamiento empresarial; eso sí, cada empresa adoptará y adaptará dichas directrices conforme a sus propios intereses y características.

Por su parte, las organizaciones sindicales, al menos las más representativas, están canalizando su compromiso y responsabilidad a través de dos medidas. Por un lado, mediante la creación, en sus estructuras, de unidades encargadas de la representación de los/as trabajadores/as LGTBI+ en el entorno laboral partiendo de sus necesidades y demandas. De ahí que sea habitual la elaboración, en esta dirección, de informes, estudios y, por supuesto, recomendaciones.

Y por otro, estas organizaciones son totalmente conscientes de la necesidad de que sus representantes en las empresas cuenten con la formación necesaria⁶, que les permita gestionar la diversidad LGTBI+, ya que, a diferencia de los sindicatos, están más alejados de esta realidad⁷. Una formación que, partiendo de la sensibilización y conocimiento del hecho diferencial, facilite su protección y defensa ante situaciones de discriminación y de reconocimiento de derechos y condiciones laborales; y que debe llegar a todos los representantes sindicales con independencia del tamaño de las empresas. Ahora bien, son muchas las que, por su dimensión, carecen de representación de los trabajadores y, en estos supuestos, el colectivo de trabajadores/as LGTBI+ va a quedar desprotegido por la acción sindical⁸. Si a ello se une el fenómeno de la invisibilidad y de la falta de denuncias, se está ante un campo de cultivo propicio a la discriminación y a la desprotección del colectivo LGTBI+.

No obstante lo anterior, no se puede caer en el error de limitar la representación de los trabajadores, en exclusiva, a la sindical o a la unitaria con presencia sindical, ya que todavía son muchas las empresas, cuyos representantes no pertenecen a ninguna organización sindical. En tales casos, se hace imprescindible que esa formación esté presente en todos los representantes, para así asegurar y garantizar una adecuada defensa y tutela de los derechos de los/as trabajadores/as LGTBI+.

A estas medidas individuales, y como puente de unión con las acciones colectivas, tanto de sindicatos como de organizaciones empresariales, debería

⁶ UGT, "Hacia entornos laborales inclusivos. La diversidad sexual, familiar y de género en el trabajo", 2020, p. 18.

⁷ "Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género", 2017, p. 60.

⁸ De forma parecida, "Las personas LGBT en el ámbito del empleo...", *op.cit.*, p. 51.

añadirse una tercera, que, sin embargo, hoy por hoy, no deja ser una mera propuesta. Se trata de la necesidad de que en las mesas negociadoras de los convenios colectivos estén presentes miembros del colectivo LGTBI+⁹. No cabe dudar de que los negociadores pueden ser conscientes de su realidad laboral; ahora bien, sin la oportuna sensibilización y formación se pueden dar sesgos inconscientes de discriminación. De hecho, esta necesidad no es una elucubración teórica, ya que de la lectura de los convenios se deriva, entre otras muchas cosas, su no permeabilidad a la diversidad LGTBI+.

3. LA PRESENCIA DE LOS/AS TRABAJADORES/AS LGTBI+ EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. Incorporación convencional del hecho diferencial LGTBI+ en las causas de discriminación

De la sistematización de las cláusulas convencionales, se puede extraer, como primera conclusión, que cada vez son más los convenios, que están interiorizando el hecho diferencial LGTBI+ en su articulado; eso sí, lo normal es que sea a través de la cláusula genérica antidiscriminatoria¹⁰. En este grupo, cabe incluir los convenios, que se remiten a otros listados y, en concreto, al art. 17 del Estatuto de los Trabajadores¹¹ (en adelante, ET), que sí incluye la “*orientación o condición sexual*”; no así la identidad o expresión de género.

Por tanto, de manera directa o indirecta, se está produciendo, eso sí, muy lentamente, la incorporación del fenómeno LGTBI+ al listado de motivos de

⁹ Y, como primer paso, debe hacerse efectivas propuestas, como la contenida en el acuerdo entre CCOO y FELGTB, consistente en “*la incorporación de personas LGTB a la acción sindical y a las candidaturas de CCOO*”, CCOO, “*Diversidad afectiva y sexual: una cuestión sindical*”, 2017, p. 5.

¹⁰ Entre los preceptos convencionales, que incluyen la orientación sexual, los siguientes: arts. 44 del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, 59.1 del CC de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE, 43 del CC de Grupo Vodafone España, 7 del CC de Banca -éste, sin embargo, en su art. 58, que rubrica con el título de “*garantía de igualdad de oportunidades y no discriminación entre las personas*”, en su enumeración de motivos de discriminación no incluye ni la orientación sexual, ni la identidad y expresión de género-, 43 del CC Financiera El Corte Inglés, EFC, SA, 25 del CC de Frit Ravich, SL, 7 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, 33 del CC de Cimodin, SL, 50 del CC de Grandes Almacenes, 30 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados, 54 del CC de Capital Genetic EBT, SL, 76 del CC de la Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia y 74 del CC del Grupo Grupo Viesgo España; y las disposiciones adicionales V del CC de Solplast, SA y I del CC de Supermercados Sabeco, SAU.

¹¹ Art. 3 del CC de Cegelec. No obstante, lo habitual es que la remisión se haga conjuntamente a los arts. 14 de la Constitución y 17 del ET. Entre estos últimos, art. 8 del CC de Decathlon España, SA, art. 55 del CC de Empresas de Servicios Auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones y Disposición Previa del CC de Vestas Eólica, SAU.

discriminación. Ahora bien, no cabe ser particularmente optimista, puesto que la proporción de convenios que no aluden a este motivo todavía es importante¹².

En este mismo orden de ideas, hay que poner de manifiesto que hay otro grupo de convenios, cuyo número tampoco es desdeñable, que, podría decirse, se encuentra en una situación intermedia, puesto que ni alude al hecho diferencial LGTBI+, ni tampoco queda expresamente excluido de estas cláusulas genéricas. Se está aludiendo a todos aquellos que utilizan expresiones del tipo de “*sin discriminación de ningún tipo*”¹³, “*o de cualquier otra índole*”¹⁴ o “*por razones personales*”¹⁵. En principio, no hay óbice para entender subsumida la diversidad sexual y/o de género en estos motivos, pero, como siempre, lo acertado es huir de este tipo de declaraciones para conseguir, principalmente, la toma de conciencia de la discriminación del colectivo LGTBI+.

La segunda conclusión es que los negociadores no parecen tener muy claro, siempre y en todas las ocasiones, la diversidad LGTBI+. Esto es, suelen intercambiar los conceptos y las categorías; de modo que no responden a dicha diversidad cuando, como es sabido, cada uno de los colectivos integrantes del LGTBI+ requiere -o puede requerir- de un tratamiento diferenciado, porque también lo son sus necesidades.

Sin ningún género de dudas, son las personas trans, en sus dos expresiones, las que más necesitan de esa atención específica¹⁶. Fundamentalmente, por su propio desconocimiento, que se agrava en el caso de las personas transgénero. Un desconocimiento social, que sufren, igualmente, los interlocutores sociales y que, por ende, les impide -quizás no sea ni tan siquiera una falta de voluntad- afrontar en sus negociaciones la problemática laboral de estas personas. Sea por éste u otro motivo, lo cierto es que la casi totalidad de los convenios analizados ignoran a

¹² Así, no se menciona ninguna de las manifestaciones del colectivo LGTBI+ en los arts. 43 del CC de Industrias de pastas alimenticias, 33 del CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípodé, SA, 2 del CC de Philips Ibérica, SAU, 10 del CC de Euro Depot España, SAU, 46 del CC de Eltec It Services, SLU, 10 del CC de Ilunion Outsourcing, SA, 49 del CC de Bofrost, SAU y 6.2 del CC de Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares; ni en la Disposición Adicional II del CC de Cetelem. Incluso, y ya no referido en exclusiva al colectivo LGTBI+, hay convenios que nada dicen en materia de discriminación e igualdad como son los del Banco de España, Baloncesto profesional ACB, Empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, Agfa NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid y Babé y Cía., SL.

¹³ Art. 10 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial.

¹⁴ Art. 7 del CC del Comercio de flores y plantas.

¹⁵ Art. 8 del CC de Ilunion Seguridad, SA -aunque también contiene una remisión al art. 14 de la Constitución y 17 del ET-.

¹⁶ Para UGT, “*hay que tratar de establecer protocolos de acompañamiento para las personas trans que quieran acometer un proceso de transición, protegiendo su dignidad e integridad y garantizando el respeto a sus derechos laborales*”, “*Las personas LGTBI en la negociación colectiva*”, 2021, p. 30.

estas personas trans; de modo que hay muy pocas referencias a ellas y, cuando existen, son de escaso calado, por lo que no dan respuesta a sus peculiaridades¹⁷. Dentro de las cuales y entre otras, hay que incluir los permisos retribuidos durante el período de transición para las transexuales, el uso de zonas comunes¹⁸ o la reserva de puestos de trabajo -tan necesitada debido a los altísimos índices de desempleo-.

Hecha esta aclaración, se puede agrupar el tratamiento convencional de la diversidad LGTBI+ en tres grupos. Convenios de mínimos, que son los que circunscriben dicha diversidad a la orientación sexual. En éste, hay que destacar que no siempre se utiliza esta expresión, sino que se intercambia con otras como "*identidad sexual*", "*diversidad sexual*"¹⁹, "*opción sexual*"²⁰ o "*condición sexual*"²¹; algunas de las cuales, como las dos últimas, son rechazadas por UGT²². Convenios intermedios, que añaden el género²³, pero, en algunos casos, se refieren a él como "*razón de género*", "*identidad de género*"²⁴ o "*expresión de género*"²⁵. Y, por último, convenios de máximos, que transmiten el conocimiento de los diferentes factores discriminatorios, de modo que utilizan expresiones más adecuadas y acertadas como "*orientación sexual, identidad y expresión de género*". Ni que decir tiene que esta última debía ser la que se extendiera a todos nuestros convenios colectivos.

En tercer lugar, que da la sensación, en muchos convenios, que la incorporación, como causa de discriminación, del motivo que se está estudiando, se ha hecho de manera asistemática y precipitada. Quiere ello decir que no existe una concordancia y una lógica interna en el tratamiento del fenómeno LGTBI+. Prueba de ello, y muy gráfica, es que se incorpore en unos preceptos, y ni siquiera se mencione en otros con idéntico contenido o, como mínimo, igual voluntad. Se quiere pensar que ello es resultado de la tan consabida inercia convencional que,

¹⁷ Como recoge UGT, y como excepción a esta desatención, está el CC de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de Cartilla-La Mancha, que confiere, entre otros, los siguientes derechos: permisos durante el proceso de transición, documentación y atención conforme al género sentido, formación y sensibilización y espacios públicos, "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, pp. 14 y 15.

¹⁸ Estas dos se contienen en el Informe de UGT, "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, pp. 31 y 33.

¹⁹ Art. 74 del CC de INET INST., SL.

²⁰ Art. 13 del CC de Comisión Española de Ayuda al Refugiado y disposiciones adicionales III del CC de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores y II del CC de Reforma Juvenil y protección de menores.

²¹ Art. 1 del CC de Granjas avícolas y otros animales.

²² "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, p. 29.

²³ Disposición Adicional III del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores y art. 6 del CC de Grupo Importaco Frutos Secos.

²⁴ Art. 32 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural.

²⁵ Anexo III.r) del CC Intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA y Roca Sanitario, SA -"*identidad y expresión de género*"-.

con toda seguridad, lleva a mantener -sin ser reformulados- ciertos artículos en los sucesivos convenios y, al mismo tiempo, se van incorporando otros nuevos. Esta falta, por así decirlo, de armonía convencional genera -o puede generar- problemas aplicativos e interpretativos, que serían remediados, simplemente, con un mayor detenimiento en la redacción final del convenio colectivo.

Como cuarta y última conclusión está que, con ser loable esta incorporación a las genéricas declaraciones antidiscriminatorias²⁶, no estaría de más que, como ocurre con otros colectivos discriminados, se reiterase y, en algunos casos se precisase, en aspectos concretos de la relación laboral²⁷. Curiosamente, hay convenios²⁸, que incorporan esas referencias en unos casos, y no en otros. Por tanto, unas decisiones difíciles de entender.

Lógicamente, se desconocen los motivos de esta última *praxis* convencional; aunque se pueden barajar, entre otros, el olvido de los negociadores, la idea de que no hace falta al estar la cláusula genérica -pero, de ser este el argumento, habría que cuestionarse por qué está presente en unas materias y no en otras- o, sencillamente, porque se entiende que son parcelas, en las que no hay discriminación. En cualquier caso y más allá de interpretaciones, lo ideal es que se incluyese siempre y en toda ocasión pues, de no hacerse, se plantea cierta discordancia, salvable en términos jurídicos, pero que no coadyuva a la no discriminación de los/as trabajadores/as LGTBI+.

En cuanto a la gestión de la discriminación, lo habitual es que no se confiara a un órgano específico -o no- esta tarea en relación con el colectivo LGTBI+²⁹. De este modo, se está perdiendo la oportunidad de instituir un órgano convencional,

²⁶ UGT afirma que *"hay que seguir introduciendo una cláusula genérica..., hasta generalizar su inclusión, que debe servir como declaración de intenciones"*, *"Las personas LGTBI..."*, *op.cit.*, p. 30.

²⁷ De este modo se contempla, entre otros, en los arts. 81 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural -*"garantizar asimismo la seguridad y la igualdad de oportunidades en materia de contratación, salario, promoción interna, etc. entre todas las personas, sin distinción de...orientación sexual e identidad de género"*- y 32 del CC de Coviran, SCA -*"los firmantes del presente Convenio garantizarán la igualdad de oportunidades por razón de género y de identidad sexual"* en el acceso y estabilidad en el empleo, igualdad salarial, formación y promoción profesional y ambiente laboral-.

²⁸ Es el supuesto del CC de Restauración Colectiva, cuyo art. 42 distingue por materias. De tal modo que en el acceso al empleo *"nadie podrá ser discriminada por su...orientación sexual"*, en la clasificación profesional se excluirán *"discriminaciones por...orientación sexual"*, la *"orientación sexual...no podrá suponer un hándicap en los sistemas de promoción profesional"*, y en la retribución *"se eliminará la discriminación, directa o indirecta, por razón de...orientación sexual"*. Por contra, no alude a la orientación sexual en la formación profesional, en el tiempo de trabajo y en las *"demás condiciones de trabajo"*. No se entiende esta ausencia, que, además, no queda cubierta por la cláusula genérica, ya que no contiene esta causa de discriminación.

²⁹ Al margen de los convenios analizados, UGT destaca que la Comisión Paritaria Sectorial por la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres del CC estatal del Corcho *"se hace extensiva a la igualdad LGTBI"*, *"Las personas LBTGL..."*, *op.cit.*, p. 13.

cuya labor sea controlar y actuar, en sentido amplio, en la lucha contra la discriminación LGTBI+. Siendo así, no es sorprendente que la mayoría de las comisiones de igualdad instituidas en los convenios suelen reducir su campo de acción a la discriminación por sexo y, a lo más, por género³⁰, lo que está excluyendo a los restantes colectivos discriminados.

La única forma de salvar esta desatención es entender que aquellos convenios, que instituyen un órgano encargado, sin precisión, ni matización alguna, de velar por la no discriminación actúen en relación con los/as trabajadores/as LGTBI+³¹. Este tipo de formulaciones genéricas, *per se*, no son criticables, pero sí lo son cuando no van acompañadas de medidas específicas de intervención, ya que pueden quedar en papel mojado; y ello se agrava cuando estas comisiones no tienen, además, un derecho pasivo de información, que les permita conocer la realidad empresarial. Solo se puede evitar esta conclusión en aquellos supuestos, en los que los miembros del banco social de la comisión sean a su vez representantes de los trabajadores y, por tanto, accedan, sino a toda, a parte de la información, gracias al art. 64 del ET.

3.2. La diversidad: nuevo concepto y nueva realidad en la negociación colectiva

La diversidad está calando con fuerza; eso sí, más en la gestión empresarial de los recursos humanos³² que en la negociación colectiva. De hecho, en esta

³⁰ Arts. 49 del CC de Schweppes, SA, 32 del CC de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, 46 del CC de Nunhems Spain, SAU, 43 del CC de Restauración Colectiva, 40 del CC de Radio Popular, 41 del CC de Lidl Supermercados, SAU, 118 del CC de la Industria Química, 84 del CC de Ilunion Seguridad, SA y 46 del CC del Comercio de flores y plantas; y la Disposición Adicional I del CC de Cetelem.

³¹ Ello, por ejemplo, sería posible con la Comisión Paritaria Sectorial de Igualdad del CC de Establecimientos Financieros de Crédito, cuyo art. 11, en ningún momento, indica que sus competencias queden reducidas a la igualdad entre hombres y mujeres. De forma parecida, los supuestos de la Disposición Adicional Única del CC de Autotransporte Turístico Español, SA que, en su apartado g), y como parte de las competencias de la comisión paritaria, incluye *“velar para que no se produzcan situaciones de discriminación e impulsar la realización de medidas directas e indirectas de acción positiva”* y, con idéntico tenor, del art. 4.1.h) del CC de Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares.

³² Incluso en los convenios colectivos se vincula la diversidad con la gestión de los recursos humanos; y prueba de ello es el art. 59 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana. En éste, se puede leer el compromiso de la empresa *“con la promoción del respeto por la diversidad... garantizando a estos colectivos [no está el LGTBI+] la igualdad de condiciones laborales, derechos y libertades...La gestión de la diversidad será parte integrante de la política de gestión de los recursos humanos de la empresa con el objetivo de crear una cultura empresarial en la cual cada persona trabajadora, sin distinción alguna, pueda desarrollar plenamente sus capacidades y cualidades. Por ello, en consideración con las necesidades socioculturales y familiares de estos grupos, y en aras a posibilitar su plena integración laboral y su adaptación al entorno social y mediador intercultural tratando de ayudar a estas personas para concluir con éxito su adaptación a la dinámica de la empresa y de la sociedad”*. Se quiere subrayar que, dentro de las expresiones de la diversidad, se limita a la intercultural.

última, son escasas las referencias a esta diversidad en general, y a la LGTBI+ en particular. Y ello, pese a que el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva³³, prorrogado por el IV Acuerdo³⁴ y actualmente en vigor, parte de "*la necesidad de promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo para responder, tanto a la diversidad del mercado de trabajo, como para maximizar el impacto y los beneficios que tienen en las empresas la presencia de plantillas heterogéneas*" incluyendo, a estos efectos, sólo la orientación sexual. Aun con esta limitación, se está ante un ámbito, en el que la diversidad puede y debe tener una particular incidencia³⁵.

El denominador común de los convenios que, de una u otra forma, aluden a la diversidad es que se trata de formulaciones, que se mueven en las declaraciones de intenciones -cuando no es sólo una simple mención³⁶ o una muestra del desconocimiento de qué significa la diversidad³⁷-, ya que en la mayoría de los casos no van acompañadas de medidas garantizadoras de dicha diversidad. Sin que esta ausencia, quede neutralizada por las medidas antidiscriminatorias³⁸, ya que, como se sabe, son de distinta naturaleza y tienen objetivos diferentes. Con esta apreciación, cabe afirmar que el tema de la diversidad, hoy por hoy, parece quedar reducido al ámbito de la responsabilidad social empresarial³⁹. De hecho, la

³³ BOE de 20 de junio de 2015.

³⁴ BOE de 18 de julio de 2018.

³⁵ Como afirma UGT, "*es necesario integrar en la negociación colectiva la perspectiva y la visión de la diversidad, con todos los efectos, y que las personas LGTBI no perciban el ámbito laboral como un espacio de exclusión*", "*Hacia entornos laborales inclusivos...*", *op.cit.*, p. 16

³⁶ El art. 55 del CC de Schwegges, SA, referido a la diversidad entre hombres y mujeres, sólo la menciona; sin añadir, ni regular nada en relación con ella.

³⁷ El Anexo III del CC de Heineken España, SA "regula" la diversidad y la inclusión y, sin embargo, su contenido está reducido, en esencia, a la desconexión digital, que poco o nada tiene que ver con dicha diversidad e inclusión.

³⁸ También existen referencias convencionales, que unen diversidad y no discriminación. Así, el apartado 9 del punto 7 del Anexo I del CC del personal de flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima incluye en su decálogo de prevención de la violencia en el trabajo la "*diversidad y no discriminación: se mantendrá una actitud de respeto hacia la diversidad y pluralidad que caracterizan a la sociedad actual, no teniendo cabida manifestaciones peyorativas hacia determinados colectivos o minorías por razón de su... orientación sexual*".

³⁹ Sin entrar en la discutible opción de que los convenios colectivos puedan ser un soporte de la responsabilidad social empresarial, hay que indicar que algunos incluyen en su articulado medidas de responsabilidad social o, al menos, así las denominan. Por lo que aquí interesa, se puede mencionar a dos. Por un lado, el CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, cuyo art. 50 establece, entre los objetivos en esta materia, "*establecer acciones dirigidas a la integración laboral de los colectivos más desfavorecidos*" y "*establecer medidas de acción que permitan a las empresas actuar con diligencia ante las conductas que violen los derechos de igualdad de oportunidades y de trato a los/as trabajadores/as*". Y por otro, el art. 42 del CC de Grupo Vodafone España, en el que se afirma que "*tiene por objeto...la igualdad de oportunidades y a fortalecer las capacidades de personas y organizaciones*"; y entre sus iniciativas, está el "*fomento de la diversidad e igualdad de oportunidades*".

mayoría de las medidas adoptadas en esta dirección se contienen en los Programas de Diversidad de las empresas.

No obstante lo anterior y como puente de unión con el tratamiento convencional de la diversidad, hay que llamar la atención sobre el CC de la Industria Química, cuyo art. 109⁴⁰, considera la gestión de la diversidad - incluyendo el género, la orientación y la identidad sexual- como una materia nacida del “diálogo social”, lo que es profundamente loable y digno de mención. Ahora bien, y no debe entenderse como una crítica, esa pretensión, sin duda, es resultado de conexionar esta diversidad con la lucha contra la discriminación, más que como un elemento independiente de la gestión empresarial.

Dicho ello y reduciendo el objeto a los convenios colectivos, hay que continuar indicando que tales declaraciones de intenciones, más allá de la buena voluntad que encierran, aportan muy poco a los objetivos de plantillas diversas e inclusivas; con el agravante de que de las cinco expresiones de la diversidad - género y sexo, intergeneracional, intercultural, personas con discapacidad y LGTBI+, la LGTBI+ es la que tiene menor tratamiento⁴¹. Hasta tal extremo es así, que muchos de los convenios que contienen referencias a la diversidad ni siquiera mencionan a este colectivo⁴² -no se quiere pasar la oportunidad de decir que algún convenio, al referirse a la diversidad de las personas LGTBI+, emplea unos términos no especialmente adecuados⁴³-. Algunos de ellos, sin embargo, en sus

⁴⁰ Exactamente, este precepto afirma que hay que “establecer directrices para la negociación de medidas de gestión de la igualdad y la diversidad en las empresas con el fin de prevenir la discriminación directa o indirecta por cuestiones de...género... orientación sexual o identidad sexual (LGTBI)... Todo ello con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y pueda ofrecer igualdad de oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al diálogo social” y “fomentar que las empresas implementen una cultura corporativa igualitaria en todos sus ámbitos”.

⁴¹ Entre los convenios, que incorporan la diversidad y, sin embargo, no aluden a la LGTBI+, se puede mencionar el art. 71 del CC de Iberdrola Grupo -reduce su Plan de igualdad, diversidad y conciliación a hombres y mujeres; aunque, en términos muy genéricos, afirma que este Plan promueve “el mantenimiento de una cultura corporativa favorable a la diversidad tanto en las personas trabajadoras como en el resto de nuestros grupos de interés. En línea con los valores de nuestra Compañía, en concreto con la fuerza integradora, consideramos esencial promover un entorno de trabajo de calidad, basado en el comportamiento ético, el respeto, la diversidad y la igualdad. Un compromiso integrado en nuestra cultura corporativa y en las políticas internas de la Compañía”-, el art. 68 del CC del Grupo Cofely, que sólo contempla la diversidad intercultural, intergeneracional y de sexo y género, el art. 59 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana o el art. 45 del CC de Philips Ibérica, SAU -de nuevo, se mueve en las declaraciones genéricas del tipo de “integración de la diversidad”, “sensibilización sobre los principios de igualdad de oportunidades y respeto a la diversidad dentro de los valores de la empresa” y “gestión de la diversidad en todas las políticas de dirección”-.

⁴² Por ejemplo, los convenios de Grupo Vodafone España, Iberdrola Grupo, Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, Philips Ibérica, SAU, Heineken España, SA o del Grupo Cofely.

⁴³ Es el caso del CC de NCR -art. 52- cuando afirma que “en nuestra empresa trabajan personas con habilidades personales, culturales, sociales, demográficas y sexuales muy distintas. Hay que orientar la política en la empresa para facilitar la convivencia entre personas con necesidades, actitudes, valores, (...)

documentos de responsabilidad social, sí lo hacen -y, en dichos supuestos, es curiosa la diferencia con lo plasmado en la negociación colectiva⁴⁴⁻; ahora bien, ello no relativiza la ausencia convencional por dos motivos. Por un lado, porque en esos documentos son pocas o ninguna las medidas atinentes a las condiciones de trabajo. Y por otro, porque se trata de soportes carentes de vinculabilidad jurídica.

Casi la única medida adoptada en esta dirección, se reduce a la formación en diversidad⁴⁵, que, con ser importante⁴⁶, no es, ni por asomo, la única proyección de esta diversidad. Pero tampoco cabe ser optimista con esta medida, ya que lo normal es que se establezca sus objetivos, sin entrar en el diseño de un programa formativo en diversidad o, si existe, que se contenga en documentos internos de las empresas, a los que es casi imposible acceder.

3.3. Condiciones laborales y trabajadores/as LGTBI+

Antes de entrar en los convenios colectivos propiamente dichos, se quiere traer a colación que los mismos no son el único soporte negociado, con el que se puede hacer frente a la discriminación sufrida por el colectivo LGTBI+. Junto a ellos, hay que mencionar los planes de igualdad, que tradicionalmente y en una lectura excesivamente purista de la norma, se han limitado a la discriminación entre mujeres y hombres⁴⁷, cuando no debería haber problema para extenderlos a

motivaciones y conocimientos muy diferentes. Y rechazar cualquier tipo de discriminación por razón de...orientación o identidad sexual". La expresión es habilidades sexuales. Por supuesto, no hay nada que comentar al respecto. Casi con el mismo tenor, el art. 44 del CC del Comercio de flores y plantas, pero con un cambio sustancial, ya que sustituye habilidades sexuales por características sexuales. Cambio, no del todo correcto, pero, sin duda, más acertado.

⁴⁴ Resulta enormemente curioso comparar las medidas implementadas por las empresas en el ámbito de la responsabilidad social empresarial y las contenidas en los convenios colectivos de esas mismas empresas. Es el caso, por ejemplo, de Grupo Vodafone España. Su apuesta por la diversidad y por la lucha contra la discriminación LGTBI+ es sustancialmente distinta en sus documentos de responsabilidad social, en los que las declaraciones y propuestas son mayores -que no más ambiciosas- que en el propio convenio. En éste, se limita a las propuestas clásicas y mínimas en relación con este colectivo.

⁴⁵ El art. 27 del CC de Grupo Vodafone España indica que la empresa "*apuesta por diversidad, por lo que proporciona formación en diversidad e inclusión, así como formación en habilidades a mandos (especialmente a mandos intermedios) para gestionar equipos diversos (nacionalidad, género, edad, etc)*". No debe pasar desapercibido que no menciona al colectivo LGTBI+.

⁴⁶ Formación reclamada por UGT cuando afirma que la "*formación en diversidad, así como la incorporación de módulos de diversidad sexual y respeto a las personas en todos los cursos impartidos en la empresa*" y "*garantizar formación en gestión de la diversidad para las personas que desarrollan su trabajo en departamentos de gestión de recursos humanos*", "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, p. 32.

⁴⁷ Arts. 36 del CC de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA, 40 del CC de Balkanca, 59.3 del CC de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE, 40 del CC de Granjas avícolas y otros animales, 23 del CC de Personal de estructura del Grupo Mercantil ISS, 33 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural, 50 del CC de la Personal de flota de Compañía (...)

otros colectivos igualmente discriminados como el que ocupa estas páginas⁴⁸. Sin embargo, no se sabe si por voluntad de las empresas, de los representantes de los trabajadores o de ambos, es bastante difícil encontrar un plan de igualdad, que atienda a los/as trabajadores/as LGTBI+. Una digna excepción, en este sentido, en la Disposición Adicional III del CC de la Industria de Fabricación de alimentos compuestos para animales, la cual indica que *“se incorporarán [a los planes de igualdad] medidas que favorezcan la integración laboral y adaptación a su situación personal de las personas...garantizando el trato igualitario a personas LGTBI”*.

Pues bien, dicha exclusión obliga a preguntarse si los planes de igualdad incluyen o no en su ámbito subjetivo a las personas trans en cuanto que abordan la discriminación por razón de sexo y, en menor medida, pero también, por razón de género⁴⁹. Está claro que los cimientos sobre los que se construyen no atienden a la realidad de las personas trans, lo que no significa -o no debiera significar- que queden excluidas. Ahora bien, el problema es bastante más profundo, ya que mientras que se mantenga el binarismo de los géneros y de los sexos, las personas transexuales, antes de la reasignación de sexo, y las personas transgénero en todo momento, no tendrían cabida. Ni que decir tiene que se está aludiendo al sexo y al género femenino. De este modo, ni en los necesarios diagnósticos, ni, desde luego, en las medidas se contempla su situación. En consecuencia, la desatención es absoluta. Sólo cabría la inclusión de las mujeres transexuales -una vez superada la transición-. Con anterioridad, al igual que las mujeres transgénero, sólo les queda la opción de ampararse en su derecho a la identidad de género para entenderse destinatarias de los correspondientes planes de igualdad. Sin embargo, esta

Trasmediterránea, SA, 56 del CC de la Fundación Bancaria Caixa d'estalvis i pensions de Barcelona "La Caixa", 44 y ss. del CC de Restauración Colectiva, 60 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, 40 del CC de Radio Popular, 39 del CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, 59 del CC de Empresas dedicadas a los servicios del campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, 47 del CC del Comercio de flores y plantas, 43 del CC de Grupo Importaco Frutos Secos, 93 del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, 59 del CC de Uniprex, SAU, 77 del CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia, 43 del CC de Exide Technologies, SLU, 37 del CC de Enseñanza y formación no reglada, 36 del CC de Aceites del Sur-Coosur, SA y 68 del CC del Grupo Cofely; y las Disposiciones Transitoria II del CC de Reforma Juvenil y protección de menores y Adicional I del CC de Grupo Envera.

⁴⁸ De la misma opinión, CCOO. Para esta organización sindical, los planes deben tener como objetivo la visibilidad sin discriminación, ni acoso; y sus ejes de actuación deben ser: acceso al empleo (entrevistas objetivas, participación de los representantes de los trabajadores y formación en diversidad para los implicados), promoción (criterios neutros), formación (en diversidad y permisiva de la promoción profesional), conciliación, salud laboral, prevención del acoso, privacidad en todos los espacios públicos de la empresa y medidas de discriminación positiva para las personas trans, *"Igualdad y política social"*, 2016, pp. 8 a 11.

⁴⁹ Art. 45 del CC de Viajes Ecuador, SA.

inclusión, en casi todas las ocasiones, está vacía de contenido al no atenderse a sus diferentes problemáticas.

En suma, la desatención de los planes de igualdad al colectivo LGTBI+ supone que se deja pasar una importante oportunidad para hacer frente a su discriminación y, sobre todo, para realizar ese imprescindible diagnóstico, que está en la base de toda batería de medidas antidiscriminatorias.

Ante esta inacción de los agentes sociales, lo deseable hubiese sido que en las recientes reformas de la normativa de planes de igualdad se hubiese ampliado su campo de actuación incluyendo o, cuando menos, sugiriendo la posibilidad de incluir a otros colectivos de modo que se respondiese a nuevas -o no tan nuevas- realidades; y que requieran de medidas de neutralización de su discriminación. Es cierto que a esta propuesta se le puede criticar que se estaría desnaturalizando la esencia de los planes de igualdad -máxime cuando todavía no se ha alcanzado la igualdad real entre mujeres y hombres-. Ahora bien, ello no debería ser un obstáculo para afrontar esos otros factores discriminatorios; algunos de los cuales, desde un punto de vista cualitativo, presentan iguales o mayores problemas laborales.

Entrando ya en los convenios colectivos, hay que poner de manifiesto una curiosa paradoja consistente en que las organizaciones sindicales más representativas reivindican un tratamiento convencional del colectivo LGTBI+ mediante documentos, en los que se especifican, incluso con cierto grado de detalle, los ámbitos de intervención⁵⁰. Sin embargo, estas propuestas y reivindicaciones no están presentes -o no lo están con la intensidad requerida- en los convenios colectivos.

⁵⁰ Para el conocimiento de tales propuestas, véase UGT, *"Guía sindical sobre diversidad sexual y afectiva en el entorno laboral"*, 2017, pp. 12 y ss y CCOO, *"Diversidad afectiva y sexual..."*, *op.cit.*, pp. 28 y ss. Y son las siguientes: a) Criterios objetivos y neutros tanto en los procesos de selección como en los de promoción profesional, b) Cuotas de reserva para subgrupos como el de las personas trans, c) Igualdad en las condiciones de trabajo así como reconocimiento de determinados derechos en materia de permisos y protección social complementaria, d) Formación en diversidad, e) Configuración de las agresiones LGTBI+fóbicas como riesgo psicosocial -es más, se propone que el período de tratamiento psicológico, al que se puede ver sometida la víctima del acoso sea considerado accidente de trabajo -CCOO, *"Igualdad..."*, *op.cit.*, p. 10-, y f) Uso de las zonas comunes no atentatorio de la dignidad de estos/as trabajadores/as. Y completado con protocolos específicos para trabajadores/as trans. A las anteriores, se añaden: a) Cláusulas genéricas antidiscriminatorias, que abarquen toda la diversidad sexual y de género, b) Eliminación de todo tipo de discriminación -debe tener en cuenta que los convenios son germen, en demasiadas ocasiones, de discriminaciones indirectas-, incluidas las de baja intensidad, c) Equiparación de derechos y, en particular, acoger, a estos efectos, la diversidad familiar y d) Favorecimiento de la visibilidad y, por supuesto, sin que pueda ser represaliada. En este grupo también debe incluirse las propuestas referentes al régimen disciplinario; en virtud de las cuales, debe configurarse como falta grave cualquier acto contrario a la libertad sexual y, a la par, no ser falta la indisciplina o desobediencia por no cumplir órdenes, que violen la libertad sexual -esto último en UGT, *"Guía sindical sobre diversidad sexual..."*, *op.cit.*, p. 19-.

Y el que no lo estén, está impidiendo, además, luchar contra la autosegregación -los/as trabajadores/as LGTBI+ no se autoexcluirán de determinados sectores productivos, ya que la regulación convencional ampararía y protegería sus condiciones de trabajo en cualquier entorno laboral- y la sectorización del mercado -de modo que no haya puestos de trabajo y sectores LGTBI+-. No cabe caer en la ingenuidad de pensar que serían efectos inmediatos, pero sí el inicio de un recorrido hacia la normalización de la diversidad sexual y de género.

Volviendo a la paradoja, no se comprende que siendo estas organizaciones sindicales, las que normalmente firman la mayoría de los convenios, no trasladen a los mismos tales propuestas como queda demostrado con la pobreza, en este tema, de la regulación convencional. Los motivos de esta discrepancia son desconocidos; no obstante, se puede imaginar algunos. Entre otros, el desinterés de ambas partes negociadoras por el hecho LGTBI+⁵¹, la existencia de empresas y organizaciones empresariales contrarias a esta regulación⁵² -no hay que olvidar que muchas empresas niegan este fenómeno discriminatorio, y otras lo entienden incluido en la genérica cláusula antidiscriminatoria-, la preocupación de los negociadores por otros colectivos o por otros temas -fundamentalmente, en momentos de crisis-; e incluso la falta de presencia de trabajadores/as LGTBI+ en las negociaciones o, en su defecto, de formación y sensibilidad en esta materia de los negociadores. Cada uno de estos motivos por independiente o todos ellos en su conjunto arrojan ese anticipado y reiterado balance negativo: la desatención de la negociación colectiva a los/as trabajadores/as LGTBI+. Ojalá, en un futuro cercano, pueda extraerse otra conclusión.

Hechas estas consideraciones, se va a comenzar con la regulación convencional de los/as trabajadores/as LGTBI+; y se va a hacer atendiendo a sus diferentes situaciones y condiciones laborales, que tienen como premisas de partida, por un lado, su dificultad de acceso al mercado de trabajo fruto de los prejuicios empresariales, que se extienden durante toda la vida de la relación laboral; y, por otro, sus peores condiciones en comparación con las personas no LGTBI+.

Se trata de medidas, todas ellas, en las que es fundamental la labor de control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tanto es así que en el Plan Estratégico 2021-2023⁵³ se incorpora, en el Objetivo 6.2, la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género; añadiendo

⁵¹ La propia UGT afirma que *"no forma parte de las principales reivindicaciones de la representación sindical ni empresarial en las mesas de convenio"*, *"Las personas LGTBI..."*, *op.cit.*, p. 4.

⁵² También influye, según CCOO, *"las argumentaciones empresariales de heteronormatividad"*, *"Diversidad afectiva..."*, *op.cit.*, p. 23.

⁵³ BOE de 3 de diciembre de 2021.

que "se avanzará en las actuaciones en relación con personas LGTBI, en colaboración con la dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI del Ministerio de Igualdad". Sin embargo y a diferencia de la discriminación por razón de sexo, en este Plan no se contiene, y sería clave para la actuación de la Inspección, una formación -y sensibilización- específica en este hecho diferencial, lo que puede mermar, en ciertas ocasiones, sus facultades de control, que se deben extender, se insiste, a todas las fases de la relación laboral.

a) Acceso al empleo. La mayoría de los convenios omiten cualquier referencia al colectivo LGTBI+; de ahí que no resulte extraña la ausencia total de medidas de acción positiva⁵⁴. Como mucho y con carácter genérico, los convenios se limitan a indicar que deben fijarse unos criterios objetivos, que eliminen cualquier expresión de discriminación y, por tanto, hay que aceptar, de discriminación LGTBI+.

Esto que, en teoría, es irreprochable; en la *praxis*, no lo es. Acudiendo a los datos suministrados por UGT⁵⁵, la realidad es que el 90% de las personas LGTBI+ consideran un inconveniente serlo a la hora de encontrar un empleo, el 86% considera necesario ocultar su orientación sexual y 3 de cada 4 tienen miedo a revelar su orientación sexual. Indudablemente, estos resultados son fruto de los prejuicios empresariales a la contratación de trabajadores/as LGTBI+. Es cierto que, salvo casos muy puntuales e ilegales, ninguna empresa va a realizar declaraciones o va a incorporar a la oferta de empleo criterios discriminatorios; ahora bien, estos datos demuestran lo contrario y, de ahí, el ocultamiento preventivo o la autosegregación sectorial.

Siendo así, debería apostarse en la negociación colectiva por cláusulas que, además de exigir criterios objetivos, claros y no discriminatorios⁵⁶, incluyesen a este colectivo y favoreciesen su visibilidad al estilo del significativo art. 12 del CC de la Industria Química, que afirma que "los criterios a utilizar en los procedimientos de selección deberán ser objetivos y neutros para evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de... género...[y/o] orientación sexual".

⁵⁴ Por ejemplo, el Capítulo XIV del CC de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado reconoce la necesidad de adoptar medidas de acción positiva en el acceso al empleo de los grupos vulnerables. Sin embargo, ni precisa cuáles son esas medidas, ni a qué colectivos van dirigidas.

⁵⁵ "Las personas LGTBI...", *op.cit.*, p. 3.

⁵⁶ Art. 26 del CC de Verallia Spain, SA (fábricas) -"al objeto de promover la no discriminación"- . En otras ocasiones, cabría incluir al colectivo LGTBI+ en declaraciones, como siempre, genéricas como las siguientes: "cualquier otra condición o circunstancias personal o social" -art. 18 y Disposición Final IV del CC de Plataforma comercial de Retail, SAU- o sin discriminación por "otra variable psicosocial" - arts. 9 del CC de Enersur Siglo 21, SL y 9 del CC de Aceites del Sur-Coosur, SA-.

Lo anterior se agrava en el caso de las personas trans. Siguiendo con los datos, también aportados por UGT⁵⁷, el 40% de estas personas han sido rechazadas en entrevistas de trabajo debido a los prejuicios empresariales. Un porcentaje, en absoluto, desdeñable; y que las obliga inexorablemente a ocultar su realidad. Por esta razón, más que suficiente, sería aconsejable que los convenios colectivos, siempre que fuese posible, incorporasen una especie de cuota de reserva para las personas trans o, simplemente, que se diese preferencia, en igualdad de condiciones, a ellas -como sucede con otros colectivos-. Sin embargo, se trata de una medida, que no está teniendo acomodo en la negociación colectiva. De los convenios analizados, ninguno la incluye; ni siquiera, algo similar. Esto no quiere decir que no los haya, pero, cuando los hay, es en el empleo público y en cumplimiento de una norma legal⁵⁸.

b) Ascensos y promoción profesional. En este ámbito hay que dar por reproducido lo dicho en la selección de personal. Esto es, lo habitual es que los convenios se limiten a indicar que no cabe -lo cual, por otro lado, es innecesario, por obvio- utilizar criterios discriminatorios⁵⁹; y dentro de estos convenios, hay que subrayar aquellos que se remiten a catálogos que, al menos, sí incluyen la orientación sexual. En concreto, suelen remitirse al art. 17 del ET⁶⁰. De nuevo, el CC de la Industria Química es un ejemplo a seguir. En esta ocasión, su art. 19.2 incorpora, con el mismo tenor que para la selección de personal, las causas y criterios en esta materia.

Frente a estos convenios, están aquellos otros, que enumeran las causas de discriminación, y no mencionan las relativas al colectivo LGTBI+⁶¹, lo que es enormemente preocupante.

Un elemento en común para estos dos apartados es la utilización, cada vez más frecuente, de algoritmos para la selección y promoción profesional. Con ellos, se pueden instituir sesgos discriminatorios, que atiendan a las características de los/as trabajadores/as LGTBI+. Sin perjuicio de la normativa existente a estos efectos, los convenios colectivos también deberían adoptar un papel más activo en

⁵⁷ "Las personas LGTBI...", *op.cit.*, p. 3.

⁵⁸ UGT destaca que "hay un Convenio (Comarca del Jiloca-Personal Laboral), que se compromete a reservar en la oferta de empleo público un 1% para personas transexuales, si bien especifica que esta reserva de plazas se efectúa en cumplimiento del artículo 27.2 de 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", "Las personas LGTBI...", *op.cit.*, p. 11.

⁵⁹ Es el caso de los arts. 33 del CC de INET INST., SL y 12 del CC de Nunhems Spain, SAU -"garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta de cualquier tipo"-.

⁶⁰ Entre otros, los arts. 15.5 del CC de Banca y 21 del CC del sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

⁶¹ Por ejemplo, el art. 12 del CC de Control y Montajes Industriales CYMI, SA afirma que "sin distinción de raza, ni sexo"; sin embargo, no incluye ninguna otra causa de discriminación.

esta dirección. Y, sin embargo, no es así o, al menos, no lo es en relación con este colectivo. De hecho, sólo dos convenios⁶² de los estudiados -y ambos, del mismo sector- contemplan medidas para evitar la discriminación; aunque, eso sí, sin mención expresa, lamentablemente, al colectivo LGTBI+.

c) Clasificación profesional. Este apartado se mueve, como los anteriores, en las genéricas declaraciones antidiscriminatorias⁶³; sin que haya un tratamiento particular que atienda al hecho LGTBI+. El motivo de ello está, con toda seguridad, en que los negociadores están pensando en una clasificación no atentatoria contra la discriminación por razón de sexo y de género, lo que no es argumento para excluir a otros colectivos discriminados. Fundamentalmente, cuando los mismos van vinculados a concretos puestos de trabajo y sectores. Lo que se produce, como es sabido, con los/as trabajadores/as LGTBI+.

d) Retribución. Aunque pueda resultar sorprendente, los estudios ponen de manifiesto que los hombres homosexuales tienen peores condiciones económicas que los heterosexuales⁶⁴. Esta situación empeora considerablemente para las mujeres homosexuales que, además, acusan la brecha salarial, que se duplica en el caso de las parejas de lesbianas.

Siendo así, lo lógico es que la negociación colectiva fuese más sensible a estos problemas. Mientras que la brecha salarial puede ser “atajada” con las medidas diseñadas para las mujeres, no sucede lo mismo con la brecha LGTBI+. A lo sumo, se puede remediar esta situación mediante el art. 28 del Estatuto y, al mismo tiempo, con la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución y del 17 del ET⁶⁵. Ahora bien, el hecho de que se pueda acudir a instrumentos

⁶² De acuerdo con el art. 35 del CC de Establecimientos Financieros de Crédito, “el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la empresa, en caso de discrepancia. Las empresas informarán a la RLT sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados” y, del mismo modo, el art. 80 del CC de Banca.

⁶³ Arts. 11 del CC de Nunhems Spain, SAU -“garantizándose la ausencia de discriminación directa o indirecta de cualquier tipo”-, 44 del CC del Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia -“no discriminación, por lo que no se podrán aplicar criterios y/o condiciones que excluyan a ningún colectivo, salvo los determinados por la función profesional”-, 3 del CC de Cegelec -“los criterios de definición de los grupos profesionales y divisiones funcionales se efectuarán de tal forma que no exista discriminación”-, 12 del CC de Plataforma Comercial de Retail, SAU -“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”- y, con idéntica expresión a esta última, 12 del CC de Placas de piezas y componentes de recambio, SAU.

⁶⁴ OIT, “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente”, 2011, p. 57.

⁶⁵ A los artículos 17 y 28 del ET se remiten los arts. 33.2 del CC del sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y 49 del CC de Bofrost, SAU. Mientras que sólo al precepto constitucional, el art. 43 del CC de Industrias de pastas alimenticias -“ambas (...)

jurídicos, no elimina la responsabilidad de los interlocutores sociales, que deberían articular medidas que neutralizaran esta brecha LGTBI+.

e) Formación. Un pilar básico en la lucha contra la discriminación del colectivo LGTBI+ es la formación; de tal modo que se ofrezca una formación en igualdad y no discriminación, que sensibilice y haga conocida la realidad de este colectivo. De este modo, se coopera inestimablemente a la ruptura de los estereotipos, que tan frecuentes son en relación con las personas LGTBI+, y se destruyen los sesgos inconscientes.

Lo habitual en la negociación colectiva es que no se contemplen programas formativos específicos para luchar contra la discriminación LGTBI+; como máximo, esta causa se diluye en los programas genéricos. Aun con esta deficiencia, hay que poner de relieve que sólo los convenios, que regulan con cierto detalle el acoso incorporan, como medida de prevención, cursos y talleres dirigidos a esta labor de educar a sus trabajadores y trabajadoras en la diversidad, la igualdad y la no discriminación. Ahora bien, el hecho, como se verá en otro momento, de que el acoso LGTBI+ todavía no esté generalizado en la negociación colectiva, lleva a pensar que, con más frecuencia de la deseada, esa formación no atenderá a las peculiaridades de las personas LGTBI+ y, por no hacerlo, perpetuará, en sus diferentes grados, atentados al derecho a la identidad sexual y de género y expresión de género.

Junto a este tipo de formación, los convenios colectivos tendrían que contemplar aquella otra que debe tener como directos destinatarios a los/as trabajadores/as LGTBI+ con la finalidad de facilitar y favorecer, entre otros aspectos, su progresión profesional. Lo más frecuente es que los convenios se limiten simplemente a garantizar que en el seguimiento de la formación -cualquiera que sea su contenido- no se apliquen criterios discriminatorios⁶⁶ -otra vez más, desde una visión generalista-.

Esta formación se hace especialmente necesaria en el caso de las personas trans, que, en gran medida, acusan importantes déficits formativos convirtiéndose,

partes se comprometen a velar por la igualdad de retribuciones para trabajos de igual valor y por la no discriminación por ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 14 de la Constitución Española”-.

⁶⁶ Arts. 27 del CC de Grupo Vodafone España, 15.3 del CC de Bureau Veritas Inspección y Testing SLU, Bureau Veritas Solutions, SA e Instituto de la Calidad, SAU y 7 del CC de La Vanguardia Ediciones, SL -atribuye esta competencia a la comisión paritaria y se remite a los motivos de discriminación de los arts. 14 de la CE y 17 del ET-. Con igual intención, pero distinta formulación, al indicarse que la política formativa debe garantizar la igualdad de oportunidades, los arts. 12 del CC de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA, 54.1 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, 78 del CC de Banca -no incluye, entre los colectivos vulnerables, al LGTBI+- y 26.2.b) del CC del sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social -"especialmente entre las personas con mayores dificultades de participación”-.

por tanto, en un hándicap no sólo en el acceso al empleo, sino también, como es fácil imaginar, en su promoción. De nuevo, el análisis convencional es desesperanzador al no haberse encontrado ninguna cláusula, que dé respuesta a las necesidades formativas de este colectivo. Lo que es fruto, sin duda, de la negación de esta realidad.

f) Acceso a internet. Nada se descubre al afirmar que el acceso a internet está presente en un porcentaje importante de convenios colectivos. Sin embargo, su tratamiento tampoco toma en consideración al colectivo LGTBI+. Por ejemplo, cuando se establece la prohibición de acceder a determinados contenidos de internet; éstos se reconducen a material discriminatorio por razón de género o que promueva el acoso sexual⁶⁷ -es cierto que algunos convenios incluyen, en este tipo de acoso, el LGTBI+-.

Mejor opción es la de los convenios que, pese a su generalidad, prohíben el acceso a páginas *“de contenido sexual o cualquier material que atente contra la dignidad y los principios morales”*⁶⁸, con lo que se daría cabida, aunque sea por su amplia dicción, a los/as trabajadores/as LGTBI+. Pese a ser lo mejor, no hay que conformarse. Al contrario, hay que reclamar la incorporación de todo aquel contenido peyorativo para estas personas trabajadoras.

g) Seguridad y salud laboral. Pese a la enorme importancia que tiene esta materia para el colectivo LGTBI+, su reflejo en la negociación colectiva es casi insignificante. En este tema, son muchas las reivindicaciones de las organizaciones sindicales; sin embargo, su gran mayoría son desatendidas por los convenios colectivos.

Lo máximo que los convenios están haciendo, y no todos, es prestar atención al riesgo psicosocial. Eso sí, siempre que se derive del acoso⁶⁹. Cuando lo correcto sería configurar este riesgo como un apriorismo en las personas LGTBI+. De tal modo que se tuviera en cuenta en la evaluación de riesgos y, en consecuencia, formase parte del necesario plan de prevención⁷⁰.

⁶⁷ Ambas cuestiones se contienen en los arts. 34 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial y 76 del CC de Reforma Juvenil y protección de menores.

⁶⁸ Art. 90 del CC de Iberdrola Grupo.

⁶⁹ Por ejemplo, el art. 66 del CC de Ilunion Outsourcing, SA establece que *“las situaciones de acoso...repercuten en la salud de las personas trabajadoras generando riesgos psicosociales que perjudican el estado de bienestar físico, psíquico y social de la persona, surgiendo añadidamente graves repercusiones para la organización, ya que una persona trabajadora que sufre cualquier tipo de acoso en el trabajo perderá el verdadero valor añadido a su actividad laboral”*. No debe pasar desapercibido que, en este precepto, se destaca las consecuencias para la organización, es decir, para la empresa; quizás más que para el propio trabajador/a.

⁷⁰ UGT defiende que hay que evaluar los *“riesgos y en la planificación de las políticas de prevención, el riesgo psicosocial que supone la LGTBIfobia, garantizando el establecimiento de actuaciones. Los riesgos psicosociales tienen un importante impacto en la salud y el rendimiento personal y profesional”*; y, al mismo (...)

No hay que olvidar que el riesgo se va a producir derivado de distintos factores. Entre ellos, cabe destacar, en primer lugar, la discriminación. Y, en esta ocasión, hay que referirse a sus estadios más bajos que, en muchas ocasiones, son excluidos, incluso, del acoso. Y en segundo lugar, la invisibilidad, que tiene consecuencias personales y profesionales; dentro de estas últimas, la disminución de la productividad y el aumento del absentismo.

Vistos todos los anteriores subapartados, hay que realizar tres consideraciones. En primer lugar, que de los mismos se ha excluido dos ámbitos, de sumo interés, y que son aquellos, en los que los convenios colectivos despliegan un mayor intervencionismo en relación con el colectivo LGTBI+. Es el caso de las licencias y permisos, régimen disciplinario y acoso. Por su entidad, se van a abordar en epígrafes independientes.

En segundo lugar, que existen parcelas, en las que los convenios, de ninguna de las maneras, entran, lo que provoca significativas e importantes ausencias. El supuesto más llamativo es la protección social complementaria. Como mucho, pero sin que exista una especificación al respecto, es posible aceptar que todos los beneficios sociales contenidos en el convenio sean aplicables a los/as trabajadores/as LGTBI+. Sin embargo, no se ha encontrado -lo que no quiere decir que no las haya- ninguna medida, con la que cubrir las necesidades, que existen, de estos/as trabajadores/as; y que, por ejemplo, se hacen especialmente relevantes para las personas trans.

En tercer y último lugar, que no se han tratado las medidas no estrictamente laborales. Quiere ello decir que, a diferencia de lo que ocurre en el campo de la responsabilidad social empresarial, los convenios colectivos no suelen detenerse en estos otros aspectos. Como es, por ejemplo, la utilización de un lenguaje neutro e inclusivo⁷¹. Puede que se entiendan como medidas de segundo orden. No obstante, hay que darles el valor que tienen, que no es otro que el de cooperar a la visibilidad del hecho diferencial LGTBI+, que no es poco; pero, por supuesto, no es ni por asomo suficiente para erradicar su discriminación laboral.

tiempo, debe formarse a los profesionales encargados de los reconocimientos médicos para que *"tengan en cuenta esta realidad"*, *"Las personas LGTBI..."*, *op.cit.*, p. 33. En la Disposición Adicional II del CC de Supermercados Sabeco, SAU se puede leer que *"dentro del Comité Intercentros de prevención se establecerán los mecanismos de detección de posibles riesgos psicosociales y, en su caso, procederán a la evaluación de los mismos y promoverán, adicionalmente, la detección precoz de situaciones de riesgo a través de la vigilancia de la salud"*.

⁷¹ Arts. 6.2 del CC de Grupo Importaco Frutos Secos -"género neutro"- y 2.2 del CC del Grupo Viesgo España; y Disposición Previa del CC de Vestas Eólica, SAU.

4. PAREJAS DE HECHO Y DIVERSIDAD FAMILIAR

La realidad social pone de manifiesto, desde hace ya tiempo, la consolidación de las parejas de hecho como una vinculación afectiva y sexual⁷², que canaliza las relaciones interpersonales. Por consiguiente, su negación, hoy por hoy⁷³, no es -o no debería ser- posible; de ahí que sean muchos los convenios colectivos que conceden a las parejas de hecho⁷⁴ algunos o todos los derechos reconocidos a las unidas por vínculo matrimonial.

Otro tema es la posible distinción, en su tratamiento, entre las uniones heterosexuales y homosexuales. No parece que sea necesario detenerse en que el reconocimiento de distintos derechos, beneficios o privilegios convencionales a cada una de ellas, conllevaría un atentado al derecho a la no discriminación y a la igualdad. Por esta razón, no resulta necesario que el convenio precise que los derechos son reconocidos a las parejas de hecho, independientemente de la orientación sexual de sus miembros⁷⁵. Ahora bien, el que no sea necesario, no quiere decir que no sea recomendable. Y ello por los sencillos motivos de que, por un lado, puede cumplir una función pedagógica, para nada inoportuna; y por otro lado, porque sirve a la visibilidad de este colectivo, al tiempo que puede relativizar los prejuicios empresariales.

Dicho lo cual, hay que continuar indicando que el tratamiento convencional se puede agrupar en cuatro bloques.

⁷² De ahí que haya convenios que se refieren a estas uniones como una *"vinculación afectiva y convivencia demostrada"*. Es el caso de los arts. 21 del CC de Cimodin, SL y 28 del CC del Comercio de Flores y Plantas. Por su parte, el art. 64 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural opta por la expresión *"inicio de vida en común"*.

⁷³ El art. 33 del CC de Verallia Spain, SA (fábricas) afirma que esta equiparación es consecuencia de *"la evolución de la realidad social cambiante en materia familiar"*; mientras que el art. 23 del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU indica que *"la empresa, sensible a la realidad social y a los requerimientos de los trabajadores antes las nuevas formas de convivencia que surgen en nuestra sociedad, como es el caso de las denominadas uniones de hecho estables"*.

⁷⁴ Hay convenios que definen, con sumo detalle, a la pareja de hecho; es el supuesto del art. 18 del CC de Caja Laboral Bancaseguros, SLU: *"convivencia de una persona trabajadora con otra persona de forma libre y pública, en una relación análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, siendo mayor de edad o menor emancipada, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona"*.

⁷⁵ Pese a ello, hay convenios que sí lo hacen; es el caso, entre otros, de los convenios de Sector del ocio educativo y animación sociocultural, cuyo art. 64 indica que con independencia de la orientación sexual e identidad de género; o los arts. 21 del CC de Cimodin, SL y 28 del CC del Comercio de Flores y Plantas -ambos mencionan que *"con independencia de la orientación sexual"*-; y, con igual tenor, el art. 23 del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU. Mientras que el art. 44 del CC de Grupo Vodafone España afirma que *"con independencia de su opción sexual"*. Para UGT, *"esta especificación es innecesaria, ya que los derechos de las parejas de hecho, siempre serían para todas las parejas de hecho, lo que hace innecesario especificar"*, *"Las personas LGTBI..."*, op.cit., p. 23.

En primer lugar, los convenios que conceden a las parejas de hechos todos los derechos contenidos en su articulado para los matrimonios; con expresiones como que *“las referencias al cónyuge se harán extensivas a la pareja de hecho del trabajador”*⁷⁶. Por tanto, existe una equiparación total. Hay que indicar que son, en términos cuantitativos, los menos⁷⁷.

En segundo lugar, los convenios que realizan esta equiparación, de manera exclusiva, para las licencias y para los permisos⁷⁸. Pero, lo más habitual, es que lo reduzcan a la licencia por matrimonio⁷⁹. Incluso, algunos establecen, pese a ello, limitaciones, unas lógicas y otras no tanto⁸⁰, a su disfrute. De no extenderse todo

⁷⁶ Art. 30 del CC de Autotransporte Turístico Español, SA.

⁷⁷ Entre ellos, los arts. 37 del CC de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA, 32 del CC de BT Global ICT Business Spain, SLU, 44 del CC de Grupo Vodafone España, 3 del CC de Cegelec o 42 del CC de La Vanguardia Ediciones, SL.

⁷⁸ Arts. 23 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, 31 del CC de Blakanika -licencias retribuidas y no retribuidas-, 54 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores, 79 del CC de Reforma Juvenil y protección de menores, 21 del CC de Solplast, SA, 28.1 del CC de Federación Farmacéutica, SCCL, 19.3 del CC de Personal de estructura del Grupo Mercantil ISS, 32 del CC de la Financiera Corte Inglés, 13 del CC de Frit Ravich, SL, 27.g) del CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA, 55.1 del CC de INET INST., SL, 17.a) del CC de Oficinas Corporativas del Grupo Siemens Gamesa Renewable Energy, 38.a) del CC de Empresas dedicadas a los servicios del campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, 36 del CC de Grandes Almacenes, 50 del CC de la Industria Química, 27 del CC de Decathlon España, SA, 25 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados, 23 del CC de Primark Tiendas, SLU -todos los permisos-, 29.1.b) del CC de Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 22 del CC de Eltec It Services, SLU, 31 del CC de Empresas de Servicios Auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, 35.1 del CC de Safety Kleen España, SA, 30.a) del CC de Uniprex, SAU, 33 del CC de Supermercados Sabeco, SAU, 11 del CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia, 41 del CC de Ilunion Outsourcing, SA, 20.a) del CC de Enseñanza y formación no reglada, 10.b) del CC de Nokia Spain, SA, 55 del CC de Grupo de Marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, 43 del CC de Logistium, Servicios Logísticos, SA para los centros de trabajo de Alicante y Barcelona, 44.i) del CC del Grupo Cofely y Anexo III.h) del CC de Intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA y Roca Sanitario, SA.

⁷⁹ Algún convenio aislado, como el de Lidl Supermercados, SAU, en su art. 36.4, concede un permiso de *“un día natural para acudir al matrimonio de pariente de primer grado, incluyendo las parejas de hecho”*. Pese a esta indudable ventaja, lo curioso es que este convenio no concede a las parejas de hecho los mismos permisos que a los matrimonios.

⁸⁰ Dentro de las ilógicas, por ejemplo, el hecho de que el permiso para las parejas de hecho sólo se conceda *“por una sola vez”*, mientras que no se reglamenta lo mismo para los matrimonios -art. 72 del CC de Iberdrola Grupo-; o *“en el caso de las parejas de hecho, no cabrá disfrutar de un nuevo permiso por inicio de la convivencia, hasta tanto no haya transcurrido un período de 6 años, salvo que la anterior pareja se hubiese disuelto por fallecimiento de la otra persona, y en ningún caso cuando los miembros de la pareja sean los mismos”* -art. 18 del CC de Caja Laboral Bancaseguros, SLU-. Y por las lógicas y por todas, cabe mencionar la imposibilidad de volver a ser beneficiario del permiso de casarse con la (...)

el régimen de licencias y permisos⁸¹, lo normal es que junto al ya mencionado se añadan otros vinculados con la enfermedad, el nacimiento o el fallecimiento⁸².

Por su relativa proximidad con estas licencias y permisos, se incluye en este bloque la ampliación a las parejas de hecho del régimen de excedencias; aunque focalizado, principalmente, a la de cuidado de hijos y familiares⁸³.

Para terminar con este apartado, se quiere traer a texto un caso excepcional, aunque probablemente no único, de un permiso reconocido expresamente, y de manera exclusiva, a las parejas de hecho, que resulta coherente con la necesidad, para legalizar su situación, de inscripción en el oportuno registro. Así, el art. 25.1) del CC de Kiabi España, KSCE, SA concede *“un día al año para la inscripción de la persona trabajadora en el Registro de Parejas de Hecho, siempre que coincida con su horario de trabajo”*.

En tercer lugar, los convenios que extienden derechos particulares en materia de premios⁸⁴ o préstamos⁸⁵.

Y por último, en cuarto lugar, los convenios que aplican a las parejas de hecho las mismas reglas que para los matrimonios en materias específicas tales como las vacaciones⁸⁶.

Debe aclararse que estos dos últimos bloques son, en muchas ocasiones, ampliaciones del derecho al disfrute de licencias y permisos. Esto es, lo habitual es que los convenios colectivos, que reconocen este último, lo amplíen a otros derechos.

Como es fácilmente previsible, la casi totalidad de los convenios colectivos exigen al trabajador/a que acredite ser miembro de una pareja de hecho⁸⁷. Un

misma persona, con la que se inscribió como pareja de hecho -arts. 23 del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU y 19.3 del CC del Personal de estructura del Grupo Mercantil ISS-, que, en algún convenio, se amplía a cualquier *“otra forma de vínculo de convivencia admitida en derecho”* -art. 77 del CC del Grupo Viesgo España-.

⁸¹ La plena equiparación en materia de permisos se puede encontrar en los arts. 25 del CC de Enersur Siglo 21, SL -*“todos los permisos vinculados al matrimonio”*- y, con igual dicción, 25 del CC de Aceites del Sur-Coosur, SA y 28 del CC de NCR España, SL.

⁸² Arts. 39.3 del CC de Philips Ibérica, SAU -fallecimiento y accidente o enfermedad grave-, 29.1.c) del CC de Comisión Española de Ayuda al Refugiado -nacimiento, acogimiento, adopción y enfermedad grave *“en caso demostrable de dependencia o convivencia”* - o 47.a) del CC del Grupo Viesgo España -fallecimiento de la pareja-.

⁸³ Art. 16 del CC de Hermandad Farmecéutica -excedencia por cuidado de hijos y familiares-; y sin esta concreción, art. 12 del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU.

⁸⁴ Art. 44 del CC de Uniprex, SAU.

⁸⁵ Art. 53 del CC de Banca.

⁸⁶ El art. 28.2 del CC de Restauración Colectiva afirma que *“las parejas de hecho y matrimonios tendrán derecho a optar como una sola unidad, conservando esta condición para futuras rotaciones, si existiese ese sistema”*.

requerimiento totalmente lógico; siendo los instrumentos para ello, en primer lugar, la certificación del correspondiente Registro y, en su defecto, acta notarial. Es cierto que hay convenios que acuden a otras vías como, por ejemplo, las indicadas en una determinada norma⁸⁸, la comprobación por la comisión paritaria del convenio⁸⁹ o el reconocimiento por la Seguridad Social⁹⁰.

Incluso, hay convenios que demandan un plazo previo de inscripción⁹¹; se supone que con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas. Sin embargo, el hecho de que no se exija del mismo modo para los matrimonios, además de un prejuicio, encierra un diferente tratamiento difícil de justificar legalmente.

Pese a tratarse de uno de los ámbitos, en los que, como se ha visto, los convenios han sido más permeables, aunque sea indirectamente, a la realidad del colectivo LGTBI+; sin embargo, su efectividad, más allá del reconocimiento del derecho, es -o puede ser- escasa, ya que el miedo conducente a la invisibilidad lleva a muchos/as trabajadores/as LGTBI+ a no solicitar tales derechos. Se trata de la máxima expresión de la mutilación "voluntaria" del pleno desarrollo laboral y personal. Para evitar este nefasto resultado, se hace obligatorio que se genere en las empresas un adecuado clima laboral, mediante un entorno de confianza

⁸⁷ Arts. 16 del CC de Viajes Ecuador, SA, 37 del CC de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA, 23 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, 32 del CC de BT Global ICT Business Spain, SLU, 23 del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU, 54 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores, 21 del CC de Solplast, SA, 44 del CC de Grupo Vodafone España, 31 y 53 del CC de Banca, 28.1 del CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia, 3 del CC de Cegelec, 30 del CC Financiera El Corte Inglés, EFC, SA, 33 del CC de Verallia Spain, SA (fábricas), 27.g) del CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA, 17.a) del CC de Oficinas Corporativas del Grupo Siemens Gamesa Renewable Energy, 36 del CC de Grandes Almacenes, 50 del CC de la Industria Química, 33 del CC de BT Global ICT Business Spain, SLU, 22 del CC de Eltec It Services, SLU, 44 del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, 33 del CC de Supermercados Sabeco, SAU, 55 del CC del Grupo de Marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia, 43 del CC de Logistium, Servicios Logísticos, SA para los centros de trabajo de Alicante y Barcelona y Anexo II.a) del CC de Pastas, papel y cartón.

⁸⁸ Art. 13 del CC de Frit Ravich, SL.

⁸⁹ El art. 28 del CC del Comercio de Flores y Plantas establece que *"en aquellas poblaciones donde no exista registro oficial la Comisión Mixta determinará este hecho, en base a la documentación aportada por la persona trabajadora"*.

⁹⁰ El CC de Renault España, SA indica que *"reconocimiento por la Seguridad Social de la condición de beneficiario del acogido"*.

⁹¹ El art. 27 del CC de Decathlon España, SA afirma, en relación con los permisos retribuidos, que éstos se concederán *"siempre y cuando se encuentran inscritas en el Registro correspondiente con una antelación mínima de 15 días al hecho causante que origine el derecho al permiso"*.

favorecedor de la visibilidad. Así pues, la confianza se convierte en una pieza clave de cara a la efectividad de estos derechos.

Todo lo anterior no resulta suficiente para dar cobertura a una incuestionable realidad como es la actual diversidad familiar; muy vinculada, aunque no exclusiva, al colectivo LGTBI+. Una diversidad que, sin embargo, no tiene acomodo, la más de las veces, en los convenios colectivos. Salvo las conexiones derivadas de ciertos permisos, licencias y, en muy reducidas ocasiones, excedencias, el resto de los derechos concedidos para asegurar la conciliación de la vida personal y profesional no tienen un reflejo expreso -salvo alguna excepción aislada⁹²- en la negociación colectiva. Ello puede ocasionar, con bastante frecuencia, problemas aplicativos. De ahí que sea recomendable que los negociadores receptionen esa diversidad familiar; incorporándola al clausulado convencional -por ejemplo, en relación con las familias arco iris-; y ello con una doble finalidad.

Por un lado, evitar cualquier trato discriminatorio tanto en relación con los modelos de familia clásicos -construidos sobre criterios heterosexistas-; como por la posible discriminación por asociación. Esta última desconocida, habitualmente, por los negociadores, y con la cual se estaría discriminando a un/a trabajador/a por su vínculo familiar con una persona LGTBI+. De ahí que es de sumo interés que los convenios colectivos también empiecen a incorporar esta expresión de discriminación.

Y por otro lado, impedir que esa falta de regulación de la diversidad familiar lleve aparejada una negación de derechos permisivos de la citada conciliación. Hay que aclarar que ello no sería posible por encerrar una discriminación. No obstante, el desconocimiento de estas realidades y la anomia convencional pueden justificar, al menos para la clase empresarial, determinadas decisiones impeditivas de dichos derechos, que irían, normalmente, acompañadas de una conflictividad necesitada de ser dirimida. La reclamación del derecho pone de manifiesto que, ante su denegación, se acuda a los órganos jurisdiccionales para que resuelvan la controversia; sin que, en este supuesto, por pura lógica, el miedo a la visibilidad debiese evitar la denuncia.

⁹² Por ejemplo, la del art. 46 del CC de Philips Ibérica, SAU cuando, en materia de conciliación de la vida profesional y personal, manifiesta que no debe haber *"discriminación directa o indirecta entre personas del mismo o distinto sexo"*.

5. ATENTADOS A LA DIGNIDAD LGTBI+: RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y ACOSO

5.1. Régimen disciplinario

El régimen disciplinario, contenido habitual de la negociación colectiva, no ha sido ajeno a la realidad LGTBI+. Por consiguiente, hay convenios, que configuran como faltas, mediante distintas formulaciones, acciones, en las que los afectados y/o perjudicados son trabajadores/as LGTBI+ por el hecho de serlo. Siendo este dato destacable, otra cuestión es el tratamiento dado y, más exactamente, qué faltas y en qué medida son reprobables convencionalmente los atentados LGTBI+fóbicos; de forma que tengan cabida todos los que puedan acontecer en el entorno y contexto laboral.

Son varias las consideraciones, que hay que realizar a estos efectos. En primer lugar, que el acoso, como falta, está presente en casi todos los convenios⁹³ - aunque algunos sólo contemplan el sexual⁹⁴. Sin embargo, aunque cada vez es más frecuente, no se contiene el acoso LGTBI+ y, cuando se hace, lo normal es que sólo sea acoso por razón de orientación sexual⁹⁵.

⁹³ Arts. 63 del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, 53.3.k) del CC de Schweppes, SA, 32.c) 19 del CC de Balkanika, 39.3.h) del CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU, 69.c) 13 del CC de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE, 71.c) 9 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores, 53.o) del CC de Cetelem, 99.c) 9 del CC de Reforma Juvenil y protección de menores, 61.p) del CC de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA, 70.8 del CC de Banca, 31.c) VIII del CC de Personal de estructura del Grupo Mercantil ISS, 49.16 del CC Financiera El Corte Inglés, EFC, SA, 21.c) 10 del CC de Frit Ravich, SL, 51.15 del CC de Lidl Supermercados, SAU, 55.16 del CC de Grandes Almacenes, 43.c) 6 y 15 del CC de Coviran, SCA, 39.14 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados, 46.c) del CC de Kiabi España, KSCE, SA o 50.18 del CC de Logistium, Servicios Logísticos, SA para los centros de trabajo de Alicante y Barcelona.

⁹⁴ Arts. 47.13 del CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, 50.16 del CC de Radio Popular, 31.3.i) del CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, 47.c) del CC de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 58.h) del CC de Ceoli Centro Especial de Empleo, SL, para los centros de trabajo de Toledo y Jaén o 45.18 del CC de Uniprex, SAU.

⁹⁵ Arts. 42.m) del CC de Nunhems Spain, SAU, 41.3.w) del CC de la Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia, 66.o) del CC de Cegelec, 48.3.g) del CC de La Vanguardia Ediciones, SL, 71.3.k) del CC de INET INST., SL, 65.19 del CC de la Industria Química, 54.o) del CC de Plataforma comercial de Retail, SAU y 54.o) del CC de Placas de piezas y componentes de recambio, SAU.

En segundo lugar, que son pocos los convenios que incorporan al catálogo de faltas las ofensas y atentados a la libertad sexual, intimidad y/o dignidad⁹⁶ de las personas LGTBI+⁹⁷.

Una excepción, aunque no es la única⁹⁸, a ello es el art. 60.18 del CC del Grupo de Marroquinería, cueros repujados y similares que configura como falta muy grave *“todo comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente a la intimidad y dignidad de la mujer o del hombre mediante la ofensa, física o verbal, de carácter sexual, o por su orientación sexual, identidad o expresión de género”*. Se trata de una cláusula, podría decirse, perfecta en cuanto que incorpora todos los elementos necesarios y abarca toda la diversidad LGTBI+. Sin embargo, este tipo de preceptos no son la regla -ni cualitativa, ni cuantitativa- en nuestra negociación colectiva.

Además, hay que destacar la importancia que para las personas trans tiene el precepto transcrito al incorporar la identidad y expresión de género⁹⁹ pues, de no hacerse así, se está ante un foco importantísimo para dichos atentados. Pero una vez más, la *praxis* convencional pone de manifiesto el desconocimiento de los negociadores de esa diversidad dentro del colectivo LGTBI+.

En tercer lugar, los actos discriminatorios, que cada vez tienen un mayor reflejo en estos catálogos; y, en algunos de ellos, se hace atendiendo a la orientación sexual y a la identidad de género¹⁰⁰.

⁹⁶ El art. 51.r) del CC de Capital Genetic EBT, SL cataloga como falta muy grave *“cualquier atentado contra la libertad sexual... de los trabajadores/las que se manifieste en ofensas verbales o físicas, falta de respeto a la intimidad o a la dignidad de las personas”*.

⁹⁷ UGT afirma que es bastante escaso el número de convenios, *“que contemplan los ataques e insultos por orientación sexual e identidad de género como faltas sancionables”*, *“Las personas LGTBI...”*, op.cit., p. 19.

⁹⁸ En esta línea, el art. 71.2.g) del CC de INET INST., SL *“las ofensas puntuales verbales o físicas, así como las faltas de respeto a la intimidad o dignidad de las personas por razón de orientación sexual o identidad sexual”*- y, con idéntico tenor, los arts. 53.l) del CC de Plataforma comercial de Retail, SAU y 53.l) del CC de Placas de piezas y componentes de recambio, SAU.

⁹⁹ Entre los pocos que incorporan la orientación sexual y el género están los arts. 84.3.p) del CC de Iberdrola Grupo, 81.o) del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos y 34.16 del CC de Family Cash, SL.

¹⁰⁰ Arts. 36.b) 11 del CC de Grupo Vodafone España, 30.7.13.3.21 del CC de Pilotos de Eurowings Europe GmbH y 77 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural. En relación con este último, hay que llamar la atención sobre el hecho de que también incluye, y seguidamente de la orientación sexual y la identidad de género, la moral privada. En un primer momento, puede entenderse como una ampliación positiva que, sin embargo, puede dar lugar a conflictos interpretativos, y en la que entra en juego valores y éticas susceptibles de enjuiciamientos particulares. Por ello, sería recomendable huir de este tipo de afirmaciones pese a que, sin duda y en este Convenio, seguro que se ha incluido, si se lee en su conjunto, con una acertada intencionalidad. Hecha esta aclaración, hay que continuar indicando que todavía siguen existiendo convenios, que no hacen ningún tipo de mención ni a la orientación sexual, ni a la identidad y (...)

Pero con respecto a ellos hay que realizar dos aclaraciones. En primer lugar, que no tienen tanta presencia como parte del régimen disciplinario como del acoso, lo que deja -o puede dejar- impune determinados comportamientos. Y en segundo lugar, que, curiosamente, no son pocos los convenios que permiten, sin que haya justificación para ello, atentados a la dignidad de las personas LGTBI+. Es decir, las conocidas agresiones de baja o media intensidad -chistes, burlas, etcétera¹⁰¹-. Quizás, en ello, haya influido una histórica permisibilidad y tolerancia -anclada en postulados heterosexistas- que, desgraciadamente, han llevado, incluso, a los/as trabajadores/as LGTBI+ a aceptarlos con cierta naturalidad. Ello, no obstante, es inadmisibile social y jurídicamente; y los negociadores pueden -y deben- cumplir una labor protagonista en la eliminación de estos comportamientos en el entorno laboral, mediante la inclusión de estos actos como faltas reprobables. De ahí lo encomiable de todos aquellos acuerdos colectivos, que defienden y reclaman la tolerancia cero ante cualquier tipo de agresión LGTBI+fóbica¹⁰².

Para terminar, y ello sí es meritorio, hay que indicar que la mayoría de los convenios, que incluyen atentados al colectivo LGTBI+, configuran las faltas como graves o muy graves.

5.2. Acoso LGTBI+: su presencia en los protocolos de acoso

La lucha contra el acoso debe ser un principio fundamental de actuación por parte de las empresas¹⁰³, puesto que éste conlleva importantes consecuencias personales y profesionales para la víctima, y para la propia empresa en cuanto afectación al clima laboral. Siendo así, el acoso está presente en la casi totalidad de los convenios colectivos; sin embargo, no puede decirse lo mismo, como se acaba de anticipar, en relación con el acoso LGTBI+¹⁰⁴. Lo que no significa, por supuesto,

expresión de género. Es el caso, por todos, del art. 51.3 del CC de la Fundación Bancaria Caixa d'estalvis i pensions de Barcelona "La Caixa".

¹⁰¹ Según UGT, el 28% ha sufrido chistes, el 25% comentarios despectivos, 18% burlas, 13% gestos, 15% rumores y 7% insultos, "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, p. 3.

¹⁰² La tolerancia cero, hacia cualquier tipo de agresión, se contiene en los arts. 45 del CC de la Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia y 119 del CC de la Industria Química y el Anexo 6 del CC de Solplast, SA; o, con otra expresión, el art. 81 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural -"por minúsculo que sea"-.

¹⁰³ El art. 81 del CC de Viajes Ecuador, SA defiende que "*las empresas y/o entidades y la representación del personal, en su caso, deben crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual y personal del conjunto de personas que trabajan, manteniéndose las preservadas de cualquier ataque físico, psíquico o moral*".

¹⁰⁴ Con los datos aportados por UGT, el acoso por orientación sexual e identidad y expresión de género sólo se contienen en el 5,06% de los convenios analizados para su estudio de la negociación colectiva, "*Las personas LGTBI...*", *op.cit.*, p. 24. El motivo de esta ausencia puede estar en que a las (...)

que no haya, en algunos convenios, un reconocimiento expreso de este tipo de acoso; aunque, en muchas ocasiones, se reduzca a la orientación sexual¹⁰⁵.

Lo ideal sería que todos los convenios recogiesen cláusulas, como las que se van a transcribir, que, por su carácter completo de los diferentes hechos diferenciales de este colectivo, son ejemplos a seguir. Se trata de los arts. 83 del CC del Grupo de Marroquinería, cueros repujados y similares al decir que *“aquellos comportamientos que tengan el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y crear un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo dirigidos contra una persona por su orientación sexual, por su identidad y expresión de género”* y 101.3.d) del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos al afirmar que *“tendrá la consideración de acoso cualquier comportamiento basado en orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género de una persona que tenga la finalidad o provoque el efecto de atentar contra su dignidad o su integridad física o psíquica o de crearse un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o molestos será considerado como acoso por razón de orientación sexual, identidad de género y/o de expresión de género. Todo ello será considerado como una conducta discriminatoria”*.

Frente a los convenios, que regulan el acoso LGTBI+, están los que no lo hacen, que son un porcentaje importante. Y, por no hacerlo, hay que buscar las vías permisivas para incluir el acoso a los/as trabajadores/as LGTBI+, y que pueden ser las siguientes. Primera, reconducir estos atentados, siempre que lo permita el tenor convencional, a las formulaciones del acoso sexual y/o del acoso moral. Segunda, redirigirlo a las genéricas declaraciones, en las que no debe dudarse que tendrían cabida los/as trabajadores/as LGTBI+¹⁰⁶. Esta última

empresas les basta con definir el acoso sin necesidad de establecer sus motivos; por contra, los sindicatos entienden que, de este modo, se puede diluir la causa, por lo que el acoso LGTBI+ no puede subsumirse en el genérico, *“Las personas LGBT en el ámbito del empleo...”*, op.cit., pp. 52 y 62.

¹⁰⁵ El acoso por razón de orientación sexual está presente, por ejemplo, en los arts. 29 del CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia, 102 del CC del Grupo Viesgo España, 46.d) del CC de Federación Farmacéutica, SCCL o Anexo 6 del CC de la Industria de fabricación de alimentos compuestos para animales. Por su parte, el Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España contempla el acoso sexual *“de una persona trabajadora por su orientación sexual”* y el acoso psicológico como el *“ataque, mofa o críticas a la orientación sexual de una persona”*. En otros convenios, junto a éste, se amplía a otros motivos. Así, el Anexo II del CC de Industrias de pastas alimenticias añade el acoso por razón de género. Como se ha afirmado en otra parte de este trabajo, las discordancias convencionales conducen a que el 56 del CC de Philips Ibérica, SAU indique que *“no se tolerará ninguna forma de acoso o discriminación con respecto al empleo o el puesto”* sin incluir, en la enumeración, la orientación sexual; sin embargo, su Anexo III sí contempla, como falta muy grave, el acoso por orientación sexual.

¹⁰⁶ Con idéntico tenor, los arts. 37 y 90 de los convenios de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial y Reforma Juvenil y protección de menores, respectivamente. En ellos se lee que hay que garantizar un *“entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual y personal del conjunto de personas que trabajan”*.

facilitada por las amplias definiciones como la *"violencia física y psicológica, la intimidación, el hostigamiento y los discursos de odio"*¹⁰⁷. En definitiva, cualquier agresión LGTBI+fóbica; siendo comúnmente aceptado, por un lado, que es indiferente la falta de prueba de la intencionalidad¹⁰⁸ y, por otro, que la intencionalidad *"convierte lo salvable en un entorno hostil"*¹⁰⁹. Y tercera y última, mediante la inclusión de los actos discriminatorios dentro de los protocolos de acoso¹¹⁰. Es cierto que esta vía permite, si no todos, sí que gran parte de los indicados atentados puedan obtener la debida protección; y esta reconducción es cada vez más frecuente en nuestra negociación colectiva.

Para evitar estas vías, que no dejan de ser interpretaciones, lo adecuado es que los convenios sean permeables a la realidad LGTBI+, ya que los atentados a la dignidad de estas personas suelen ser frecuentes y constantes y, de ahí, la necesidad de incorporar expresamente el acoso LGTBI+.

Llegado este momento, hay que llamar la atención sobre el hecho de que los protocolos de acoso, en los últimos tiempos, no siempre están en los convenios colectivos, sino que está siendo relativamente habitual que se contengan en los códigos éticos de las empresas. Y no debe pasar desapercibido que este soporte es un instrumento, en el que no participan, necesariamente, los representantes de los trabajadores, sino que su diseño y funcionamiento puede recaer de manera unilateral en la empresa. Por consiguiente, ésta suele autoatribuirse la instrucción y la resolución del supuesto de acoso. Ello, partiendo de que puede ser el agente agresor, tiene efectos contraproducentes; principalmente, la falta de objetividad, lo que puede disuadir al trabajador/a LGTBI+ de denunciar el acoso. Con esta premisa de partida, en absoluto voluntarista, lo acertado es que estos protocolos sean pactados y gestionados entre la empresa y los representantes de los trabajadores, ya sea en el convenio colectivo, ya sea en un documento independiente.

Dicho ello, hay que partir de que, al no estar generalizado el acoso LGTBI+, lo normal, en la casi totalidad de los convenios estudiados, es que no se contemple ninguna particularidad por el hecho de que la víctima del acoso sea un/a

¹⁰⁷ Informe de la Comisión (2021), p. 5.

¹⁰⁸ Informe de la Comisión (2021), p. 4, n. 32.

¹⁰⁹ *"Las personas LGBT en el ámbito del empleo..."*, op.cit., p. 34.

¹¹⁰ Así lo hace el Anexo 6 del CC de Solplast, SA, que define los actos discriminatorios -a los que les aplica el protocolo de acoso- como *"cualquier comportamiento realizado por razón de...orientación sexual... cuando se produzcan dentro del ámbito empresarial o como consecuencia de la relación laboral con el fin de atentar contra la dignidad de las personas creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo"*. Idéntico contenido se contiene en los arts. 33 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados y 119 del CC de la Industria Química.

trabajador/a LGTBI+. En consecuencia, hay que subsumir estos atentados en el procedimiento común¹¹¹.

Antes de exponer los puntos claves de estos protocolos, se hace imprescindible aclarar que no todos ellos están presentes en todos los convenios, ya que todavía los hay bastante pocos. Siendo así, la siguiente enumeración es el resultado de conjugar los distintos apartados de los diferentes convenios en aras al diseño del protocolo, podría decirse, ideal¹¹²; y ello, como no puede ser de otro modo, partiendo, por un lado, del respeto a la intimidad de la víctima, y, por otro, del acceso, cuando proceda, a la jurisdicción laboral y/o penal.

a) Declaración de principios o de intenciones¹¹³.

b) Compromiso¹¹⁴ y obligaciones¹¹⁵ de las empresas.

c) Definiciones¹¹⁶. En este apartado es en el que debe incluirse el acoso LGTBI+ o, como mínimo, el acoso discriminatorio¹¹⁷ -eso sí, siempre y cuando se

¹¹¹ UGT afirma que *"las menciones a acoso discriminatorio LGTBI suelen venir especificadas en las definiciones, lo que tiene lógica, puesto que el Protocolo, al indicar los pasos a seguir desde la denuncia, se desarrollará por procedimientos comunes"*, *"Las personas LGTBI..."*, *op.cit.*, p. 24.

¹¹² Se puede completar con las propuestas tanto de CCOO *"Igualdad..."*, *op.cit.*, pp. 20 y ss.- como de UGT *"Guía sindical sobre diversidad sexual..."*, *op.cit.*, pp. 22 y ss. y *"Hacia entornos laborales inclusivos..."*, *op.cit.*, p. 13-.

¹¹³ Arts. 37.17 del CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España, 119 del CC de la Industria Química, 85 del CC de Ilunion Seguridad, SA y 101 del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos; así como la Disposición Adicional I del CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA y los anexos I del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima y 6 del CC de Solplast, SA.

¹¹⁴ Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España.

¹¹⁵ Anexo II del CC de la Personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA.

¹¹⁶ A) Acoso sexual: arts. 37 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, 59 del CC de Banca, 90 del CC de Reforma Juvenil y protección de menores, 81 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural o 46.b) del CC de la Federación Farmacéutica, SCCL; y anexos 6 del CC de Solplast, SA y II del CC de la Personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA. B) Acoso por razón de sexo: arts. 46.c) del CC de la Federación Farmacéutica, SCCL o 59 del CC de Banca; y anexos 6 del CC de Solplast, SA y II del CC de la Personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA. C) Acoso moral: arts. 37 del CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, 90 del CC de Reforma Juvenil y protección de menores, 46.a) del CC de la Federación Farmacéutica, SCCL, 81 del CC de Sector del ocio educativo y animación sociocultural; los anexos 6 del CC de Solplast, SA y II del CC del Personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA y, por último, la Disposición Adicional I del CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA, que indica que *"los atentados contra la dignidad personal (comentarios desfavorables o insultantes sobre la vida personal, la apariencia o la ideología de la víctima)"* y *"la violencia verbal, gestual o física"*.

¹¹⁷ Incluye la orientación sexual, el Anexo I del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.

incluya entre sus motivos la identidad sexual y/o de género y la expresión de género-.

En este orden de ideas, merece la pena destacar aquellos convenios que, con una función ejemplificativa, enumeran expresiones de acoso¹¹⁸, incluido el chantaje sexual¹¹⁹; en sendos casos por orientación sexual. Y, al mismo tiempo, los que no excluyen ningún comportamiento de acoso con independencia de su intensidad. De este modo, incorporan los atentados de baja o media intensidad; dentro de los cuales están, por ejemplo, los roces puntuales¹²⁰ así como las burlas, chistes, comentarios, etcétera.

d) Acoso horizontal -el más frecuente- y vertical¹²¹ -tanto ascendente como descendente-¹²². En este apartado, cabría incluir también el llamado, por Naciones Unidas, acoso externo. De ahí que esta Organización recomiende, que se deben adoptar medidas para "*asegurar [la] seguridad [de los/as trabajadores/as LGTBI+] en sus desplazamientos diarios de casa al trabajo y en viajes oficiales*"¹²³. Pese a esta sugerencia, este tipo de acoso no está presente en ninguno de los convenios consultados.

e) *Ámbito de aplicación*¹²⁴. Lo normal es que se extienda a todo el personal de la empresa¹²⁵; independientemente de su puesto o responsabilidad. Es más, hay

¹¹⁸ Art. 66 del CC de Ilunion Outsourcing, SA -"*comentarios o gestos repetitivos de carácter sexual acerca del cuerpo, la apariencia, el estilo de vida u orientación sexual de la persona trabajadora*"-; y Anexo II del CC de Industrias de pastas alimenticias -"*ridiculizar a personas porque las tareas que asumen no se ajustan a su rol o estereotipo impuesto cultural o socialmente*", "*chistes, burlas que ridiculicen... la orientación sexual*", "*menospreciar el trabajo y la capacidad intelectual de las personas*" por su orientación sexual y críticas a la vida privada- e idénticos ejemplos a este últimos se contienen en el Anexo 6 del CC de la Industria de fabricación de alimentos compuestos para animales.

¹¹⁹ Art. 43.3 del CC de Grupo Importaco Frutos Secos -chantaje sexual es "*cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación de la trabajadora o el trabajador por razón de su condición sexual*"-. Este tipo de acto es calificado por el Anexo I del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima como "*acoso de intercambio (o quid pro quo)*".

¹²⁰ Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España.

¹²¹ Ello no quiere decir que no exista el acoso vertical o jerárquico sino que éste, en términos numéricos, es menor; y la razón es que es "*más sutil, habida cuenta de las limitaciones legales y de la repercusión que sobre la imagen de la empresa pudiese tener la denuncia y publicidad de una cuestión como ésta*", MAIRAL MEDINA, P. y PIEDAD OSORIO, L., "*Concepciones, actitudes y comportamientos respecto a la homofobia en el ámbito laboral de Coslada*", p. 43.

¹²² Entre otros muchos, se mencionan estos tipos de acosos en los anexos 6 del CC de Solplast, SA y II del CC de Industrias de pastas alimenticias.

¹²³ "*Hacer frente a la discriminación...*", *op.cit.*, p. 10.

¹²⁴ Anexo I del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, art. 34 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados o art. 101 del CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos.

convenios que amplían esta lucha contra el acoso a todo el personal ajeno a la empresa, con el que exista algún tipo de vinculación o relación. De ahí, por ejemplo, que se exija que estos protocolos tienen que ser aceptados y respetados por las empresas contratantes¹²⁶.

f) No es infrecuente que se creen órganos gestores de los protocolos de acoso; normalmente, denominados comisión de acoso¹²⁷.

g) Fijación de medidas preventivas¹²⁸: formación¹²⁹, información, sensibilización, vigilancia, comunicación y publicidad y difusión del protocolo¹³⁰.

h) Procedimiento, en el que hay que distinguir, junto a la instrucción, el procedimiento informal y formal; y sin perjuicio de que se fijen medidas cautelares¹³¹.

El procedimiento informal viene a simplificar y, por ende, a agilizar el trámite. Pese a la ventaja que ello supone, hay que tener enorme cautela a la hora de su diseño pues, de no ser así, puede no contemplarse todas las garantías necesarias para asegurar un desarrollo y un desenlace adecuado y conforme al atentado, que supone el acoso.

i) Todo ello tiene que ir dirigido a garantizar la protección de la víctima. Por esta razón, hay que atender a tres objetivos. En primer lugar, la indemnidad de la

¹²⁵ CCOO propone que, si en el acoso está "implicado personal ajeno a la empresa, [debe darse] conocimiento del suceso a sus respectivas empresas, para que sean éstas las que tomen las medidas que crean oportunas", "Igualdad...", *op.cit.*, p. 14.

¹²⁶ Anexo II del CC de Industrias de pastas alimenticias -personal de las empresas auxiliares-.

¹²⁷ Anexos I del CC de Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España y II del CC de la Personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA -Comisión instructora de tratamiento de situaciones de acoso-.

¹²⁸ Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España -formación e información-; Anexo 6 del CC de Solplast, SA -sensibilizar a la plantilla, vigilancia, difusión de los protocolos y "definir programas formativos y/o de comunicación, que favorezcan la comunicación y cercanía en cualquiera de los niveles de la organización"- o 34 del CC de Cimodin, SL -riesgos psicosociales-.

¹²⁹ El art. 37.17 del CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España indica que se evaluará en "todos sus centros y desarrollará acciones formativas dirigidas a todos los trabajadores/as, impartiendo esta formación a los de nueva incorporación en un plazo de seis meses tras su ingreso. Esta formación estará encaminada a implantar una cultura organizativa con normas y valores contra el acoso moral y sexual".

¹³⁰ Esta publicidad y divulgación también es reclamada por CCOO, "Igualdad...", *op.cit.*, p. 25 y por el Informe "Las personas LGBT en el ámbito del empleo...", *op.cit.*, p. 40.

¹³¹ Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, Anexo 6 del CC de Solplast, SA, art. 119 del CC de la Industria Química, art. 20.9 del CC de Pastas, papel y cartón, art. 34 del CC de Alain Afflelou España y franquiciados y art. 43.3 del CC de Grupo Importaco Frutos Secos.

víctima; en segundo lugar, la reparación de sus daños psicosociales¹³² -e incluso físicos-; y en tercer lugar, la sanción y las medidas adoptadas.

Excluidas las posibles deficiencias parciales de estos protocolos -así como las ausencias totales en algunos convenios-, su verdadera quiebra, lamentablemente, no está tanto en su regulación, que también, como en varios factores ajenos a los mismos, como son la conocida invisibilidad, los prejuicios y la estigmatización del colectivo LGTBI+, que conducen, la mayoría de las veces, a la falta de denuncias de estos/as trabajadores/as víctimas del acoso¹³³. Entorpecimientos difíciles de vencer pero a los que la negociación colectiva tiene, irremediadamente, que hacer frente mediante diseños adecuados de los protocolos y la generación de la confianza necesaria en la persona LGTBI+ acosada.

6. VALORACIÓN FINAL DEL ANÁLISIS CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON EL COLECTIVO LGTBI+

No se quiere ocultar que al inicio de este estudio, hubo grandes esperanzas en que los convenios colectivos atendiesen a la realidad LGTBI+. Sin embargo, a medida que se iban leyendo, esas esperanzas fueron desvaneciéndose, ya que la negociación colectiva, por ser un reflejo, de alguna manera, de la sociedad, está admitiendo tímida y muy lentamente la diversidad LGTBI+ y, por hacerlo de esta manera, son muchos los espacios y los atentados, que todavía no están cubiertos y protegidos por los convenios y, por ende, por los interlocutores sociales.

Siendo así, y como se viene indicando desde el principio, éstos tienen que fortalecer y adoptar un posicionamiento más activo, ya que tienen en sus manos la posibilidad de que se atenúe, hasta desaparecer, la discriminación LGTBI+ en la relación y contexto laboral. Se trata, desde luego, de un ambicioso objetivo, puesto que con él se lograría que las empresas fuesen no discriminatorias y diversas.

Pese a esta necesidad, no parece que para los interlocutores sociales dicho objetivo forme parte de sus reivindicaciones y pretensiones o, al menos, que no esté entre sus prioridades. Prueba de ello son los vacíos convencionales en materias de tanta relevancia como el acceso al empleo, la salud laboral, la formación o el acoso y, por supuesto, en la propia identificación del hecho diferencial LGTBI+.

Desde aquí se reclama que, de una vez y para siempre, la diversidad sexual y/o de género y la expresión de género estén presentes en las cláusulas

¹³² Por todos, Anexo 6 del CC de Empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España.

¹³³ UGT destaca que "*se presentan pocas denuncias ante la empresa, pero es que solo se investigan un tercio de las denuncias presentadas en la empresa*", "*Hacia entornos laborales inclusivos...*", *op.cit.*, p. 8.

antidiscriminatorias. Así, hay que huir de generalidades, de ambigüedades, de contradicciones y, sobre todo, de la confianza en que la inclusión de esta causa de discriminación en catálogos legales pueda suplir su presencia en los convenios colectivos.

Aunque, desde un punto de vista técnico-jurídico, como se ha dicho, ello es factible; lo acertado e idóneo es que se contemple, igualmente, en los convenios para sensibilizar y favorecer la visibilidad de los/as trabajadores/as LGTBI+. Una visibilidad imprescindible para el pleno desarrollo personal y profesional de estos/as trabajadores/as; y que debe ir acompañada de un entorno laboral contrario a cualquier tipo de intromisión o atentado a su dignidad y a su intimidad. De ahí la necesidad, no atendida siempre y de forma correcta en los convenios colectivos, de que los actos LGTBI+fóbicos, en cualquiera de sus expresiones, queden incurso en el catálogo de faltas y, además, se actúe ante situaciones de acoso.

Si lo precedente es predicable de todas las personas integrantes del colectivo LGTBI+, la actuación de los interlocutores sociales tiene que ser mucho más incisiva en relación con las personas trans, las cuales son casi totalmente ignoradas en nuestra negociación colectiva. Lo que no es, en ningún caso, ni entendible, ni justificable, ya que está siendo un entorpecimiento para su acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo. Obviamente, no es responsabilidad exclusiva de los negociadores pero, pese a ello, es mucho lo que podrían hacer para garantizar una digna vida profesional a estas personas evitando, en la medida de lo posible, su pobreza y su exclusión.

Por todo lo dicho, la valoración final no puede ser positiva; como mucho, en un alarde de optimismo, esperanzadora en cuanto que, al menos, el hecho diferencial LGTBI+ va tomando carta de naturaleza, con las precisiones ya indicadas, en la negociación colectiva, pero sin perder nunca de vista que todavía son muchos los convenios que no contemplan, ni directa ni indirectamente, esta causa de discriminación y, por no hacerlo, no se adoptan medidas, de ningún tipo, favorecedoras de la integración y dignidad profesional y, por ende, personal de las personas LGTBI+.

Así que, desgraciadamente, hay que aceptar que el camino que queda es largo y tortuoso porque encierra un problema mucho más profundo -y, por tanto, más difícil de solventar- de naturaleza cultural y educacional; y aunque son muchos los sujetos responsables y, por consiguiente, con capacidad para intervenir, los interlocutores sociales no pueden hacer, bajo ningún concepto, una dejación de sus responsabilidades que, en este tema, debe traducirse en romper con cualquier atisbo de discriminación sufrida por los/as trabajadores/as LGTBI+. Mientras tanto, el desencanto será el sentimiento nacido de la lectura de los convenios colectivos.

7. CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

CC de Viajes Ecuador, SA (BOE de 6 de enero).

CC de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA (BOE de 19 de enero).

CC de Schweppes, SA (BOE de 19 de enero).

CC del Banco de España (BOE de 21 de enero).

CC del Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (BOE de 21 de enero).

CC de Nunhems Spain, SAU (BOE de 5 de febrero).

CC para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España (BOE de 5 de febrero).

CC de Balkanica Distral, SL (BOE de 9 de febrero).

CC de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 9 de febrero).

CC Solplast, SA (BOE de 9 de febrero).

CC del Grupo Vodafone España (BOE de 9 de febrero).

CC de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE de 11 de febrero).

CC de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo AIE (BOE de 11 de febrero).

CC del Grupo Cetelem (BOE de 18 de febrero).

CC de Reforma juvenil y protección de menores (BOE de 18 de febrero).

CC de BT Global ICT Business Spain, SLU (BOE de 19 de febrero).

CC de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU (BOE de 19 de febrero).

CC para las Granjas avícolas y otros animales (BOE de 19 de febrero).

CC del Grupo Maxam (BOE de 2 de marzo).

CC de Iberdrola Grupo (BOE de 2 de marzo).

CC de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA (BOE de 3 de marzo).

CC de Bureau Veritas Inspección y Testing SLU, Bureau Veritas Solutions, SA e Instituto de la Calidad, SAU (BOE de 10 de marzo).

CC de Pilotos de Eurowings Europe GmbH (BOE de 17 de marzo).

CC de Baloncesto Profesional ACB (BOE de 17 de marzo).

CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE de 22 de marzo).

CC del Personal de estructura del Grupo Mercantil ISS (BOE de 22 de marzo).

CC del Sector del ocio educativo y animación sociocultural (BOE de 22 de marzo).

- CC del Sector de la banca (BOE de 30 de marzo).
- CC de Cegelec, SA (BOE de 12 de abril).
- CC para el personal de flota de Compañía Trasmediterránea, SA (BOE de 12 de abril).
- CC para las Industrias de pastas alimenticias (BOE de 12 de abril).
- CC de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa" (BOE de 6 de mayo).
- CC de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA (BOE de 6 de mayo).
- CC de Verallia Spain, SA (fábricas) (BOE de 8 de mayo).
- CC de La Vanguardia Ediciones, SL (BOE de 8 de mayo).
- CC de Frit Ravich, SL (BOE de 13 de mayo).
- CC de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA (BOE de 13 de mayo).
- CC de Restauración Colectiva (BOE de 14 de mayo).
- CC de Inet Inst., SL (BOE de 15 de mayo).
- CC de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE de 18 de mayo).
- CC del Grupo Envera (BOE de 28 de mayo).
- CC de Cimodin, SL (BOE de 28 de mayo).
- CC de Oficinas Corporativas del Grupo Siemens Gamesa Renewable Energy (BOE de 3 de junio).
- CC de Radio Popular, SA (BOE de 8 de junio).
- CC de Grandes almacenes (BOE de 11 de junio).
- CC para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio).
- CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE de 11 de junio).
- CC de Control y Montajes Industriales CYMI, SA (BOE de 11 de junio).
- CC de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España (BOE de 11 de junio).
- CC de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia (BOE de 3 de julio).
- CC de Coviran, SCA (BOE de 9 de julio).
- CC General de la Industria Química (BOE de 19 de julio).
- CC de Pastas, papel y cartón (BOE de 29 de julio).
- CC de Alain Afflelou España y franquiciados (BOE de 1 de septiembre).
- CC de Euro Depot España, SAU (BOE de 1 de septiembre).

- CC de Philips Ibérica, SAU (BOE de 1 de septiembre).
- CC de Ilunion Seguridad, SA (BOE de 1 de septiembre).
- CC de Decathlon España, SA (BOE de 1 de septiembre).
- CC para las empresas del Comercio de flores y plantas (BOE de 3 de septiembre).
- CC de Primark Tiendas, SLU (BOE de 4 de septiembre).
- CC intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA y Roca Sanitario, SA Corporación Empresarial, SA (BOE de 6 de septiembre).
- CC del Grupo Importaco Frutos Secos (BOE de 6 de septiembre).
- CC de BT Global ICT Business Spain, SLU (BOE de 6 de septiembre).
- CC de Renault España, SA (BOE de 15 de septiembre).
- CC de Capital Genetic EBT, SL (BOE de 17 de septiembre).
- CC de Ceoli Centro Especial de Empleo, SL, para los centros de trabajo de Toledo y Jaén (BOE de 17 de septiembre).
- CC de Empresas de Servicios Auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (BOE de 17 de septiembre).
- CC de Eltec It Services, SLU (BOE de 17 de septiembre).
- CC de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (BOE de 17 de septiembre).
- CC de Uniprex, SAU (BOE de 24 de septiembre).
- CC de Plataforma comercial de Retail, SAU (BOE de 25 de septiembre).
- CC de Autotransporte Turístico Español, SA (BOE de 27 de septiembre).
- CC de Safety Kleen España, SA (BOE de 27 de septiembre).
- CC de Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE de 27 de septiembre).
- CC de Kutxabank, SA (BOE de 27 de septiembre).
- CC de empresas de Enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 27 de septiembre).
- CC de Agfa NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid (BOE de 5 de octubre).
- CC de Supermercados Sabeco, SAU (BOE de 6 de octubre).
- CC de Placas de piezas y componentes de recambio, SAU (BOE de 6 de octubre).
- CC de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL, para los centros de trabajo de Alicante, Almería, Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia y Valencia (BOE de 14 de octubre).
- CC de Ilunion Outsourcing, SA (BOE de 15 de octubre).

- CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre).
- CC de Exide Technologies, SLU (BOE de 20 de octubre).
- CC de Enseñanza y formación no reglada (BOE de 28 de octubre).
- CC de Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE de 28 de octubre).
- CC de Kiabi España, KSCE, SA (BOE de 28 de octubre).
- CC del Grupo Viesgo España (BOE de 13 de noviembre).
- CC de Enersur Siglo 21, SL (BOE de 15 de noviembre).
- CC de Nokia Spain, SA (BOE de 15 de noviembre).
- CC de Family Cash, SL (BOE de 16 de noviembre).
- CC de Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE de 16 de noviembre).
- CC de Vestas Eólica, SAU (BOE de 20 de noviembre).
- CC de Babé y Cía., SL (BOE de 23 de noviembre).
- CC de la Industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 23 de noviembre).
- CC de Aceites del Sur-Coosur, SA (BOE de 23 de noviembre).
- CC de NCR España, SL (BOE de 25 de noviembre).
- CC del Grupo de Marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE de 25 de noviembre).
- CC de Heineken España, SA (BOE de 2 de diciembre).
- CC de Logistium, Servicios Logísticos, SA para los centros de trabajo de Alicante y Barcelona (BOE de 2 de diciembre).
- CC del Grupo Cofely (BOE de 3 de diciembre).
- CC de Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2021-2022 (BOE de 9 de diciembre).
- CC de Chariots Investments, SL (BOE de 15 de diciembre).
- CC del Grupo JD-Sprinter (BOE de 15 de diciembre).
- CC para la Acuicultura marina nacional (BOE de 15 de diciembre).
- CC de la Industria textil y de la confección (BOE de 16 de diciembre).
- CC para el sector de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 27 de diciembre).
- CC de Bofrost, SAU (BOE de 28 de diciembre).

PLANES DE IGUALDAD Y COLECTIVO LGTBIQ+¹

RAMÓN LÓPEZ FUENTES
Universidad de Sevilla

1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LA MATERIA

Sí partimos del contenido del art. 2 del RD 901/2020², de 13 de Octubre, su redacción podría y debería considerarse como reiterativa o cuasi anecdótica para todas las empresas del art. 1.2 del TRET cuando establece que “...con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo...”. Pero no parece que sea así, porque en los últimos años es patente que no sólo no se ha dado un cumplimiento íntegro y efectivo al mandato general del art. 14 de nuestra CE si no que tampoco se ha realizado un trabajo pleno de implantación general del contenido de la LO 3/2007 de 22 de marzo, que tras más de una década de su aprobación aún sigue percibiéndose más como una “obligación” que cómo una necesidad, ¿o es que no lo es? En este sentido ya sabemos que surgen voces críticas, de clara vocación ideológica. ¿Pero

¹ Trabajo realizado en el marco del 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).

² En adelante RDI.

hay razón al respecto? ¿son necesarios dichos mecanismos? Obviamente, no es nuestra intención anticipar respuestas, por más que en este sentido si haya que hacerlo, pues no se trata de apreciaciones subjetivas si no de realidades con datos. Donde, precisamente, queda patente que aún queda mucho trabajo por hacer³, no sólo ya en razón de roles de género, sino incluso, en razones de categorizaciones de base sexual. Sí que hay que reconocer el mérito normativo de ir creando cierta cultura “de la igualdad”, o al menos de suscitar el debate sobre la materia y sacar a colación aspectos de diversa consideración en las relaciones de trabajo y empleo, dónde el RDI parece un paso necesario y justificado, de cara a un pleno desarrollo y avance sobre las previsiones de la LO 3/2007, de 22 de marzo, en cuanto norma para garantizar que la igualdad entre personas debe ser no una meta, si no una premisa, en las relaciones de trabajo. Con capital atención a la negociación colectiva, plasmada específicamente a través de Planes de Igualdad que sirvan de instrumento esencial para garantizar algo tan básico como que esa igualdad entre personas sea real y efectiva. ¿Por qué en realidad aún no es así? A lo dicho, nos remitimos: avanzamos, pero aún queda recorrido. Porque, si así fuese, sobraría todo lo dicho y escrito por diferentes autores, así como lo que a continuación se va a indicar sobre esa efectividad de los Planes de Igualdad y el análisis de una importante cantidad de los mismos.

Es cierto que se han ido dando avances sustantivos en la materia-tanto formales, como materiales-. Pero no podemos considerar que es así si tenemos en cuenta sensibilidades diferenciadas a la perspectiva de género. Por cuanto nos encontramos con que apenas un 25-30% de los Convenios presentan cláusulas específicas de atención a colectivos LGTBIQ+⁴. E incluso dicho porcentaje parece casi disolverse en los Planes de Igualdad, aunque eso no necesariamente se traduzca en menos presencia y atención a la diversidad. Tal y como intentamos analizar en este trabajo sobre la especificidad o no a dichos colectivos en los Planes de Igualdad -lo que quizás sí tenga cierto sentido si partimos de una premisa general en torno al concepto “persona”-.

³ A. SAN MARTIN. *Los planes de igualdad tras su desarrollo reglamentario: antecedentes y propuestas*. Edit. Aranzadi. 2021, p. 130.

⁴ En este sentido vid. El estudio, bajo el título: “Las personas LGTBI en la negociación colectiva. Análisis de la protección laboral de las personas LGTBI en la negociación colectiva en España”, presentado por el vicesecretario general de Política Sindical de UGT, Mariano Hoya, y el responsable del Área Confederal LGTBI, Toño Abad, donde se analizan diferentes cláusulas en materia de igualdad, prevención y eliminación de la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género en la negociación colectiva. Octubre 2021

Porque consideramos que esta materia puede ser esencial para impulsar el reconocimiento de mejoras sociolaborales al colectivo LGTBIQ+⁵. Más allá incluso del desarrollo de normas previas y de alcance Internacional, como son los ODSs, por cuanto su concreto desarrollo en nuestro ordenamiento podemos sintetizarlo a través de la Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Norma que no sólo supone un instrumento de desarrollo de la Resolución 17/4, mediante la que el Consejo de la ONU hizo suyos los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, “que figuraban en el Informe que había sometido al Consejo el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas (A/HRC/17/31)”; si no que, y a nuestro entender, nos permite hacer una interpretación extensiva de su alcance como instrumento justificativo del propio RDI, más allá incluso de la propia LO 3/2007. Afirmación esta, que se sostiene no sólo porque el propio texto de la Resolución alude a un amplio elenco de compromisos normativos para nuestro país en la materia⁶; sino porque, además, sólo mediante la garantía de dichos principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos sería posible seguir avanzando en la consecución de los objetivos establecidos en la Agenda para el desarrollo⁷.

⁵ Por ello, hemos de advertir que se trata de un trabajo muy positivista, sobre la base del análisis de diferentes Planes y, por tanto, no tan pegado a la amplia doctrina que ha trabajado otros aspectos más centrados en la perspectiva de género aplicada a los Planes de Igualdad.

⁶ Citados en la propia Resolución, en cuanto parte esencial del primer pilar de la Resolución y que van más allá de normas ONU o de la OIT, pues alude también a los propios textos de la UE y, por extensión, a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, como ocurre incluso respecto a la Carta Social Europea.

⁷ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/#>. Aprobada por más de 150 países, el 25 de septiembre de 2015. Un acuerdo en el que los estados firmantes se comprometen a adoptar medidas que permitan la consecución de “objetivos globales 2030” -dando así continuidad a los denominados “Objetivos del Desarrollo del Milenio”, aprobados previamente en la Declaración de París-. Dichas medidas habrán de concretarse mediante acciones, fundamentalmente, normativas que impulsen, garanticen y den contenido concreto a intervenciones que sirvan “...de base esencial para el crecimiento y desarrollo económico y social de los próximos años, a la par que se vela por el interés del planeta”. De esa forma no sólo se da más protagonismo a la propia Asamblea de la ONU, a la hora de establecer la coordinación de acciones para avanzar en dicha agenda, si no de que haya una implicación real y efectiva de los signatarios del acuerdo para el desarrollo de cualesquiera acciones que garanticen la participación de las propias instituciones de los Estados, así como de las “empresas” y de la sociedad en su conjunto en la consecución de:

- Lucha y erradicación de la pobreza.
- Hambre cero.
- Desarrollo e impulso de los sistemas de salud y bienestar.
- Educación de calidad.
- Igualdad de Género.

Obviamente, si la implantación de los Principios Rectores de la Empresas en la garantía de Derechos Fundamentales no va en la línea programática de la ADS, pocas normas lo están. Por cuanto la garantía de los Derechos Fundamentales en el ámbito de la relación de empleo supone la integración de la mayoría de los 17 principios que integran la citada Agenda. Ya sea de forma específica, o de manera transversal, tal y como ocurre con la mayor parte de los temas centrales de dichos ODSs, y su relación con la necesaria garantía de derechos que podemos plantear en torno a la igualdad efectiva de todas las personas para garantiza aquellos.

2. PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO, Y SU RELACIÓN CON LOS PLANES DE IGUALDAD

Dada la importancia que creemos aporta la Resolución de 2017, y por ende el RDI, podemos entender que al menos nos planteemos una doble perspectiva a la hora de enfocar como el cumplimiento de los principios rectores de los Derechos Fundamentales y su relación en el ámbito del empleo y el mundo del Trabajo inciden en el diseño de los Planes de Igualdad.

Y creemos que es importante hacer esa doble distinción tanto desde una perspectiva restrictiva, como extensa, siempre y cuando consideramos que los Derechos fundamentales son aquellos derechos y libertades que toda persona posee por el solo hecho de ser tal, y con independencia de que se encuentran así reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico⁸.

Por tanto, sería válido considerar el derecho a la igualdad incluso si nos atenemos a una interpretación restrictiva del concepto, centrándonos sólo en el genérico derecho a la negociación colectiva, que ya gozaría de esa consideración desde el momento que estamos ante instrumentos de negociación colectiva, como prevé el RDI.

Pero, y como hemos ya señalado, no creemos que baste con esa atención reduccionista. Hay que apostar por una consideración amplia de los derechos

-
- Trabajo decente y crecimiento económico.
 - Industria, innovación e infraestructura.
 - Reducción -y erradicación- de las desigualdades.
 - Ciudades y comunidades sostenibles.
 - Paz, Justicia e instituciones sólidas.
 - Alianzas para lograr los objetivos...

⁸ Concepto muy sintético, y que, desde luego, puede y debe ser entendido con un carácter instrumental al hilo de la temática que nos ocupa. Por cuanto el concepto, obviamente, es mucho más complejo y amplio, cit. J. Cruz villalón. "Oportunidades y Desafíos de los Derechos Fundamentales Laborales en las Relaciones Laborales". *RIC de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Adapt. N 4/2016, p. 17 a 19.

fundamentales, por el hecho de serlo, siguen presentándose como tales en cualesquiera de las esferas en las que el sujeto opere. Esto es, donde la tradicional enumeración de los derechos a la intimidad, igualdad, honor, integridad y salud... etc., seguirán siendo objeto de protección y garantía en las relaciones de empleo en las que el titular de dichos derechos puede verse afectados, con una especial protección en el caso de las relaciones de trabajo⁹ y, muy especialmente, si de la igualdad efectiva entre personas hablamos.

Por todo lo anterior, y como ha puesto de relieve una parte importante de la doctrina laboralista de nuestro país, la evolución en la protección de los derechos fundamentales ha permitido una importante creatividad conceptual en torno a si hay una eficacia “pluridimensional” de los Derechos fundamentales; o si hay derechos fundamentales específicos e inespecíficos; o si hay una ampliación de los mismos por la irrupción de nuevos derechos fundamentales; que hay nuevos planteamientos en torno a la virtualidad y efectiva de los derechos o que, incluso, hay un marco diferenciado de los mismos en función del origen normativo de los mismos... Cuestiones que nos pueden llevar a encontrar casi tantas construcciones doctrinales sobre la materia como autores, y todo para justificar que junto a una tradicional protección de los denominados derechos fundamentales “generales o específicos” (por más que aplicados al ámbito de las relaciones de empleo y trabajo), hoy por hoy se postulan nuevas referencias a lo que son verdaderos derechos fundamentales en el reconocimiento de condiciones de trabajo y protección social decentes e igualitarias¹⁰.

En consecuencia, no parecería necesario que la legislación laboral profundice con una legislación prolífica y pormenorizada para resolver cuestiones en torno a la necesaria igualdad, salvo por el hecho fáctico de que la misma, y pese a ese mandato general, sigue sin cumplirse plenamente, sobre todo cuando se habla de medidas para “integrar” a determinados sectores de población activa¹¹. Luego, parece obvio que, y más allá de otros mandatos generales, ha de darse la bienvenida a cualesquiera mecanismos de autorregulación que a través de la negociación colectiva y del contenido de la misma nos permitan avanzar en esa

⁹ Como no sólo han indicado nuestros tribunales nacionales, si no a nivel internacional y como, por supuesto han reiterado autores como Cruz Villalón, J; Fernández Lopez, M.F, Ballester Pastor, M.A... o Valdés del Re, F.

¹⁰ En este sentido creemos de referencia la línea de actuación extensa que viene desarrollando la OIT, con diversas publicaciones en la materia, alguna incluso de referencia expresa a nuestro país, de la que no sale muy bien parado al respecto, todo sea dicho. cit. *España: Crecimiento con Empleo*. 2014.

¹¹ De ahí, el incidir sobre el concepto de Brecha...VVAA. *Brecha de Género: planes de igualdad, registro y auditoría salarial, conciliación, compliance y tutela jurisdiccional*. Claves práctica Francis Lefebvre. Edit. Baker McKenzie. 2ª Edición. 2021, p.35.

construcción¹². Luchando así, también contra cuestiones como la cronificación de la pobreza laboral; la segmentación de relaciones de trabajo; y polarización de las condiciones sociolaborales, sobre todo ante una falta de adecuación a las nuevas realidades de la e-economy y economía colaborativa; del uso indebido de datos; de una mayoritaria contratación precaria de colectivos concretos; de uso fraudulento de trabajo autónomo; del papel de los intermediados de empleo y de las prácticas de acceso al empleo; de infracotizaciones y condiciones salariales; de desprotección familiar; de la falta de recursos para atender a la dependencia o sobre la inestabilidad del futuro del modelo del Estado del Bienestar... y tantos otros temas que están en la agenda para luchar contra la desigualdad y el garantizar el bienestar de las personas¹³. En cuanto ejemplos de múltiples aspectos que, interconectados en mayor o menor medida, nos dibujan un lienzo bastante pesimista al que ya no es ajeno ningún segmento de población, más allá de lo que parece una estricta interpretación de la igualdad en función de los roles de género, que bien han de completarse desde el estricto sentido del hecho de ser persona. Desde esas posiciones tienen cabida las constantes críticas a las reformas laborales de los últimos ejercicios, y la reclamación para considerar urgente que la implantación de adaptación de los principios rectores de los Derechos Fundamentales a las Empresas sea una realidad, pues sólo así es posible garantizar una protección máxima a una pérdida constante de garantías sociolaborales y donde cada vez es más frecuente encontramos la presencia de bolsas de colectivos profesionales especialmente sensibles y vulnerables, que van quedando o fuera del Sistema, o en una peores condiciones de garantía de derecho; por lo que parece lo más acertado que las partes que reconocen que hay un problema, decidan actuar sobre él¹⁴.

¹² Donde a base integrar conceptos en torno a “techo de cristal” o “paredes de hormigón_” casi podemos considerar que estamos en medio de una obra a concluir, o bien de un programa de reformas a desarrollar.

¹³ M.J. Romero Rodena. Planes de Igualdad, Ed. Bomarzo, 2017.

¹⁴ En términos tales a los que se plantea la Nueva Reforma Laboral, y el papel secundario que parece pasa a tener la negociación colectiva de Empresa, en favor de la Sectorial. Lo que puede llevarnos a negociar materias propias de los Planes de Igualdad en fórmulas negociales de dimensión supraempresarial, o al contrario, en cuánto instrumentalizar los Planes de igualdad para seguir mantenido estándares diferenciados a nivel empresarial. Sobre todo, cuando muchas de las medidas avanzan en garantizar un sesgo de género, pero sin atender a las discriminaciones estrictamente sexuales, y ello, pese a los teóricos avances que se supone deben aportar los Planes Nacionales y Autonómicos en materia de Empleo, por cuanto la falta del propio abre esa vía, cit. STS de 26 de noviembre de 2019, ref. STS 778/2019.

3. TRABAJADORES POBRES Y TRABAJO DECENTE COMO PARADIGMAS A MEJORAR MEDIANTE LOS PLANES DE IGUALDAD: ¿UNA QUIEBRA DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON ESPECIAL REPERCUSIÓN EN EL COLECTIVO LGTBIQ+?

Según datos de la OCDE, nuestro país ocupaba en los últimos años la séptima posición en cuanto al mayor crecimiento de los denominados “trabajadores pobres”. Y, en concreto, el primer puesto dentro del selecto club de los denominados países desarrollados. Precisamente es esa una de las bases sobre las que se tratan de justificar parte de las medidas de la nueva Reforma Laboral, amén de estar presente en la mayor parte de las normas que sobre empleo y condiciones de trabajo ha ido apareciendo desde 2020, y que podemos situar en esa línea de lucha contra la exclusión, la precariedad y la recuperación de posibles derechos.

Aunque la definición de lo que entendemos como trabajador pobre es compleja, y admite diversas perspectivas; en nuestro caso nos parece que ese honor que nos atribuye la OCDE -junto a numerosos informes de ONGs, las publicaciones de la OIT, o la propia UE...- pone de relieve que algo no se está haciendo de forma correcta en términos actuaciones concretas, por más que haya crecido en volumen de empleo y contratación, con carácter general¹⁵, y donde los colectivos LGTBIQ+, desgraciadamente cobran un papel protagonista. Tanto en lo que supone su acceso al mercado de empleo, como en el desarrollo de desempeño concreto¹⁶.

Un drama que, más allá de si hay un problema de vulneración de derechos fundamentales¹⁷ -como también reiteran las diversas centrales sindicales y algunas asociaciones de trabajadores autónomos- es de gravedad real¹⁸: por cuanto afecta a aspectos esenciales como la retribución de las personas, y la incapacidad de atender con esas percepciones a sus necesidades y las de su familia. Quizás, y para hacernos una idea, haya que plantearlo en términos de similitud con lo que ocurre respecto al colectivo de personas con discapacidad, cuya realidad nadie discute y que, en términos cuantitativos puede ser similar. Sobre todo, por las dificultades que nos encontramos a la hora de cuantificar objetivamente las personas LGTBIQ+

¹⁵ Y es así, porque la calidad y condiciones no superan en muchos casos ni los estándares mínimos que marca la OIT.

¹⁶ Ejemplos cotidianos, que abarcan ejemplos sobre situaciones de acoso o discriminación, que incluso llevan a la extinción del contrato por el hecho de cambiar de sexo.

¹⁷ Y que está especialmente presente tras la ratificación por parte de nuestro país de la Redacción de la Carta Social Europea de 1996, y la aplicación de los protocolos colectivos de reclamación.

¹⁸ C. MARTÍNEZ “Brecha salarial de género y discriminación distributiva: causas y vías para combatir las”. *Revista Femeris*, 2020. p. 278.

afectadas. Porque más allá de la falta de datos estrictamente objetivos¹⁹, hay diferencias cualitativas sobre la caracterización subjetiva del propio colectivo que no hay que obviar: estereotipos, grupos, variedad de personas incluidas, desconocimiento de realidades, planteamientos de ideológicos, referencias a la marginalidad...etc. Luego, y sin obviar otras consideraciones específicas de índole sociológico, es una realidad que, aunque a veces la encontramos reflejada en la negociación colectiva, ésta es escasa, como se ha indicado. Y es ahí, donde entendemos que los Planes de Igualdad se dotan de un valor adicional, siempre y cuando los consideremos como instrumentos necesarios y esenciales para la Igualdad efectiva personal; con independencia de que puedan estar también más o menos centrados en materia de género. Perspectiva que, y a falta de otras previsiones concretas sobre colectivos determinados, sí que suele ser prevalente en los actuales Planes de Igualdad. Quizás en una línea más o menos restrictiva de interpretación de las previsiones de la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea, para 2020-2025 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral, incluyendo la eliminación de la brecha retributiva de género. Todo ello siguiendo la lógica subyacente a las directivas y precursoras de esta estrategia, por tanto, el desarrollo de políticas de igualdad y de empleo en las empresas son los instrumentos que permiten integrar estos principios más allá y, por tanto, también incluir expresamente, o bien hacer planteamiento no excluyentes, de cualesquiera otras diferencias personales en torno a la condición, prácticas preferencias orientación o sentimiento sexual de la personas y su incidencia en el ámbito laboral.

Así queremos entenderlo del análisis de numerosos Planes de Igualdad (en algunos casos, ya incluso de los que podríamos llamar de Tercera Generación). Pues lo contrario nos daría una versión reduccionista de los Planes, al centrarse sólo en la perspectiva de género, sin perjuicio de que eso no signifique que las entidades que los desarrollen vayan a diferentes velocidades, y con diversas garantías. Lo que es claro es que los objetivos²⁰ de un plan de Igualdad suponen o

¹⁹ Si nos atenemos a los datos que se pueden obtener del propio Ministerio de Empleo, y del cruce con los informes de la Agencia Tributaria, ese panorama, incluso puede interpretarse de una forma aún más negativa. Ya que de forma muy sintética ponen de relieve no sólo que cada vez hay más sujetos en situación de exclusión social, sino que incluso el propio fenómeno de “trabajador pobre” sigue creciendo y va más allá de una única caracterización subjetiva, si no que se ceba en hogares monoparentales y en personas con discapacidad, del colectivo LGTBIQ+..., o de cualesquiera otra perspectiva que en los que el género o el sexo pueda estar presente pero fuera de los estándares “comunes”, sobre todo cuando se conjuga con factores formativos, de desarrollo social, medio geográfico, etc.

²⁰ Y que de forma muy sintética podemos resumir en los que marca el Plan de Igualdad de Lidl, que casi suponen la premisa básica:

implican la garantía de un trabajo decente, en cuanto que sólo desde la igualdad es posible trabajar de manera digna.

4. CLAUSULADO DE LOS PLANES DE IGUALDAD COMO ELEMENTO A CONSIDERAR EN LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PERSONAS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

4.1. La instrumentalidad de los Planes de Igualdad para la mejora del Derecho fundamental de Igualdad

El artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres establece que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores y trabajadoras en la forma que se determine en la legislación laboral. A nuestro entender, dicha afirmación no supone el reconocimiento del Derecho

Promover la defensa de aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la empresa

Garantizar las mismas oportunidades de acceso, formación, desarrollo y promoción profesional a mujeres y hombres.

Promover y mejorar las posibilidades de acceso de la mujer a puestos de responsabilidad, contribuyendo a reducir desigualdades y desequilibrios, que pudieran darse en la empresa

Prevenir el acoso sexual y la discriminación laboral por razón de sexo, estableciendo un protocolo de actuación.

Reforzar el compromiso de la empresa con el equilibrio vida profesional y personal de sus trabajadores.

La igualdad de retribución por trabajos de igual valor.

Aspectos sobre los que también sintetiza el Plan de Igualdad de IKEA, al señalar *De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, incluso de manera más general, y a modo de resumen, los objetivos fundamentales de este plan son los siguientes:*

1. Avanzar en la Igualdad de Oportunidades y trato entre hombres y mujeres en IKEA.
2. Integrar aún más la perspectiva de género en la gestión de la empresa.
3. Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que trabajan en IKEA y fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. Bien recogido en el artículo 44 del mismo. *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras de forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.*
4. Garantizar la igualdad de retribución para trabajos de igual valor. Art 28 ET. *El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor a la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.*

Fundamental a la igualdad en el ámbito de las relaciones de trabajo, si no que supone el paso siguiente para que ese derecho ya existente se garantice y concrete en acciones concretas que recogen esos instrumentos normativos. Luego no es rellenar un papel o proponer ideas, si no que, y partiendo de una realidad concreta, se acuerden las medidas necesarias para garantizar la igualdad efectiva y real. Así se constata cuando, a continuación, el propio precepto, comienza a matizar el alcance de las medidas a considerar, y cuando proceda negociar Planes de igualdad, tanto con carácter voluntario²¹, como de manera forzosa, ya sea en función de sus dimensiones de plantilla²², y/o considerando también la caracterización de aquellas.

Indicando también, como hemos señalado, que la elaboración y aplicación de un plan de igualdad deberá ser, asimismo, objeto de negociación. En la forma que se determine en la legislación laboral, incluyendo en su caso la extensión del mismo, incluso a los trabajadores de ETTs y, por ende, entendemos que a otras fórmulas de colaboración o cesión de trabajo²³. Esto es, estamos ante una norma que se ha cuestionado por reflejar cierta indefinición de cómo exactamente había de negociarse, y si había de llegarse a un contenido concreto, pero que parece que ahora, y tras la aprobación de los denominados Decretos de Igualdad, queda bastante más diáfano en su desarrollo. Por ello, a nuestro juicio, ya no cabe alegar

²¹ Ya que se indica que esa obligación de negociar Planes de igualdad se puede ampliar, en aquellas empresas afectadas por Convenios Colectivos donde así se establezca, y en los términos previstos en el mismo. Por lo que la elaboración e implantación de planes de igualdad, por tanto, será voluntaria para las demás empresas no expresamente obligadas, previa consulta a la representación legal de la plantilla -si la hubiese, como al respecto se planteó el PI en ASDE-..Un voluntariedad que dada la situación de nuestro sistema de negociación colectiva podemos afirmar, que salvo honrosas excepciones, escasa incidencia práctica ha tenido, más allá de incorporar algunas de las posibles medidas en algún acuerdo de empresa o, a lo sumo, y aprovechando, otra vía, a través de planes estratégicos, atendiendo a actuaciones vinculadas a la RSC y, por tanto, al margen de la instrumentalidad y garantía que supone la negociación colectiva.

²² En este sentido es de agradecer la concreción que hace el RDI 2, en su párrafo 2 y 3, cuando establece la obligación en el caso de empresas de cincuenta o más personas trabajadoras, las medidas de igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido previsto en este real decreto. A las empresas incluidas en el artículo 45.3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, les será de aplicación lo establecido en este real decreto, salvo en lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que establezca su adopción o en el acuerdo sancionador, respectivamente.

²³ STS de 26 de noviembre de 2019, ref. STS 778/2019, ya cit. y que podemos incluso ya encontrar incorporada a ciertos Planes y Convenios. Vid Convenio COPSA S.L. art. 23.1 d) Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.”

uno de los principales límites del porqué los resultados que nos encontrábamos en los Registros de dichos acuerdos eran tan bajos, porque ahora queda claro con las medidas sobre las que sí ha legislado el RDI, y que han obligado y siguen forzando a replantear, e incluso renegociar, dichos Planes (amén de la presencia de algún pronunciamiento jurisprudencial del impacto al respecto)²⁴, además de dar un paso más en la efectiva aplicación de criterios de Igualdad material.

Aunque el Art. 46 de la mencionada Ley, sí que abundaba, en qué integra los planes de igualdad de las empresas, solía interpretarse que lo hacía de una forma más o menos general, en cuanto que son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Donde se fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. O lo que es lo mismo, que deben implicar una fase previa de diagnóstico, más o menos personalizado, en la que se determinen factores a remover que impidan la igualdad efectiva por razón de sexo que, de hacerse adecuadamente, supone la garantía en el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos humanos, a los que aluden no sólo la normativa internacional, si no expresamente el art. 14 de la CE. Ahora bien, sin mayor delimitación y, por tanto, y con cierta lógica, en una primera fase ha provocado que proliferen los Planes de Igualdad con clara vocación de avanzar sobre la perspectiva de género. Aunque, entendemos, que sin olvidar ésta, también debiese existir un mayor trabajo para garantizar igualdad efectiva para que no quepa hacer cualquier otra consideración excluyente basada en cuestiones de índole política, religiosa o sexual.

La falta de mayor concreción puede parecer hasta incluso interesada. En primer lugar, por dejar campo a la propia capacidad de las partes, como recoge a posteriori el propio RDI, al concretar materias y aspectos formales y materiales. Pero, y sobre todo, entendemos que también por su vinculación a otros instrumentos y garantías de nuestro sistema de negociación colectiva, ya que no podemos olvidar que el Plan de Igualdad puede estar recogido o vinculado en el propio Convenio de Empresa, y no necesariamente desarrollarse de forma autónoma a éste.

Pero hay incluso un tercer factor a considerar, a nuestro entender. El hecho de que, para su impulso, y más allá de otras muchas cuestiones en torno a los aspectos personales de los responsables de los Planes, se establezca la necesidad

²⁴ En este sentido nos parece muy interesante la STS 2092/2017, de 9 de mayo de 2017, sobre el contenido y papel de la Comisión del Plan de Igualdad de Ayesa.

de crear y formar a profesionales especializados en la materia²⁵. Especialmente en lo que compete a tener la formación precisa para ser responsables de los mismos. Una situación que, y dadas ciertas carencias formativas de las partes responsables de los Planes, han permitido la proliferación de múltiples cursos, másteres, seminarios y cualquiera otra forma de formar al respecto, sobre las que quizás es hora de hacer alguna precisión en torno a su verdadera adecuación. Ya sea porque se ha estigmatizado sobre la centralidad en la formación sobre discriminación de género, o por ser insuficiente en su diseño²⁶. ¿Resultado? Que en algunos casos se hacen responsables de la negociación, aplicación y seguimiento de los Planes, a personas no formadas adecuadamente, por más que sobradamente “voluntaristas”. Aunque, ello también ha implicado la proliferación, siquiera sea a posteriori, de una mejora exponencial en el número y calidad de profesionales.

Por todo lo anterior, es muy frecuente que los Planes se hayan ido sucediendo, modificando y hasta apareciendo con cierto retraso. Siendo, por ello, muchos de esos Planes poco más que una reiteración y/o, a lo sumo, concreción de materias ya reguladas en la negociación colectiva de referencia en las empresas obligadas a implantar el Plan. Esto es, se hacía una interpretación pegada a la letra del precepto, cuando se indica “...que para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo; clasificación profesional; promoción y formación; retribuciones; ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar y, prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”²⁷. Siendo, por tanto, la realidad, de que dicha referencia se haya tomado más cómo referente o guía de actuación, que como ejemplo y fórmula a enriquecer. Eso ha facilitado la proliferación de guías

²⁵ Ilustrativo, en este sentido vid. Plan Igualdad Bloque 0 Plan de Igualdad empresa Bidafarma cuando establece los criterios para designar una persona responsable de velar por la igualdad de trato y oportunidades dentro de la empresa, que además participe en la implementación del plan de igualdad.

²⁶ Ya que las prisas en algunas empresas por la necesidad de nombrar responsables en la materia abrieron una puerta a formaciones de difícil clasificación, ya que, y sin llegar a la eclosión de las técnicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, si que fueron utilizadas por diversas entidades dónde los alumnos y alumnas no siempre recibían o tenían la formación adecuada, ya que siquiera conocían de manera clara el contenido de los Planes y su instrumentalidad a la hora, no sólo de negociarlos, si no, incluso, de aplicarlos.

²⁷ Donde las acciones de sensibilizando y formando a todo el personal sobre la necesidad de establecer un trato basado en la igualdad y en el respeto mutuo. Además, también se busca elaborar, aprobar y difundir un procedimiento para la detección, prevención y actuación en situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, y por orientación sexual o identidad de género son esenciales, como señala el Plan de Igualdad empresa Biofarma, a lo largo de todo el bloque 6 de medidas.

más o menos técnicas, y hasta manuales de referencia, en torno a qué y cómo negociar un plan de igualdad²⁸.

A nuestro juicio, no cabe confundir esa enumeración con una guía cerrada²⁹. Pues, salvo las medidas específicas para prevenir el acoso sexual, que creemos que hay que separar del acoso por razón de sexo en el trabajo³⁰ (en cuanto que la Ley establece que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo), el resto de su contenido y estructura se trata de dejar al buen entender y criterio de las partes, en todo aquello que consideren que puede contribuir a mejorar y garantizar la Igualdad efectiva de personas. Eso sí, estableciendo al menos una doble garantía:

En primer lugar, en torno a su extensión. Al establecer que los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo y, su extensión, incluso, a otras empresas vinculadas a la misma, tal y como ya hemos

²⁸ En este sentido, vid. con carácter general vid. VVAA, *Implantación de un plan de igualdad. Paso a Paso: Guía paso a paso de cómo implementar un plan de igualdad en la empresa*, Ed. Colex, 2019; y P. NIETO ROJAS y C. ARACÓN GÓMEZ. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, Ed. Dykinson, 2021.

²⁹ Como podemos observar, hay situaciones en las que el convenio deja toda una batería de aspectos en manos del Plan de Igualdad, sin establecer unos criterios mínimos, pues solo menciona las materias que se deben desarrollar y explicando, en cada caso, el área a desarrollar, diagnóstico y plan de acción. Ejemplo de lo anterior es el art. 63 del Convenio Colectivo del Grupo Ilunium Outsourcing S.A, que expresamente *la igualdad y establece* que: “El plan de igualdad fijará los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. (...) Las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, la violencia de género, sensibilización y comunicación y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”. Pasando, a continuación, a definir y tipificar diferentes formas de acoso, indicando, además, cómo proceder en caso de sentirnos víctimas del mismo, mencionando que la Comisión de Igualdad ha considerado necesaria la creación de una Comisión Anti-acoso y la figura del Mediador/a.

Por su parte, el Plan de Igualdad determina a grandes rasgos:

- Refuerzo de la comunicación e información del protocolo.
- Campaña para dar a conocer a las personas que forman el Comité Anti-acoso.
- Revisión de los protocolos con el fin de unificarlos.

Finalmente, es el convenio el que determina que a la persona denunciada, le comunicará el inicio del procedimiento la Dirección de RR.HH.; quedando en manos de la autoridad competente la resolución del mismo (con las consecuencias que se estimen oportunas para ambas partes).

³⁰ Donde parece patente que las actuaciones contra cualquier persona LGTBIQ+ debiesen estar recogidas, no parece ser así (al menos en la Planes consultados, que no quiere decir que no estén, si no que, a lo sumo se remiten a Protocolos de la empresa de forma diferenciada).

señalado que expresamente ha resuelto el Tribunal Supremo e incluso, como veremos, ya incorporan algunos Planes de Igualdad³¹.

Y una segunda, de publicidad y acceso. Por cuanto se garantiza el acceso de la representación legal de la plantilla de la empresa o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos, sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias. Una cuestión que, si ya es compleja en materia de negociación colectiva, aquí cobra especial sentido, en mayor medida si cabe, cuando hablamos de personas LGTBIQ+ y, en su caso, si tenemos en cuenta la lo que supone disponer de información sobre esas personas. Lo que, a nuestro juicio, debe implicar una garantía reforzada de las medidas sobre protección de datos de carácter personal.

4.2. Contenido de los Planes de Igualdad: una mirada práctica a ejemplos concretos

Aún a riesgo de adelantarnos a unas futuras consideraciones futuras, vaya por delante, que el contenido de este apartado no es cerrado, siquiera exhaustivo, si no fruto del análisis de diferentes planes de igualdad, unos elegidos de manera aleatoria, y otros vinculados a las empresas del IBEX 35³², de manera que hemos hecho una amplia cata sobre el contenido de los mismos y sus conexiones con las denominadas cláusulas de aplicación específica al colectivo LGTBIQ+, o de afectación a los diversos colectivos integrados bajo esa denominación, cuya referencia, vaya por anticipado, que expresamente es cuasi testimonial o remite al propio Convenio de referencia³³. Circunstancia ésta, que creemos está motivada, o es salvada, porque la mayoría de los convenios hablan de las trabajadoras/trabajadores o de “personas trabajadoras” -pero sin dejar de hacer una genérica “referencia a cualquier consideración sexual” o perspectivas similar-.

Ahora bien, esa intencionalidad aglutinadora puede quedar en entredicho, desde el momento que, o bien el Plan de Igualdad se interpreta desde una única

³¹ Cit. COPSA S.L.

³² En cuanto objeto de un trabajo adicional que está en proceso de elaboración.

³³ Normalmente, además, porque hay una remisión concreta a lo que establece el Convenio de referencia, como podemos observar en distintas empresas afectas por el Convenio Colectivo Para Comercio del Metal de la CA de Madrid, cuando en su Art 21, hace referencia a las Políticas de igualdad: “El Acceso al empleo. Nadie podrá ser discriminado directa o indirectamente por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género, nacimiento, origen racial o étnico, religión, edad, discapacidad, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social en el acceso al trabajo”. Donde, en su apartado b), establece que “Las empresas asumen como propios los principios de no discriminación e igualdad de trato a las personas LGTBI, evitando toda conducta, en el ámbito laboral, que atente al respeto y la dignidad personal”.

perspectiva de género; o bien, hacemos alguna consideración crítica a que las referencias sean sólo personas que se encuadran en clasificaciones sexuales binarias.

No obstante, y partiendo de esa premisa de concepción integral de las personas, es necesario destacar que, aunque así no fuese, siempre hay aspectos concretos, que, afectando a diversas materias, tienen, a nuestro entender, interés general sobre cualquier persona (partiendo de que muchos Planes hacen declaraciones generales sobre la Igualdad, ya sea porque en su contenido y/o su forma, permiten considerarse aplicables a cualquiera que pueda estar referenciado por los Planes objeto de análisis)³⁴, por más que esa percepción pueda ser objeto de discrepancia y matización según el prisma de las partes que consideren que pueden estar excluidas de dicha regulación integral.

Advertimos, por tanto, que no vamos a realizar una enumeración cerrada de materias y/o colectivos afectados. Si no, que en aras de entender aplicables a las personas LGTBIQ+ el contenido de los Planes de Igualdad, es nuestra intención centrar una clasificación aleatoria de materias que no tienen por qué excluir a nadie. Estructura que bien puede ser diversa y, por supuesto, ampliable y ordenada de cualquier otra forma, según el propio Plan de Igualdad disponga específicamente alguna previsión para determinados colectivos. Ya sea en relación al Convenio de referencia, o ya sea porque el mismo se integra en dicho Convenio. Y consideramos que ello es así porque hay frecuentes referencias genéricas a otras normas de referencia superiores a la negociación colectiva, bajo el referente de “establecer una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el

³⁴ Ya sea en la propia justificación del Plan, o en preceptos del mismo cuando se “...comprometen a respetar el principio de igualdad, no admitiéndose discriminaciones por razón de sexo, estado civil, edad, raza o etnia, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, ideas políticas, afiliación o no a un sindicato, etc. Una cláusula genérica que enlaza con la idea general de “una especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres, en todo lo referente al acceso al empleo, promoción profesional, la formación, estabilidad en el empleo, y la igualdad salarial en trabajos de igual valor. Se obliga a la colaboración entre empresa y representantes de los trabajadores con el fin de implantar políticas que lleguen a todos los niveles de la organización, garanticen y mantengan entornos laborales libres de acoso. En estas políticas se debe respetar la dignidad del trabajador y facilitar el desarrollo de las personas. Por último, las personas con responsabilidad de mando tienen la obligación de garantizar las condiciones adecuadas de trabajo en su ámbito de responsabilidad”. Eso sí, se hace en términos neutros, o lo que llamaríamos un prisma tradicional, o de división binaria por sexos, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En esa línea, también va todo el bloque 8 del Plan de Igualdad de Biofarma, cuando establece la necesidad de acciones que promuevan una imagen igualitaria de mujeres y hombres y garantizar que los medios de comunicación internos sean accesibles. Para ello, se basa fundamentalmente en 2 acciones

1. Dar a conocer que Bidafarma tiene un plan de Igualdad, tanto a los propios empleados como al resto de la población mediante campañas, publicidad...
2. Optar a la obtención del distintivo de Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

trabajo, en seguimiento con la normativa de los art. 14 y 9.2 de la CE, así como acuerdos internacionales y de la ONU, y también reflejado en el ET, ... además de cumplir con el acceso al empleo libre de discriminaciones directas o indirectas³⁵, donde el Plan establezca criterios para la selección y contratación del personal sin discriminaciones, con criterios objetivos³⁶. Siendo así, podemos, a su vez, encontrarnos con diferentes materias reguladas en torno a los siguientes bloques, a partir de la enumeración recogida en la propia Ley y el RDI sobre materias a considerar como contenido mínimo:

a) Cláusulas de acceso y creación, calidad y mantenimiento del empleo

En este campo, es posible encontrar desde preceptos en los que se establece que se podrán realizar pruebas de aptitud para el acceso, o incluso garantías de contratación en firme de un número concreto de personas³⁷.

³⁵ En aras a garantizar que en todos los procesos de selección y contratación se cumpla el principio de igualdad de trato y oportunidades efectivas entre hombres y mujeres, donde incluso se prevé la utilización de informes estadísticos como instrumento de comprobación de cumplimiento, y se comprometen a dar preferencia a las mujeres en todas las profesiones con el objetivo de conseguir un equilibrio profesional e incluso ampliando esa cláusula en caso de ser mujer para establecer una preferencia, que no se hace para otros colectivos, cit. P.e. II Plan Igualdad de Huawei 2020-2024.

³⁶ En este sentido vid. II Plan de Igualdad Huawei 2020-2024, donde es de destacar referencias generales en el sentido de continuar en el desarrollo de una "...cultura de la empresa, de igualdad de trato y oportunidades, en los procesos de promoción se guiará por el principio de igualdad de trato y oportunidades, sin discriminaciones directas o indirectas. Para ello también será necesario fomentar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad ("compromiso de aumentar hasta el 25% la media de las mujeres"). Además de establecer la presencia equilibrada en puestos de responsabilidad, se fomentará la misma en los distintos grupos y categorías de la empresa. En esta línea, se fomenta la incorporación de la mujer a puestos que están masculinizados, con medidas que incluso establecen que "en condiciones de igualdad de méritos, tendrá preferencia. Además, en materia de Formación, se comprometen a desarrollar programas en habilidades y competencias directivas y de mando", tal y como señala el Plan de Igualdad de Endesa, en su sección I.

³⁷ En el artículo 30 del Plan de Igualdad de Endesa se recoge el compromiso de la empresa de contratar durante la vigencia del CC a 1000 trabajadores de los cuales, al menos 200 serán de los Niveles Competenciales II, III y IV, y 100 de contrato de relevo. Teniendo en cuenta que el Convenio Colectivo de Endesa La Estructura profesional de la empresa se encuentra en el Capítulo IV, en concreto los artículos 13-18 recogiendo información determinante para comprender correctamente las cláusulas específicas de empleo. Lo más importante son los Niveles Competenciales (0 Responsable, I Técnico Superior, II Técnico Gestor, III Especialistas, IV Profesionales) que vienen determinados por diferentes factores y criterios de adecuación profesional. Por lo que resulta lógico el art 31.2 d. "Formación profesional: principios y objetivos; La garantía de la empleabilidad del personal." En la cobertura de vacantes los trabajadores afectados por operaciones de reordenación tendrán preferencia absoluta siempre que cumplieran los requisitos y capacidades requeridas. Además, tendrán preferencia los trabajadores que retomen la vida laboral después de una incapacidad permanente, los casos en los que se facilite la reunificación y conciliación familiar. En las vacantes de Nivel Competencial 0 regirá un sistema de libre designación.

Pero es llamativo que en algunos casos el Plan de Igualdad, añada todo un listado de acciones sobre el epígrafe³⁸, e incluso matice “la prohibición del uso de imágenes y lenguaje sexista, así como la preferencia por la contratación de mujeres de más de 45 años, con referencias a establecer un registro desagregado por sexos de las personas que se presentan al proceso de selección y las que son finalmente contratadas”³⁹ Eso sí, en muchos casos matizando que esas acciones están condicionadas a las correspondientes circunstancias de idoneidad e igualdad⁴⁰.

En otro sentido, incluso hemos visto referencias directas al Convenio Colectivo desde el Plan de Igualdad, sobre todo en la concreción de medidas destinadas a ciertos colectivos que permitan “rejuvenecer” plantillas;⁴¹ o establecer criterios preferenciales de sustitución; así como a establecer observatorios de mejora en el desarrollo de sus plantillas⁴².

³⁸ Bloque 1 del Plan Igualdad Bidafarma: Se centra en los aspectos de acceso al empleo y contratación. Es decir, el objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades tanto de hombres como de mujeres desde el reclutamiento hasta la contratación. Con medidas entre las que se encuentran:

- Destacar en cada oferta de trabajo el compromiso de la empresa con la igualdad de oportunidades y la existencia del plan de igualdad.
- Revisar que no hay descripciones de puestos de trabajos sesgadas hacia un género u otro.
- No utilizar lenguaje sexista.
- Priorizar el reclutamiento interno a la contratación externa.
- Segregar los datos por sexo.
- Aumentar las posibilidades de reclutamiento de mujeres en puestos masculinizados (mediante acuerdos con colegios profesionales por ejemplo).
- Preferencia de contratación para el puesto del género menos representado.
- Equilibrio entre el % de indefinidos mujeres y hombres y equilibrio en la tasa de temporalidad de mujeres y hombres.

³⁹ Ejemplo del Plan de Igualdad de empresa EMTESPORTS S.L, para Madrid.

⁴⁰ En términos similares se recoge el Convenio del grupo Ilunium, y su referencia al Plan de Igualdad en la preferencia de contratación de mujeres cuando estén menos representadas y existan igualdad de condiciones

⁴¹ Al establecer jubilaciones obligatorias por edad, conforme al RD 28/2018. con el fin de garantizar la adecuada renovación y el rejuvenecimiento de las plantillas de las empresas del sector con preferencia al uso de contrato de relevo y que, sin duda, habrán de reactualizarse a la luz de la nueva normativa en la materia. Medidas que tratan de vincularse a la mejora de la estabilidad en el empleo, entendiéndose por tal cuando de forma simultánea a la extinción del contrato por jubilación obligatoria se produzca la transformación de un contrato temporal en indefinido o la contratación de un nuevo trabajador o la transformación de un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo.

⁴² En concreto, el Plan de Igualdad de Mercadona establece la creación de un observatorio de carácter paritario con integrantes de todas las partes firmantes para dotar de mayor flexibilidad y eficiencia a la compañía a la hora de introducir mejoras relacionadas con las jornadas laborales y su distribución.

b) Cláusulas sobre condiciones laborales

Parece existir una regla no escrita sobre establecer pocas variaciones o nula referencia a especificaciones diferenciadas. Y, si acaso, alguna remisión al Convenio de referencia en cuanto a condiciones laborales, sobre todo en materia de salario, por lo que hemos considerado que cada persona cobrará en función del grupo profesional al que pertenezca, con independencia de la condición sexual que tenga, al igual que en situaciones de ineptitud sobrevenida (probada debidamente) podrán ser aplicados en otra actividad distinta de la de su grupo profesional.

En otro orden de cosas, y aunque a veces se recogen como cláusulas sobre conciliación, es muy frecuente encontrar diferentes opciones de adaptación y cambio en materia de contratos a tiempo completo y tiempo parcial⁴³.

c) Cláusulas sobre formación⁴⁴ y promoción profesional

En esta materia es frecuente no encontrar referencias tanto a la consecución de la igualdad entre personas, como sí al hecho de que no se diferencie entre trabajadores indefinidos y temporales. Donde, en función de colectivos concretos, se fomenta la transformación en contratos indefinidos, o la reducción de jornada. Especialmente en supuestos de aumento de plantilla o vacante a cubrir; o ya sea porque a los trabajadores a tiempo parcial se les reconozca preferencia para ocupar puestos a tiempo completo.

También hay cláusulas que señalan que hay que garantizar un reparto equitativo del ofrecimiento de la realización de horas complementarias, por lo que la empresa dará cuenta de ello a los representantes y, en su caso, también se reconoce la obligación de informar al personal que encuentra suspendida su relación laboral por nacimiento y cuidado de menores, de procesos formativos y

⁴³ Sobre todo, en referencia a las madres, cit. Plan Igualdad de Mercadona La paridad en la contratación y la puesta en marcha de mujeres en puestos que han sido masculinizados y hombres en puestos que han sido más feminizados. Para los contratos a tiempo parcial se podrá pasar a un contrato a tiempo total, cuando haya vacantes o puestos de nueva creación, previo acuerdo entre las partes. Jornada laboral que no exceda de 40 horas semanales, pudiendo ser reducidas a media jornada para el cuidado del menor hasta los 15 años, teniendo la posibilidad de luego volver a tiempo total, si así lo desean. En similares términos, Planes de Igualdad de compañías aéreas y AVE, dadas la alta tasa de presencia femenina en sus plantillas.

⁴⁴ Donde hay que diferenciar los criterios específicos de formación, de Formación concreta en materia de Igualdad, generalmente centrada en acciones para sensibilizar y formar a los trabajadores en la igualdad de oportunidades. Se forma además a los trabajadores en aspectos tales como el acoso sexual. Este bloque también se centra en garantizar la igualdad de oportunidades para formarse. Cabe destacar cómo la empresa pone a disposición de las personas con excedencia por cuidado de hijos o situaciones de IT prolongadas también la formación existente en la empresa, cit. Plan igualdad Bidafarma.

de ascenso⁴⁵, en aras, entendemos a garantizar su efectivo derecho también a promocionar.

Hemos encontrado cláusulas dónde se apuesta porque se elabore un programa de detección del talento, registrando mujeres con potencial de desarrollo en la empresa en cada departamento y desarrollando un programa de actuación para dotar a las participantes de competencias de impulso a su carrera profesional, amén de que se haga un seguimiento de la proporción de mujeres que ocupan altos cargos⁴⁶.

Por otro lado, también es muy frecuente encontrar actuaciones para contratar a trabajadores con menos representación en la empresa -si bien, con escasas o nulas referencias al cómo y al quiénes, salvo cuando se motiva la contratación de mujeres para la promoción laboral-, e incluso, en algún caso se hace referencia a tener en cuenta la variable sexo y género subrepresentado⁴⁷, así como que su disfrute no podrá alterar las condiciones de equilibrio con la conciliación familiar del resto de empleados, como hemos indicado.

Sobre ascensos, la casuística es muy variable, si bien suele ser común la remisión expresa a la libre designación de la empresa, previa evaluación continuada del desarrollo profesional por el ejercicio de la práctica, amén de fomentar una representación equilibrada de mujeres y hombres en los distintos grupos profesionales de la empresa. Además de elegir a los mejores profesionales, independientemente de su sexo, por medio de la selección basada en el mérito, capacidades y en el desempeño del trabajo tal y como puntualiza el plan de igualdad de la empresa⁴⁸.

Desde el punto de vista de la formación, también encontramos referencias a la creación de una comisión paritaria de formación continua, así como el compromiso de poner en marcha planes de formación de interés general⁴⁹, y que

⁴⁵ Según Plan Igualdad Grupo Ilunion, los trabajadores deben tener las mismas condiciones de acceso a la promoción. Centrándonos en las mujeres trabajadoras, tendrán preferencia aquellas que en condiciones equivalentes de idoneidad estén infrarrepresentadas en el nivel jerárquico, área o departamento del puesto. Además, se debe informar a las personas trabajadoras de baja por nacimiento y cuidado de menor o lactancia o excedencia por cuidado de menos o familiar, de los procesos de promoción.

⁴⁶ Plan Igualdad Bidafarma.

⁴⁷ Plan de Igualdad de empresa EMTESPORTS S.L.

⁴⁸ Plan Igualdad de Mercadona, que concreta como acción positiva adoptar una cuota del 50% de participación de mujeres en la formación para la promoción al curso de «aspirantes a personal directivo GC», garantizando que realizará un seguimiento anual de la referida cuota.

⁴⁹ El Plan de Igualdad de Mercadona plantea hacer el seguimiento del Plan de Formación anual desde la perspectiva de género para evitar discriminaciones por razón de sexo dentro de los módulos de formación de cualquier ámbito inherente a la actividad de la empresa y que sea considerado como mejora de conocimientos y empleabilidad del trabajador/a.

el plan de formación actúe sobre las segregaciones (tanto en sentido horizontal, como vertical), así como a promover una jornada de sensibilización en género al personal directivo y la comunicación de los cursos a las personas que se encuentren en excedencia por cuidado familiar, por más que a veces se haya excluido a ciertas trabajadoras de dichos procesos. Siendo esas Comisiones las responsables del diseño estratégico, planificación, programación y difusión de la oferta formativa, que pueda realizarse acogiéndose a lo establecido en materia de formación continua. Por más que dicha formación vaya más allá de la específica del puesto de trabajo, por cuanto se incluya "... la formación para la integración de la igualdad en la gestión de recursos humanos y la formación básica en materia de igualdad. Por ejemplo, a través de la formación y/o sensibilización sobre el uso de lenguaje inclusivo, prevención de acoso sexual y por razón de sexo y corresponsabilidad. Esta formación está dirigida a toda la plantilla, incluidas las personas de nuevo ingreso, con una duración mínima de 6 horas⁵⁰.

d) Cláusulas sobre representatividad y comunicación entre las partes

Bajo este epígrafe, podemos encontrar desde temas relacionados con la designación de posibles comisiones "ad hoc", y la prohibición de las mismas⁵¹, a cuestiones relacionadas con las formas de comunicación entre las partes⁵², y o los

⁵⁰ El Plan de Igualdad de COPSA S.L. va más allá de lo que establece en el Convenio, que se centra en materia de Formación para el desempeño en el puesto de trabajo

⁵¹ STS rec. 50/2020, de 26 de enero de 2021, "...no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*, que es una fórmula negociadora excepcional habilitada por el legislador cuando no hay representación legal de los trabajadores para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva anudadas a medidas de flexibilidad interna y externa, como los periodos de consulta de la movilidad geográfica (art. 40 ET) y las modificaciones sustanciales colectivas (art. 41 ET), la suspensión de contratos y la reducción de jornada (art. 47 ET), el despido colectivo (art. 51 ET) y la inaplicación de convenio (art. 82.3 ET), sin que dicha representación *ad hoc* pueda utilizarse para la negociación de los convenios colectivos", matizando, además, el verdadero sentido de la STS rec. 213/2017, de 13 de septiembre de 2018.

⁵² Incluso que no siempre están en el articulado del Plan, si no, que aparecen en la propia Exposición del mismo y, por tanto, con carácter transversal como ocurre en el caso de EMTERSPORTES S.L. cuando señala que "la comunicación entre trabajadores en el convenio colectivo no se hace referencia en ningún artículo, pero en las disposición primera se hace una aclaración sobre el uso del lenguaje en el convenio, en el texto se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y las trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar una escritura demasiado compleja. pero el plan de igualdad tiene como medidas las siguientes: Se tendrá un especial cuidado en la utilización de un lenguaje no sexista en todas aquellas comunicaciones, tanto internas como externas"., donde la empresa también: " velará por trasladar una imagen corporativa libre de imágenes sexistas generando en todo momento la inclusión de mujeres y hombres en el mundo laboral y social; se facilitará un «buzón» de sugerencias para que la plantilla pueda realizar sus aportaciones y expresar opiniones. Con el fin de lograr este objetivo se crea la cuenta de correo electrónico que se dará a conocer a toda la plantilla..."; "se e introducirá en la página web...un apartado específico sobre «igualdad de género» en el que se colgará el Plan de Igualdad y todas las medidas que la empresa genere para el logro de la igualdad (...)

derechos de información, participación e implantación, donde la promoción, como veremos en otro apartado sigue sometida a criterios de discrecionalidad⁵³, que bien admiten amplios poderes de acción⁵⁴.

e) Cláusulas sobre salud laboral

En aras a velar por la salud y seguridad laboral de toda la plantilla adoptando las medidas necesarias para mantener un ambiente seguro y saludable, así como “tratar de introducir la dimensión de género en la política de salud laboral”⁵⁵.

Pese a que hay todo un elenco de cláusulas en torno a las cuestiones de acoso, es curioso, como en algunos casos la cita a esta materia es doble, por cuanto se reconoce en el Plan de Igualdad la necesidad de “establecer mecanismos que las empresas deberán de implementar para detectar posibles riesgos psicosociales, además de la promoción de la detección precoz de estos mismos, con atención especial a las cuestiones relacionadas con el acoso”⁵⁶. No obstante, los temas estrella podemos encontrarlos en tono a asegurar una protección eficaz a las

dentro de la empresa. Asimismo, se colgarán las medidas que se vayan generando para la ejecución de este Plan de Igualdad”, así como a “...realizar una campaña de difusión de la existencia de este Plan de Igualdad”.

⁵³ Como ejemplo cit Plan de Igualdad se pretende favorecer el acceso y promoción de mujeres y hombres en puestos y niveles en igualdad de condiciones, en los términos del Convenio Colectivo de COPSA S.L, en sus art. 35 “1.- El ascenso de los trabajadores a tareas o puestos de trabajo que impliquen mando o especial confianza, será de libre designación y revocación por la empresa”. “2.- Para ascender, cuando proceda, a una categoría profesional superior, se establecerán por la empresa sistemas de carácter objetivo, teniendo en cuenta la formación, méritos y permanencia del trabajador en la empresa...”.

⁵⁴ Sirva de ejemplo el artículo 19 del convenio Colectivo y Plan de Igualdad de Ilunion Outsourcing, S. A, relativo a los ascensos y provisión de vacantes. En él se determina que, si la vacante llevase adjunto a las mismas funciones de mando o de especial confianza, será potestad de la dirección de la empresa cubrir dicha vacante como libre designación, estando los puestos de especial confianza determinados en el propio convenio. Para el resto de casos, se atenderá a una serie de normas, siendo la que nos interesa: “a) Se atenderán los criterios de no discriminación por sexo descritos en el E.T. y se atenderá a los criterios relativos a la promoción establecidos en el Plan de Igualdad. Se tendrá presentes para la ocupación de los puestos de trabajo, tanto por contratación como por promoción, las medidas de fomento de la igualdad real entre hombres y mujeres, en base a garantizar la ocupación, en igualdad de condiciones de idoneidad, de personal del sexo menos representado en el grupo profesional al que corresponda el puesto en cuestión”.

⁵⁵ Plan de Igualdad de Lidl.

⁵⁶ Ejemplo de ello es el Plan Igualdad de Ikea, que entre otras acciones considera trabajar no sólo con respecto a su propio personal, sino también con cualesquiera que lo hagan en la empresa respecto a “...la difusión del protocolo de acoso a todos los niveles por los canales que suelen ser los más habituales de la empresa para mantener un buen ambiente laboral”. “También incluir una formación obligatoria además de la de PRL, en la que se trate el tema del acoso sexual”. “Informe a la Comisión de Seguimiento sobre procesos iniciados por acoso según el protocolo aprobado en la empresa, así como el número de denuncias formalizadas en cada centro y las medidas adoptadas en cada situación en la que se detecte acoso”.

situaciones de embarazo y lactancia, pues raro es el Plan que no contemple criterios vinculados a la protección de la maternidad, con medidas que abarcan el establecimiento de una evaluación de riesgos para la trabajadora y el feto, y la adaptación del puesto de trabajo a la situación de la progenitora y, si no es posible la adaptación de su puesto de trabajo, se podrá cambiar su puesto de trabajo, siguiendo las reglas de movilidad funcional de la empresa como alternativa previa al acceso a la prestación de Riesgo durante el embarazo. Para ello, entre otras cuestiones se plantean:

- Revisiones médicas y pruebas complementarias para estudiar y analizar el estado de salud del personal, realizando evaluaciones de riesgos que incluyan los factores psicosociales.
- Elaborar una campaña de divulgación del protocolo de los riesgos psicosociales.
- Elaborar un protocolo de actuación para situación de embarazo, riesgo de embarazo y lactancia.

f) Sobre violencia de género

Hemos de diferenciar entre preceptos que hacen referencia a prohibir toda violencia de género⁵⁷, donde se reconocen aspectos que van desde la posible

⁵⁷ A destacar, por su extensión, el artículo 64, del Plan de Igualdad de Ilunium, relativo a la *protección contra la violencia de género*. De este artículo son destacables muchísimos aspectos que, a continuación, se enumeran:

1. La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.
2. El traslado o cambio de centro tendrá una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este periodo, podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo.
3. Las ausencias o falta de puntualidad al trabajo, motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, se considerarán justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud.
4. En el supuesto de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo, el período de suspensión tendrá una duración inicial de 6 meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. El juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.
5. La trabajadora víctima tendrá derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo en los términos establecidos en este Convenio o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora.
6. Para lo no previsto en este artículo, se recurrirá a lo establecido en la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

reducción de jornada de trabajadoras objeto de ella, amén de mantener la absoluta confidencialidad, y facilitar el cambio de centro si con ello se garantiza la integridad física y moral de la víctima, en aras a “mejorar lo establecido en la Ley otorgando diferentes derechos y facilidades, siempre y cuando la persona afectada lo justifique con la debida documentación”⁵⁸, con los consiguientes problemas que pueden establecerse sobre la garantía de dicha información. Por tanto, es fácil encontrar referencias a que a las víctimas de violencia de género, se les facilitarán el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario o aplicación del horario flexible, incluso el traslado de centro, -por periodos más o menos concretos, van desde los seis meses aun tiempo indefinido-; incluso se reconoce la complementariedad de ayudas directas⁵⁹; la posibilidad de optar a excedencias de hasta tres años⁶⁰; se ofrece la recolocación en la empresa y la concesión de días para las distintas gestiones que esta tenga que llevar a cabo⁶¹; o facilitar el derecho a la extinción del contrato de trabajo con derecho a las prestaciones por desempleo.

Por otro lado, vemos un tratamiento complementario en el caso de situaciones de Acoso Sexual o por razón de sexo. Esto es, afirmando el compromiso de la empresa con la erradicación del acoso sexual, introduciendo medidas como la elaboración de Protocolos, decálogos o fijando definiciones para identificar comportamientos en lo relativo a este tema, acompañados de procedimientos de actuación y/o planes de formación y concienciación, casi siempre a negociar con el banco social y/o a desarrollar a través de planes integrales de Desarrollo y/o Responsabilidad Social.

En este caso, la función del Plan de Igualdad es facilitar a las trabajadoras el conocimiento de sus posibilidades en el caso de sufrir violencia de género; su plan de acción se puede resumir en:

- Elaborar un dossier que recoja todas las medidas y recursos que la empresa tiene a disposición de las trabajadoras víctimas.
- Elaborar una base de datos con los casos atendidos en el seno de la empresa.
- Revisar las medidas adoptadas por la empresa en esta materia.
- En los casos de movilidad geográfica, abonar un mes de salario para ayudar a la mujer a sufragar sus necesidades vitales.

⁵⁸ Plan Igualdad Huawei cit.

⁵⁹ Art. 56, Plan Igualdad Endesa.

⁶⁰ Plan Igualdad Mercadona.

⁶¹ Plan Igualdad Bidafarma.

g) Cláusulas sobre corresponsabilidad⁶² y conciliación

Otra materia dónde quizás más novedades podemos apreciar, por cuanto se suele hacer referencia a la creación de medidas “para la igualdad de condiciones para la conciliación para el cuidado de un menor, un menor discapacitado o familiar enfermo, igualando las condiciones tanto para mujeres como hombres”⁶³, donde el plan de igualdad visibiliza la necesidad de reparto de responsabilidades, información a los hombres sobre sus derechos como padres, reconocimiento de todos los derechos para las parejas de hechos⁶⁴, sin distinción de sexo, acreditando la unión de hecho, amén de presentar campañas a favor de las madres para reparto de responsabilidades con el otro progenitor.

A considerar, por tanto, un conjunto de medidas que aunque suelen centrarse en acciones para la reordenación del tiempo de trabajo⁶⁵, a través de la adaptación del horario o aplicación del horario flexible, ya sea por adaptación de

⁶² En este sentido hay que entender medidas que podemos denominar “de preferencia inversa”, por cuanto, y a diferencia de lo que suele ser habitual de atender preferente a mujeres, se trata de extender las medidas de conciliación a los hombres trabajadores de la empresa y así equiparar a que también soliciten la mejora en situaciones de excedencia por cuidado de familiares hasta segundo grado de consanguinidad, la cual pasa del máximo de 2 años establecido en el CC (art 28B) a los 3 años o la mejora en caso de hospitalización de familiares hasta 2º grado de consanguinidad o afinidad, las cuales permiten que el disfrute de los días se pueda hacer de manera no continuada, cit. Plan Igualdad Bidafarma.

⁶³ Plan de Igualdad de empresa EMTESPORTS S.L

⁶⁴ Incluido en caso de excedencias, *“Los trabajadores y trabajadoras en situación de excedencia por razón de cuidado de hijos volverán a la situación de activo, además de en los supuestos previstos en la legislación vigente, en la misma plaza de origen, dentro del mes siguiente a solicitarlo, cuando el retorno se funde en la apertura formal de proceso de separación, nulidad o divorcio o en haberse inscrito la baja en el Registro Oficial de Parejas de Hecho”*. *“Las vacantes producidas por la solicitud de las excedencias anteriores podrán ser cubiertas por interinos. El así contratado podrá cubrir directamente la vacante producida por el excedente o la que se derive de la cobertura temporal de aquélla por algún trabajador o trabajadora de la empresa. El reingreso del excedente producirá la extinción del contrato del interino y, en su caso, la vuelta del suplente a su puesto de origen”*.

⁶⁵ Con relación a la conciliación vida personal con vida laboral, ambos dictan la necesidad de *“adoptar medidas para poder facilitar esta conciliación, de manera que se favorezca un equilibrio adecuado entre las necesidades personales, familiares y el desarrollo profesional dentro de la Empresa”*. En especial, ambos garantizar la atención a los menores y/o familiares a cargo, tanto desde establecer las condiciones para excedencias por razón de cuidado de hijos, a otras medidas a tomar en situaciones especiales, como son los permisos de hospitalización, acompañamiento menores a consultas médicas, permisos por asuntos propios sin exceder de 30 días laborales cada dos años, facilitación de periodos vacacionales, flexibilización horario entrada y salida o jornadas adaptadas a sus necesidades, mediante, normalmente, reducciones de jornada, que afecta incluso en el caso de acumulación de lactancia, se prevé la posibilidad de que los trabajadores puedan sustituir el derecho de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor hasta que éste cumpla nueve meses, por la acumulación correspondiente en jornadas completas y fracciones correspondientes, siendo éste ejercido únicamente por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. Cit. Plan Igualdad Huawei ya cit.

la jornada, cambios de turno, flexibilidad horaria, así como considerar las faltas de puntualidad como justificadas, no se agotan en esas materias. Y van más allá, pues el Plan puede establecer “como objetivo la identificación de las necesidades de la plantilla para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Para ello, se elaborará y distribuirá un cuestionario a toda la plantilla, a través del cual se formalizará un procedimiento, que recoja las necesidades que la plantilla pueda tener en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal⁶⁶. Y después, a partir de las necesidades detectadas, se estudiará la viabilidad de incorporar nuevas medidas de conciliación a las actualmente disponibles⁶⁷. Por eso mismo es posible encontrar cláusulas relacionadas con el teletrabajo⁶⁸, aunque las referencias a posibles derechos de desconexión digital aún sean escasos⁶⁹.

Es más, en algún caso concreto se procede a una enumeración tan prolífica en la materia que roza la exhaustividad⁷⁰, sobre todo a la hora de enumerar la

⁶⁶ En este sentido puede ser interesante lo previsto en el Plan respecto a ejemplos concretos en torno a:

- Celebración de las reuniones de trabajo durante el horario laboral.
- Impartir la formación, en la medida de lo posible, en horario laboral o en su defecto con una fórmula mixta (parte en horario laboral y parte fuera del mismo) para facilitar la asistencia a personas con responsabilidades familiares.
- Permitir la adaptación de la jornada para la asistencia a los cursos de formación

⁶⁷ Plan Igualdad COPSA S.L.

⁶⁸ Se establece la posibilidad organizativa de pactar tiempos de teletrabajo durante la semana en los puestos y centros de trabajo que lo posibiliten, como medida general de numerosos Convenios Colectivos, dónde las condiciones del teletrabajo se negociarán con cada trabajador afectado, siendo el mismo acordado con carácter voluntario y previo acuerdo entre empleado y empresa, en los términos de la normativa al respecto. El artículo 44 del Plan de Igualdad de Corte Inglés, EFC, SA, vigente desde abril de 2021, establece una regulación sobre teletrabajo estableciendo lo como una forma innovadora de organización y ejecución de la prestación laboral pudiendo ser más productivo en la jornada laboral, dando la opción de adoptar esta modalidad y poder conciliar la vida laboral y familiar. Además, como política de integración se facilitarán ordenadores, tablets o similares a aquellos trabajadores que lo necesiten. El teletrabajo se fomenta con una dotación de 23 euros mensuales adicionales

⁶⁹ A destacar el art. 45 del Plan de igualdad de El Corte Inglés, que regula ese derecho “*para paliar los efectos adversos del uso excesivo de la tecnología, tales como la fatiga tecnológica o el estrés y mejorando de esta manera el clima laboral y calidad del trabajo*”.

⁷⁰ Como ej. La enumeración que hace el Plan de Igualdad de El Corte Inglés, que va desde reconocer que la trabajadora percibirá el 100 % de su salario gracias a la prestación de Seguridad Social. Además, por cuidado del menor, se otorga un posible permiso no retribuido de 1 a 3 meses durante el cual la empresa mantendrá la cotización. Se establecen distintas situaciones familiares ante las que se prevé la concesión de licencia. Existe una licencia para acompañar a consultas médicas al hijo menor de 15 años, también se podrá solicitar una licencia no retribuida de tres meses para atención al menor en caso de encontrarse hospitalizado. En caso de hospitalización o necesidad de atención domiciliaria existe una excedencia especial con reserva del puesto con una duración de 1 a 6 meses. El trabajador víctima de violencia de género o con menores afectados con cáncer u otra enfermedad grave, tienen derecho a una reducción de la jornada y/ o adaptación del horario en función de sus necesidades. Se prevé, así mismo, una reducción de jornada para trabajadores con (...)

protección social de los progenitores⁷¹, por más que en la mayoría de los casos en realidad sea una ordenación del marco de referencia de Seguridad Social⁷².

5. PROPUESTAS DE MEJORA A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DE LA MATERIA

Pese a las dificultades para afrontar este trabajo, es cierto que hemos encontrado algunas previsiones concretas sobre colectivos LGTBIQ+, más en grandes empresas que en medianas o pequeñas y, eso sí, en la mayoría de los casos enmarcados sobre cláusulas genéricas de igualdad o con remisiones al Convenio de referencia. Pero poco más.

A raíz de ello, nos parece, que hay varios factores que, más allá de otras premisas normativas, son precisas para el impulso de la igualdad efectiva en las relaciones laborales en nuestro país, incluido la expresión mención a colectivos LGTBIQ+.

La primera, en torno al modelo educativo y a la integración de intervenciones concretas sobre planes de estudio para la implantación de modelos de coeducación y corresponsabilidad. Una tarea que no parece tan compleja y dónde, las nuevas generaciones tienen mucho que decir, en colaboración con el Ministerio de Igualdad y las diversas acciones que ya tiene en funcionamiento, como “Abraza la diversidad, una responsabilidad educativa”.

La segunda, crear y apostar por la inversión y desarrollo de una “cultura de la igualdad”. En términos parecidos a como ya se planteó en torno a la implantación de las previsiones sobre seguridad en las empresas.

Obviamente eso supondría no sólo el mantenimiento de muchas de las partidas económicas actuales para difusión y concienciación, pero también para el desarrollo profesional formativo de nuevas figuras y fórmulas que permitan la aparición de cada vez más profesionales que velen, incrementen y mejoren las condiciones sociolaborales de los colectivos más desfavorecidos y, en especial, a destacar colectivos como empleo femenino, las personas con discapacidad y la atención a colectivos LGTBIQ+.

En tercer lugar, el impulso de un programa nacional e integral de apoyo familiar, que bien puede también integrarse en la revisión y desarrollo de los

hijos de doce y trece años de edad e incluso que los trabajadores con hijos de hasta tres años, la concesión de una ayuda de guardería por importe de 180 euros brutos anuales, en el artículo 38.

⁷¹ El plan de igualdad de Mercadona es paradigma de una cláusula frecuente sobre garantía de no discriminación en casos de maternidad, paternidad o riesgo por embarazo y lactancia respecto a la retribución

⁷² En este sentido vid todo capítulo de conciliación del Plan de Igualdad de Endesa, si bien con relación directa a condiciones de trabajo decente.

Planes de Igualdad, como demuestra la importante relación de posibles mejoras a la acción protectora de la Seguridad Social por parte de muchas empresas.

Y para todo lo anterior, quizás también creemos que podría ser adecuada la extensión obligatoria de los Planes empresas de sectores con altas tasas de ocupación femenina o presencia de personas LGTBIQ+⁷³, más allá de otras necesarias consideraciones sobre dimensiones de plantillas o de reservas de plantilla⁷⁴.

Concretando de forma clara qué debe ir en el Plan y sus diferencias o anexión a otros instrumentos de la negociación colectiva. En esa línea habría que dotar de valor añadido a la presencia de “verdaderos” responsables de seguimiento y aplicación de los Planes, en términos similares a cómo ocurre con otros ámbitos, como el de la Prevención de Riesgos y la creación de especialidades técnicas en la materia.

Impulso de medidas contra la precariedad y el fraude laboral, limitando los supuestos de descuelgue salarial y la discriminación sexual. En esa línea parece que, y sin entrar en otras valoraciones políticas y económicas, podemos decir que el momento actual parece más proclive a que haya una mejora e impulso de nuevas medidas para la consagración efectiva de un derecho a igualdad en la aplicación de condiciones de trabajo y en el acceso al empleo, en cuanto garantía de un Derecho Fundamental de igualdad.

Y ello, por al menos en tres aspectos:

1. El hecho de que cada vez hay una mayor presencia y visibilidad de diversos colectivos como demuestran las movilizaciones sociales al respecto.
2. Aprobación de unos presupuestos en los que se mantiene y amplían las partidas no sólo con sesgo de género, si no que atiendan a la diversidad, tanto para el impulso de campañas, como para medidas concretas en la contratación de personas con diversa concepción sexual, más allá de la propia Ley nacional de los derechos de personas LGTBIQ+, pues la mayor parte de las propias CCAA tienen ya normativa al respecto. Consideraciones que, además, en nuestro caso concreto podrían verse mejoradas por la propia estructuración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma

⁷³ Según datos de UGT, hasta más de un 85% de las personas LGTBIQ+ pueden estar en desempleo.

⁷⁴ Como por ejemplo se hace en materia de discapacidad a través de figuras de empleo protegido y que creemos que es el referente que desde alguna institución pública se ha hecho para reservar puestos concretos a personas LGTBIQ+, cit BOE 1 de febrero de 2021, vid. reserva puesto de auxiliar administrativo, sobre una convocatoria de diez plazas para la Diputación de Huesca, sobre la base de la normativa de la propia Comunidad Autónoma.

Andaluza, por más que precisamente las cuestiones sobre género y diversidad causen discrepancias importantes en materia de apoyo al Gobierno por parte de algunos grupos políticos. Y, por ende, plantear para futuros ejercicios una reforma tributaria y fiscal más solidaria, dado que tres aspectos esenciales en el impulso de la igualdad forman parte de las grandes competencias de las CCAA: Servicios Sociales, Educación y Sanidad.

3. Prioridad en la configuración del ejecutivo a las cuestiones de igualdad. No sólo por la propia estructura del ejecutivo, sino por la importancia que igualdad toma en el propio ejecutivo. Por eso mismo, esperamos y deseamos que en fechas próximas vayan apareciendo otros referentes normativos laborales y de protección social, donde definitivamente los Planes de Igualdad puedan cobrar un protagonismo mayor al que actualmente tienen. Tanto desde un punto de vista cualitativo, como cuantitativo, ya sea por incluir una mayor cantidad de clausulado referente a colectivos diversos, como, por el hecho de establecer en caso contrario Planes específicos para la igualdad efectiva de personas a las que se tiende a clasificar como diversas o en la diversidad⁷⁵.

⁷⁵ En este sentido quizás sería conveniente reforzar el contenido del art. 14 del anteproyecto de Ley de para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBIQ+, sin perjuicio de su conexión con el art. 7. Por cuanto, nos parece, a expensas de su redacción definitiva, que no deja de ser una norma excesivamente programática e indeterminada.

LA INVISIBILIDAD DE LA DIVERSIDAD DEL COLECTIVO LGTBI COMO FACTOR DE RIESGO LABORAL¹

M^º CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

El Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027² (en adelante ME 2021-2027) establece que la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores es uno de los elementos clave de una economía de la UE al servicio de las personas. La Comunicación de la Comisión “Trabajo más seguro y saludable para todos - Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad³ afirma que la UE ha de invertir en salud y seguridad en el trabajo para garantizar la protección eficaz de los trabajadores en un contexto de cambios en la naturaleza del trabajo y de nuevos riesgos. Entre sus acciones claves vamos a encontrar la de, a partir de la cooperación con los Estados

¹ Trabajo realizado en el marco del 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).

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones EMPTU, por la que se elabora el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027: “La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación” Bruselas, 28.6.2021, COM (2021) 323 final.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre “Trabajo más seguro y saludable para todos - Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” Bruselas, 10.1.2017, COM (2017) 12 final. Artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

miembros y los interlocutores sociales, “eliminar o actualizar las normas obsoletas y reorientar los esfuerzos hacia una protección mejor y más amplia”.

El balance que la propia UE hace sobre la implementación del Marco Estratégico anterior 2014-2020 lo entiende como positivo. No obstante, sí le ha permitido detectar algunas deficiencias que el actual Marco plantea solucionar, entre otras, “la necesidad de prestar más atención a las enfermedades profesionales, el cambio demográfico y los riesgos psicosociales. La demografía, los patrones de trabajo y la sociedad en general está cambiando y de una forma mucho más incisiva desde la pandemia de COVID-19. Es por esta razón por la que este nuevo Marco se centra en mejorar la prevención de los accidentes y enfermedades en el lugar de trabajo a través de un refuerzo del cumplimiento de la legislación vigente, de la sensibilización y desde el desarrollo de una cultura de prevención de riesgos en la que se incide en la obligación general de los empleadores de proteger eficazmente la salud de sus trabajadores a través del cumplimiento de todas sus obligaciones específicas⁴.

El derecho de toda persona a un lugar de trabajo saludable y seguro es fundamental para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Cada uno de los 17 objetivos perseguidos son un reto en sí mismo, pero no pueden convertirse en compartimentos estancos individualizados unos respecto de los otros. Como se señala en la propia Agenda 2030, no es solo el objetivo 8 el que hay que tener en cuenta en su relación con el trabajo, otros muchos “aspectos clave del trabajo decente están ampliamente presentes en las metas de muchos de los otros 16 objetivos de la nueva visión de desarrollo de las Naciones Unidas”.

Como se señala en la propia Agenda 2030 todos hemos de estar implicados en los distintos niveles de actuación en los que se estructura. Dentro de las distintas acciones que se proponen a nivel mundial, local y por parte de las personas, es en este nivel donde, desde nuestra posición, debemos actuar. La persona en la “nueva revolución” 5.0 va a ocupar un puesto destacado convirtiéndose en el centro de actuación dentro de la empresa pero, para que esto ocurra, es necesario que pueda hacerlo desde una posición de igualdad dentro del respeto a las leyes y a la propia persona.

El trabajo decente, el marco estratégico 2021-2027 y la agenda 2030, focalizan su principal objetivo en la igualdad entre los individuos, como elemento básico para alcanzar los objetivos previstos. No es suficiente la igualdad legal. Han de desarrollarse acciones para hacerla también real. El trabajo decente, como señala la OIT “sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un

⁴ En este sentido pp. 2 y 3 del ME 2021-2027.

ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres” como se recoge en el Objetivo 8, de la Agenda 2030 solo “Un crecimiento económico inclusivo y sostenido puede impulsar el progreso, crear empleos decentes para todos y mejorar los estándares de vida”. Constituyendo los derechos de los trabajadores en el trabajo uno de los pilares del Programa de Trabajo Decente⁵ y un elemento esencial de la Agenda 2030.

La necesidad de garantizar un lugar de trabajo saludable para todos, como demanda el ME 2021-2027 exige, desde el reconocimiento de la diversidad, entre otras, la adopción de medidas que eviten la violencia, el acoso o cualquier tipo de discriminación, entre otras causas, por orientación sexual⁶. Para ello, en una propuesta de Decisión de la Comisión se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio de la OIT 190 sobre la violencia y el acoso, adoptado por la Conferencia General el 21 de junio de 2019⁷.

2. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO PREVENTIVO

Desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante PRL)⁸ y su principal reforma la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales⁹, no puede entenderse la prevención sin su integración en el sistema de gestión de la empresa y sin el desarrollo de una cultura preventiva¹⁰ adecuada tanto dentro de la empresa como en la sociedad en general. Solo desde su conjunción puede garantizarse un entorno de trabajo saludable¹¹.

⁵ <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>.

⁶ En los principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, de noviembre 2006, se entiende por orientación sexual, “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

⁷ C. 190 OIT, artículo 1 a) “la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”.

⁸ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10/11/1995).

⁹ BOE 13-12-2003.

¹⁰ En la que se ha de incluir la sensibilización por los riesgos psicosociales y su gestión, Comunicación de la Comisión: Trabajo más seguro y saludable para todos- Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo, p. 10.

¹¹ EU-OSHA sobre lugares de trabajo saludables 2023-2025 dedicada a la creación de un futuro digital seguro y saludable.

La integración de la prevención en el sistema de gestión de la empresa consiste en definir el objetivo que se pretende alcanzar, determinar las actividades a realizar e implantar un sistema, normalizado¹² o no, capaz de llevarlas a cabo. Todo este proceso ha de proyectarse de igual forma “en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se preste”¹³ siendo, fundamentalmente los dos últimos aspectos, los que necesitan de una principal atención por la inmediatez que puede generar la toma de decisiones del empresario en el ejercicio de su poder de dirección.

La prevención, entendida como “el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo”¹⁴ no solo da contenido a la obligación de prevención del empresario como garante de la salud de todos sus trabajadores, sino que determina el momento procedimental en el que hacerla efectiva.

La neutralidad aparente en la identificación y evaluación de los riesgos que puedan derivarse de la actividad empresarial desaparece con la obligación general de proteger eficazmente la salud de los trabajadores y la aplicación del principio de la acción preventiva de “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo”¹⁵. La conjunción de ambos demanda una protección especial para colectivos¹⁶, más allá de los previstos en la norma que, por sus propias características, los hagan relevantes para la prevención.

La heterogeneidad del colectivo LGTBI no desvirtúa la necesidad de adoptar medidas preventivas concretas porque, si bien la manifestación de su sexualidad o identidad y sus pretensiones pueden diferir, la presión que se ejerce sobre ellos en distintos órdenes, incluido el laboral, es una realidad que no puede ignorarse¹⁷.

¹² Que cumple los requisitos y exigencias de una norma jurídica y/o técnica.

¹³ Artículo 1.2 RD 39/1997.

¹⁴ Artículo 4.1 LPRL y artículo 3.d) DM 89/391/CE.

¹⁵ Artículo 15.1.d) LPRL.

¹⁶ Trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, protección a la maternidad o de los menores.

¹⁷ Preámbulo de los Principios de Yogyakarta: “históricamente las personas han sufrido estas violaciones a sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se definen por su orientación sexual o identidad de género” “los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres”. Estas son las razones que justifican la intervención normativa o no de carácter internacional, europeo y nacional. Los prejuicios y (...)

La naturaleza jurídica contractual de la obligación de seguridad y la obligación de adaptar el trabajo a la persona condiciona el proceso valorativo del riesgo y su prevención. Se trata de un principio preventivo básico que, no solo va a determinar la magnitud del riesgo y las medidas a adoptar en función de condicionantes personales, sino que puede llegar a incidir en la existencia del propio riesgo pudiendo ser su principal generador o la medida preventiva más eficaz.

La cuestión por determinar es si la orientación sexual y la identidad de género¹⁸ de una persona es susceptible de demandar una especial protección jurídica de carácter preventivo. Entendemos que la respuesta es afirmativa en la medida en la que cada persona es única en sus características y vivencias al respecto y, en su afectación a su salud tanto física como psíquica. Esta realidad puede llevar a categorizar al trabajador como especialmente sensible siempre que así lo requiera, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva¹⁹. Las características personales e identitarias responden al principio de adaptar el trabajo a las características del trabajador y solo desde el correcto análisis del puesto de trabajo, podrá valorarse la existencia del riesgo. No obstante, para garantizar que la orientación sexual sea un criterio a tener en cuenta en la evaluación y gestión de los riesgos laborales debe estar integrada en el concepto de “diversidad” y formar parte de los elementos valorativos sobre su calidad.

prácticas discriminatorias en los distintos órdenes de la vida forman parte de la justificación de las leyes autonómicas que protegen los derechos del colectivo LGTBI a través de la prohibición de cualquier práctica discriminatoria, del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI de ámbito nacional. Dentro de las políticas de la UE en su compromiso con este colectivo, en el año 2020 la Comisión Europea ha presentado “la primera Estrategia de la Unión Europea para la igualdad de lesbianas, gays, bisexuales, trans, no binarios, intersexuales y queer (LGBTIQ), cumpliendo así con el compromiso de la presidenta von der Leyen en su discurso sobre el estado de la Unión 2020”. En nuestro país podemos destacar la Primera Estrategia para la Igualdad de Trato y No Discriminación de Personas LGTBI en la Comunidad Autónoma de Andalucía, igualmente importantes, aunque en un ámbito territorial más reducido la adopción de planes municipales y provinciales para la diversidad sexual y de género.

¹⁸ En los principios de Yogyakarta “se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos”.

¹⁹ Artículo 25.1 LPRL “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”.

3. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE SEGURIDAD Y LA ORIENTACIÓN E IDENTIDAD SEXUAL COMO ELEMENTO CONDICIONANTE

La existencia de una relación contractual laboral consagra la deuda de seguridad del empresario como una obligación que se pone de manifiesto en el reconocimiento del derecho del trabajador a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud²⁰. Esta obligación se ve reforzada por la necesidad de adoptar cuantas medidas sean necesarias²¹ más allá del propio cumplimiento de las normas de contenido preventivo previstas en el artículo 14.3²² LPRL y previendo, incluso, las propias imprudencias no temerarias de los trabajadores²³. Estos mandatos facilitan la existencia de una obligación cuasi objetiva, evidenciada por nuestros tribunales en numerosas sentencias al afirmar “que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado y que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que esas fueran”²⁴. Es en el contenido de esta obligación y su cumplimiento donde hay que preguntarse si es posible hacerla efectiva sin tener en cuenta la orientación sexual y la identidad de género como factores identitarios de un colectivo.

La respuesta social contra el colectivo LGTBI justifica la existencia de normas jurídicas que garanticen sus derechos y remuevan los obstáculos²⁵ que les impide ejercer libremente su ciudadanía²⁶. Garantizar la igualdad y la justicia

²⁰ Artículo 14.1 LPRL “El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”. Artículos 4.2 d) y 19.1 TRET.

²¹ Artículo 14.2 LPRL.

²² El grado de diligencia exigible del empresario “alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente, máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo” STSJ de Cataluña nº 5086/2020, de 19 de noviembre (JUR 2021/53146) FJ. 3; en un sentido similar se pronuncia el TS al elaborar la teoría sobre la responsabilidad empresarial en los supuestos de accidentes de trabajo, en la que exige como elemento de causalidad, “a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado...” STSJ CLM, nº 1467/2020 de 12 de junio, FJ. 5 y STS de 2 de octubre de 2000.

²³ Artículo 15.4 LPRL.

²⁴ Entre otras, SSTS, de fecha 11 de diciembre de 2019 (rcud 1653/2016), de 11 de diciembre de 2018 (rcud 1653/2016) y 8 de octubre de 2001 (rcud 4403/00); SSTSJ de País Vasco, nº 536/2021, de 23 de marzo (JUR 2021\171771) FJ.3, de Cataluña, nº 5086/2020, de 19 de noviembre (JUR 2021/53146) FJ 3.

²⁵ Artículo 9.2 CE.

²⁶ Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Ministerio de Justicia y Ministerio de Igualdad (...)

social pasa por entender su diversidad y, como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, “por extender la cultura de la no discriminación frente a la del odio y el prejuicio”. La empresa no es un ente aislado en el que esta realidad no deba cobrar protagonismo. Muy al contrario, es un crepúsculo en el que se reproducen las interacciones sociales tanto verticales, orden jerárquico, como horizontales, dentro del mismo nivel profesional. Esto hace que deba garantizarse el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de su personalidad a través de la adopción de medidas que faciliten el ejercicio libre y sin presiones sociales de su derecho a la identidad de género u orientación sexual en las esferas civil, laboral, social, sanitaria, educativa, económica y cultural, así como de aquellas otras que den una respuesta satisfactoria a los afectados cuando estas no se cumplan²⁷.

4. LA DIVERSIDAD DEL COLECTIVO LGTBI COMO FACTOR DE RIESGO

El principio décimo del Pilar Europeo de los Derechos Sociales establece que “los trabajadores tienen derecho a un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo”²⁸ lo que implica, teniendo en cuenta el contenido de su principio tercero, que cualquier disminución de esta protección por razones de orientación sexual²⁹ se consideraría un acto discriminatorio contra estos trabajadores³⁰.

<https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>

²⁷ Artículo 1 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 (BOE 6-2-2018). En sentido similar se pronuncia el artículo 3.1 f) 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 (BOE 30-5-2018) cuando señala que la presente Ley tiene por objeto, proteger el ejercicio efectivo de su libertad y sin discriminación en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, especialmente, entre otras esferas en “Empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, comprendiendo el acceso, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación para el empleo”.

²⁸ Pilar Europeo de Derechos Sociales, Capítulo II Condiciones de trabajo justas, artículo 10. Entorno de trabajo saludable, seguro, adaptado y protección de datos. La Comisión Europea ha presentado el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales desarrollado en la cumbre, el Compromiso Social de Oporto, 2021 en el que se propone “*crear las sinergias para una recuperación inclusiva, sostenible, justa y generadora de empleo*”.

²⁹ Capítulo I, número 3.1 del Pilar Europeo de los Derechos Sociales.

³⁰ Artículo 2.2 D 2000/78 a) “existirá discriminación directa cuando una persona sea o haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por, entre otros motivos, orientación sexual en el ámbito del empleo”.

De entre los dos tipos de discriminación previstos en la Directiva 2000/78/CE³¹ es la discriminación indirecta la que nos hace plantearnos, por la dificultad que entraña su identificación, si la orientación sexual del trabajador puede considerarse en sí misma como factor de riesgo dentro de la prevención de riesgos laborales de la empresa³².

La respuesta podemos extraerla de la propia LPRL cuando en su artículo 2 establece que su objeto es “promover la seguridad de la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo”, erigiendo como principio general relativo a esta prevención “la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo”.

En el artículo 4.2 LPRL se define al riesgo laboral, “como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” y al daño como “las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”. En ambos conceptos es la relación de causalidad con el trabajo realizado la que define su contenido y no la tipología del riesgo ni las características personales o estado biológico del trabajador. La preferencia de las medidas de carácter colectivo sobre las individuales³³ que no solo afectan a los equipos de protección individual sino a cualquier medida que garantice, de forma indeterminada e indiferenciada, la seguridad del mayor número de trabajadores, hace que la inacción del empresario ante previsible conductas, propias o ajenas, relacionadas con la identidad u orientación sexual de los trabajadores pueden llevarnos a una situación de discriminación para los trabajadores afectados por ellas en cuanto a la protección de su salud.

No reconocer la diversidad dentro de la empresa por identidad u orientación sexual puede llevar a generar situaciones que faciliten la generación y pervivencia de riesgos profesionales, fundamentalmente de carácter psicológico. Atendiendo a la realidad social de este colectivo, es en la estimación de la magnitud de los riesgos que no han podido evitarse y en su correspondiente evaluación donde ha de incluirse todos aquellos factores de riesgo relacionados con los prejuicios que sobre este colectivo puede llegar a ejercerse. El problema

³¹ D 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 (DOUE-L-2000-82357). RIVAS VAÑÓ, A.: “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Revta. Temas Laborales*, núm. 59, 2000, pp. 193-220.

³² Artículo 2.2 b) D 2000/78, “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”.

³³ Art. 15.1 h) LPRL.

principal, aunque no sea el único, lo encontramos en la identificación de los factores psicosociales que se consideran riesgo en un entorno organizativo concreto y en su evaluación, es decir, “si tienen alta o baja probabilidad de desencadenar un riesgo psicosocial”. En el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales³⁴ (en adelante CT 104/2021) se destacan una serie de particularidades a tener en cuenta para valorar adecuadamente la idoneidad de la evaluación de riesgos cuando afecta a los riesgos psicosociales. Así en primer lugar, hay que identificar y valorar los factores de riesgo psicosociales³⁵ presentes en un entorno organizativo concreto y la probabilidad de desencadenar un riesgo psicosocial. Para la identificación del riesgo y su posterior evaluación se ha de seguir un procedimiento o método específico que sirva para llegar a una conclusión válida. Para ello el artículo 5.1 RD 39/1997 establece que los riesgos se valoraran “en función de criterios objetivos de valoración, según los conocimientos técnicos existentes, o consensuados con los trabajadores, de manera que se pueda llegar a una conclusión sobre la necesidad de evitar o de controlar y reducir el riesgo”. Y en su párrafo segundo, exige que “el procedimiento utilizado deberá proporcionar confianza sobre su resultado. En caso de duda deberán adoptarse las medidas preventivas más favorables, desde el punto de vista de la prevención”.

En segundo lugar, se presenta como particularidad de la evaluación de riesgos psicosociales la búsqueda de fuentes de información que faciliten datos objetivos sobre la existencia de aquellos factores de riesgo psicosocial que puedan afectar a la salud de los trabajadores. Aunque el proceso de evaluación ha de desarrollarse internamente³⁶, existen fuentes externas que proporcionan suficiente información como para considerar factores de riesgo dentro de la empresa determinadas conductas y actitudes centradas en la orientación e identidad sexual y de género de las personas.

³⁴ Ministerio de Trabajo y Economía Social, 14/4/2021.

³⁵ Se refiere a las condiciones de trabajo o características del mismo previstas en el artículo 4.7.d) LPRL relacionadas “con la organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador” en desarrollo de este concepto la NTP 443/1997 de la INSST entiende que son los relacionados “con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen la capacidad de afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo”. El CT 104/2021 los define como “las condiciones de trabajo (factores psicosociales) que, por una configuración eficiente o un diseño inadecuado, presentan la probabilidad de afectar negativamente a la salud y al bienestar del trabajador”; RAMOS QUINTANA, MÍ.: “Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación” en RAMOS QUINTANA, MÍ (Directora): *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 32-35.

³⁶ CT 104/2021 “Los datos objetivos se pueden obtener mediante la observación del técnico o de la información que disponga la empresa sobre absentismo, abandono, rotación en los puestos de trabajo, siniestralidad, etc”, p. 10.

La utilización como fuente de información de las leyes autonómicas que sobre la protección del colectivo LGTBI en general y trans en particular se han aprobado³⁷, bastan por sí solas para incluir como criterio objetivo de valoración, fundamentalmente en la evaluación de los riesgos psicosociales, su realidad social y las medidas previstas para alterarla. Como se recoge en 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 en Andalucía³⁸, hay que “ser muy conscientes de que, a pesar de los avances normativos y sociales hacia el respeto a la diversidad sexual, seguimos viviendo episodios cotidianos de LGTBIfobia (homofobia, lesbofobia, transfobia y bifobia) y debemos reconocer que la sociedad necesita superar prejuicios y estereotipos anclados en el pasado, para seguir avanzando en derechos sociales”.

Ignorar esta realidad en la evaluación y valoración de los riesgos laborales puede dar lugar a conductas discriminatorias en la medida en la que se olvidan factores de riesgo psicosocial que son constitutivos de su propia existencia como son, entre otros, las relaciones personales en el trabajo³⁹, la interacción vida personal-trabajo⁴⁰ y la cultura de organización⁴¹. “El origen multicausal de los

³⁷ Hay 13 comunidades autónomas que han regulado los derechos y la protección del colectivo LGTBI y trans: Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cataluña, Cantabria, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco. De todas ellas, Andalucía, Aragón, Comunidad Valenciana y Madrid, tienen tanto una ley LGTBI como una ley Trans, por lo que en total son 17 leyes aprobadas hasta el momento, estando en proceso de tramitación el Anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas de ámbito nacional.

³⁸ BOE 6 de febrero de 2018.

³⁹ CT 104/2021 “Aislamiento, relaciones insuficientes, malas relaciones con compañeros de trabajo, conflictos, conductas inapropiadas (hostigamiento, acoso), relaciones adversas con usuarios o clientes, atraco”, entre otras.

⁴⁰ CT 104/2021 “Conflicto de demandas o exigencias entre ambas esferas, problemas de conflicto y/o sobrecarga de rol (laboral, personal y familiar)”. Los resultados obtenidos hasta la fecha por Proyecto Europeo ADIM “Avanzando en la gestión de la diversidad LGBT en el sector público y privado” son un reflejo fiel de la necesidad de mejorar el respeto y la inclusión en el ámbito laboral de todas las personas incluidas en las siglas LGTB+, teniendo en cuenta que la invisibilidad dentro de la empresa es una forma de discriminación; BARAMBONES GARCÍA, V., SANTOS, R y RUIZ ESPINOSA, C. (coordinadores): *Lucha contra la discriminación en el ámbito laboral por razones de orientación sexual e identidad de género*, CEA[R] Comisión Española de Ayuda al Refugiado 2020 <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/03/informe-discriminacion-empleo-LGBTIQ.pdf>; ABAD, T (coord.), GUTIÉRREZ, M.G.: *Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España*, UGT, 2020, se trata de un estudio estadístico muy interesante realizado sobre una muestra de 1260 personas LGTBI https://www.ugt.es/sites/default/files/resumen_ejecutivo1.pdf; MUÑOZ, O.: *La diversidad LGBT en el contexto laboral en España*, <https://mpatika.com/wp-content/uploads/2019/05/La-Diversidad-LGBT-en-el-Contexto-Laboral-en-Espan%CC%83a.pdf>. CC.OO.: *Discriminación en el empleo de personas LGTBI. Por unas empresas diversas y sin armarios* <https://fsc.ccoo.es/af9c17eb2e0eeb2082fe1669976c2168000050.pdf>;

riesgos psicosociales es lo que justifica su tratamiento unificado en un mismo proceso de gestión preventiva y no uno separado para cada factor de riesgo⁴². La interdependencia de todos los factores de riesgo psicosocial es la que va a definir al propio riesgo psicosocial y determinar las medidas a adoptar para evitarlo. Por tanto, no tener en cuenta alguno de ellos hace que la respuesta a estos riesgos sea insuficiente, elevando la magnitud del riesgo existente e incluso creándolo para aquellos trabajadores que pertenecen a este colectivo.

Centrarse en la neutralidad del riesgo para justificar las medidas preventivas adoptadas no se adecua a la posición de garante de la seguridad de los trabajadores que la Ley demanda al empresario. Por un lado porque, desde el momento en el que está obligado a adaptar el trabajo a las características del trabajador, la neutralidad desaparece convirtiéndose en una pluralidad de riesgos y no en un conjunto de ellos, aunque el resultado de la valoración del riesgo y las medidas a adoptar sean coincidentes. Y por otro, y más importante, porque ignorar los factores de riesgo psicosocial por orientación e identidad de género en la identificación del riesgo psicosocial y su prevención anula toda su neutralidad, en la medida en la que no se tienen en cuenta elementos de riesgos significativos para su prevención.

La obligación legal de proteger eficazmente a los trabajadores contra todos los riesgos derivados del trabajo y en todos los aspectos relacionados con él afecta tanto a las conductas activas como omisivas⁴³ del empresario, es decir, no tener en cuenta la diversidad de este colectivo en el proceso de evaluación del riesgo⁴⁴ puede generar una disminución en su nivel de protección frente al resto de trabajadores, generando una situación de riesgo no querido por la LPRL.

⁴¹ CT 104/2021 "Comunicaciones deficientes, apoyo insuficiente ante los problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos".

⁴² CT 104/2021.

⁴³ Sobre el carácter también omisivo de esta obligación sirve de ejemplo el artículo 316 CP, "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

⁴⁴ Artículo 3.1 RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31/1/1997), "La evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse".

5. LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

La posición de garante de la seguridad del empresario lleva implícita una actuación antidiscriminatoria como exigencia de la protección y prevención de la salud e integridad física de todos los trabajadores frente a actitudes LGTBifóbicas, ya sean directas o indirectas, activas u omisivas.

El principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la CE protege la igualdad ante la ley y la igualdad ante la aplicación de la ley. Esto significa, en nuestro caso, que todos los trabajadores que se encuentran en la misma situación deben ser tratados igual sin que pueda establecerse diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias no previstas en la norma⁴⁵. No obstante, haciendo abstracción de todo elemento diferenciador con relevancia jurídica, este principio no implica un trato igual para todos los trabajadores. Lo que realmente prohíbe son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas que no se funden en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado⁴⁶. Para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita sus consecuencias jurídicas han de ser proporcionadas a la finalidad perseguida, es decir, la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida ha de superar el juicio de proporcionalidad⁴⁷.

En el ámbito de las relaciones privadas la tutela antidiscriminatoria cuenta con una especial protección ante la existencia de otros principios y valores constitucionales con los que la exigencia de igualdad debe armonizarse⁴⁸. El carácter no absoluto del principio de igualdad hace que no desaparezca la eficacia del principio de autonomía de la voluntad⁴⁹. No obstante, la necesaria ponderación en el ejercicio de los derechos de los trabajadores frente al poder de dirección del empresario no alcanza a afectar a su derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional, en consolidada doctrina, ha declarado la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en base a alguna de las características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE. Aunque la orientación sexual o la identidad de género no aparecen incluidas expresamente en este precepto, sí se incluyen en el más genérico

⁴⁵ SSTC 2/2007 de 15 de enero, 36/2011 de 28 de marzo, STSJ de Castilla-La Mancha, nº 351/2019 de 6 de marzo (AS 2019/1429) FJ.3.

⁴⁶ STSJ de Castilla-La Mancha, nº 351/2019 de 6 de marzo (AS 2019/1429) FJ.3.

⁴⁷ Entre otras, la STSJ CLM 351/2019.

⁴⁸ STS de 11 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7043) FJ. 4. STC 34/1984.

⁴⁹ STC 34/1984 de 9 de marzo (RTC 1984/34).

“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁵⁰ por reunir los requisitos exigidos para hacerlo, es decir, *“tratarse de una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a este colectivo, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce al art. 10. CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría y por del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE”*⁵¹

La igualdad como principio y la prohibición de discriminación por orientación y condición sexual afecta a todas las condiciones de trabajo⁵² de las que forma parte la prevención de riesgos laborales⁵³ reconocida como un derecho

⁵⁰ Respecto al listado del artículo 14 CE, por todas STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006 (RTC 2006/41) FJ. 3; DÍAZ LAFUENTE, J.: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género” en CUESTA LÓPEZ, V y SANTANA VEGA, DM (Directores): Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual, ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp. 308, 310.

⁵¹ STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006 (RTC 2006/41) FJ. 3; STS de 11 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7043) FJ 5. Sobre el valor hermenéutico de las normas de la UE en la interpretación del artículo 14 CE que abarca *“no solo a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, sino también a su Derecho Derivado, así como a la interpretación que de tales normas realiza el tribunal de Justicia de la Unión Europea”* entre otras, SSTC 118/2019 de 16 de octubre, (RTC 2019/118) FJ. 3, 76/2019, de 22 de mayo (RTC2019/76) FJ. 3; 138/2018, de 17 de diciembre (RTC 2018/138) FJ. 2 y 32/2019, de 28 de febrero (RTC 2019/32) FJ. 6. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que *“Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”* por todas SSTs de 29 de enero de 2001 (RJ 2001/2069) FJ 2 y de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000/5513) FJ. 5; CABEZA PEIRÓ, J y LOUSADA AROCHEMA, JF.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, ed. Bomarzo, Albacete 2014 pp. 45-54; RIVAS VAÑÓ, A y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *“Orientación sexual y Derecho Europeo”*, en MARINO MENÉNDEZ, FM. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 293-332.

⁵² Artículo 4.2.d) *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”* Y en el artículo 17.1 TRET, *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables, por razón de... orientación o condición sexual...”*.

⁵³ Artículo 4.7 LPRL se define como *“cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”* y en la que se incluye específicamente d) *“Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”* al formar parte de los derechos laborales de los trabajadores.

derivado de la relación laboral⁵⁴. La obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad entre las personas individualizadas y entre los grupos en los que estas se integran sea real y efectiva”⁵⁵ define el carácter de la obligación de seguridad del empresario prevista en la LPRL.

Dentro de la empresa, la discrecionalidad que la ley reconoce al empresario en el ejercicio de su poder de dirección⁵⁶ está limitada por el alcance de la obligación de seguridad y por el nivel de diligencia que en su cumplimiento la ley le exige. El carácter sinalagmático del vínculo contractual le genera la obligación de proteger la integridad física del trabajador⁵⁷ y de desarrollar una adecuada política de prevención de riesgos laborales protegiendo eficazmente su salud⁵⁸, siempre dentro del respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad⁵⁹.

El grado de diligencia exigible viene determinado por el deber objetivo de cuidado que consiste en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no generen riesgos ni, por supuesto, resultados lesivos. La situación de riesgo que puede generarse en una empresa por razón de la orientación sexual e identidad de género de sus trabajadores es una realidad que se pone de manifiesto, entre otras, en el objeto que justifica la aprobación de leyes⁶⁰ que protegen los derechos del colectivo LGTBI y, en las medidas a adoptar tendentes a eliminar cualquier forma de discriminación por diversidad sexogenérica relacionada con sus condiciones de trabajo.

⁵⁴ Art. 4.2.d) “A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales” artículo 14.1 LPRL “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”.

⁵⁵ Artículo 9.2 CE.

⁵⁶ Artículo 20.2 TRET “En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.

⁵⁷ Artículo 4.2.d).

⁵⁸ Artículo 19.1 TRET y 14.1 LPRL.

⁵⁹ Artículo 4.2. e) TRET, artículo 22.2 LPRL “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”.

⁶⁰ El Anteproyecto de ley sobre para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y las distintas leyes autonómicas sobre la protección y no discriminación de este colectivo.

Entendida la diversidad por orientación sexual e identidad de género como integrante de la obligación de seguridad, la inacción del empresario no solo supone un incumplimiento de su obligación con las responsabilidades que ello conlleva⁶¹, sino que también genera un riesgo para la salud del trabajador cuya magnitud vendrá determinada por su alcance.

6. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La afectación de los factores discriminatorios sobre el proceso de evaluación de los riesgos generales de la empresa y sobre los factores de riesgo se dirige directamente a la protección eficaz de la salud del trabajador⁶² lo que implica que, solo desde el contenido de este derecho puede determinarse si la conducta omisiva del empresario reviste la gravedad exigida por la norma para entender vulnerado el derecho a la integridad física del trabajador y, en su caso, poder establecer una conexión con el derecho a la protección de la salud otorgándole la misma protección constitucional.

La peculiaridad del derecho fundamental del artículo 15 CE respecto de otros derechos fundamentales es que no puede exponerse al trabajador a una situación de riesgo grave para entenderlo vulnerado, siendo suficiente que “se

⁶¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8/8/2000) Son infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, artículo 8.11 LISOS. “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. 12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. 13. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma. 13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo. Y todas ellas, sin tener en cuenta las responsabilidades en las que puede incurrir en el orden penal, civil y recargo de prestaciones de la Seguridad Social”.

⁶² Artículo 3 e) del convenio 155 OIT que, la salud en la relación laboral “abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo” concepto adaptado de más general previsto por la OMS que define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”⁶³. No hacerlo así “equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el art. 15CE”⁶⁴.

Plantearse si la conducta omisiva del empresario, al no considerar como factor de riesgo la orientación e identidad sexual en la evaluación de los riesgos, constituye una vulneración del artículo 15 CE nos lleva a la doctrina constitucional sobre su alcance. En este derecho se protege “la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”⁶⁵. También se afirma “que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”⁶⁶.

Sin entrar a valorar posibles actuaciones individualizadas capaces de producir un peligro grave y cierto⁶⁷ resulta muy difícil afirmar que, en la evaluación de los riesgos generales de la empresa, no tener en cuenta la orientación e identidad sexual como factor de riesgo en el proceso de evaluación puede generar un riesgo relevante de forma indiscriminada a todos los trabajadores expuestos al mismo⁶⁸. No obstante, la dificultad a priori de magnificar este riesgo como vulnerador del derecho a la integridad física, facilita a

⁶³ “no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post” STC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007/67) FJ.3.

⁶⁴ STC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007/67) FJ 6.

⁶⁵ Por todas STC 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001/119) FJ. 5.

⁶⁶ STC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007/67) FJ 6.

⁶⁷ Una actuación u omisión del empresario, “en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral, podría comportar en ciertas circunstancias un riesgo o daño para la salud del trabajador cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental”. En concreto, continúa la sentencia, tal actuación u omisión “podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la acusación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta” STC 118/2019, de 16 de octubre, (RTC 2019/118) FJ. 4. La STC 160/2007, de 2 de julio (RTC 2007/160) FJ 5 establece que “es obvio que las circunstancias no afectan a cualquier persona por igual, pero también lo es que la previsibilidad del riesgo en determinados casos resulta fuertemente indicaria, actualizando la necesidad de la tutela del art. 15 CE si el problema grave de salud aparece unido a datos fácticos que revelen una conexión directa con los hechos previos”.

⁶⁸ “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal, aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquél que genere peligro grave y cierto para la misma” SSTS 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio (RTC 2007/160) FJ 2; 118/2019, de 16 de octubre, (RTC 2019/118) FJ. 4.

sensu contrario su valoración como un riesgo a la salud que, aunque no goza de la máxima cobertura constitucional, sí le otorga la propia Constitución la garantía de su protección en los términos previstos en la norma que lo desarrolla⁶⁹.

La tutela que el artículo 40.2 CE otorga a la protección de la salud de los trabajadores a través de su desarrollo legislativo⁷⁰ impide justificar la omisión como factores de riesgo de la orientación sexual e identidad de género en la evaluación de los riesgos, hacerlo implicaría negar la hipótesis de la existencia de un riesgo y, en consecuencia, su prevención e incluso la existencia de un daño laboral. Aunque esta conducta omisiva no, necesariamente, sea fiscalizable en amparo, dependerá de su intencionalidad y efectos, si constituye, en el resto de supuestos, una cuestión de legalidad ordinaria ejercitable ante los tribunales de justicia⁷¹.

7. LAS CONDUCTAS LGTBIFÓBICAS Y LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO

La prevención de riesgos laborales no puede entenderse solo como un conjunto de medidas de contenido técnico en el que su alto nivel de regulación constituye en sí mismo un límite al poder de organización y dirección del empresario. Siendo cierta esta afirmación, no lo es menos que el legislador incluye en el concepto de condición de trabajo todas “las características relativas a su organización y ordenación que influyan en la magnitud de los riesgos al que esté expuesto el trabajador”⁷² siendo en este aspecto donde las decisiones adoptadas o su falta de ellas pueden generar riesgos o agravarlos.

La organización y ordenación del trabajo como condición de trabajo guarda una estrecha relación con el entorno en el que aquél se desarrolla, siendo su idoneidad la que garantiza unas condiciones de trabajo seguras. Los riesgos específicos a los que se exponen los trabajadores pertenecientes al colectivo

⁶⁹ “En las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física, lo mismo que el derecho a la salud y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo”. STC 62/2007. FJ. 5.

⁷⁰ Su naturaleza como principio rector y la garantía que ofrece el artículo 53.3 CE no implica que se constituya como una norma únicamente programática, vacía de contenido, sino que obliga al legislador a regular las condiciones y términos en los que los trabajadores pueden acceder a este derecho, respetando el contenido del mandato constitucional, SSTC 118/2019, de 16 de octubre (RTC 2019/118) FJ. 5; 134/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/134) FJ. 5; 233/2015, de 5 de noviembre (RTC 2015/233).

⁷¹ La deuda de seguridad del empresario está definida en la LPRL en términos imperativos, lo que impone una clara elevación de la diligencia exigible, STSJ de Cataluña, nº 5086/2020 de 19 de noviembre (JUR 2021/53146) FJ 3.

⁷² Artículo 4.7 LPRL.

LGTBI, generalmente de carácter psicosocial, demandan que se tenga en cuenta su diversidad en la identificación del riesgo y en las medidas a adoptar para eliminarlo. El empresario está obligado a evaluar correctamente los riesgos, a evitar lo evitable y proteger al trabajador frente a los riesgos detectables y no evitables⁷³. La existencia de estos riesgos viene determinada por “la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”⁷⁴. Establecer medidas preventivas contra conductas y actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica de estos trabajadores en su entorno laboral, implica aplicar adecuadamente los principios de la acción preventiva de combatir los riesgos en su origen⁷⁵ y de adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual⁷⁶.

Todas estas conductas, no por previsibles menos reprobables, son contrarias al principio de igualdad de trato, desconocen el derecho de estos trabajadores a que se les respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad y generan un riesgo para la salud de quienes las sufren. La intensidad del riesgo no va a depender directamente de sus consecuencias sino de la forma en que este se manifieste. Por sus efectos jurídicos hay que “distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio-abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales”, diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, en la que en el primer supuesto se aprecia intención de perjudicar al trabajador, mientras que en el segundo prima el interés -mal entendido- empresarial⁷⁷. El hostigamiento da lugar a una situación de acoso discriminatorio cuando “*cualquier comportamiento o conducta que, por razones de orientación y/o identidad sexual, o pertenencia a grupo familiar LGTBI, se realice con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, ofensivo o segregado*”⁷⁸.

⁷³ STS de 30 de junio de 2010, rcud 4123/2008; STSJ de Cataluña, nº 5086/2020 de 19 de noviembre (JUR 2021/53146) FJ 3; STSJ de Castilla La Mancha núm. 810/2020, de 12 de junio (Roj: STSJ CLM 1467/2020) FJ. 4.

⁷⁴ STC número 56/2019, de 6 de mayo de 2019 (RTC 2019/56) FJ. 5; STSJ Madrid núm 410/2020 de 16 de junio de 2020 (Roj: STSJ M 7217/2020) FJ.2.

⁷⁵ Artículo 15.1. c) LPRL.

⁷⁶ Artículo 15.1. h) LPRL.

⁷⁷ STSJ de Madrid, núm. 916/2019, de 19 de noviembre, (AS 2020/1152) FJ. 3.

⁷⁸ Artículo 3 k) de 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 en Andalucía, en idénticos términos se recoge en el resto de las leyes de las CCAA, excepto en la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que se califica como asedio por razón de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género y no se define en la Cantabria y las leyes trans de Andalucía y País Vasco.

No todas las conductas y actitudes, sin embargo, son susceptibles de desencadenar situaciones de acoso⁷⁹, pero sí pueden provocar afecciones de menor entidad igualmente prohibidas por la norma que pueden dar lugar a patologías de estrés o ansiedad que, sin revestir la gravedad del acoso jurídicamente hablando, repercuten negativamente en la salud del trabajador afectado pudiendo desencadenar daños graves o muy graves a su salud o integridad física.

La consecuencia primera de estas situaciones es la generación de un riesgo prohibido por la norma que hay que evitar no desde la identificación de los trabajadores expuestos al mismo sino desde la situación que puede generarse en caso de producirse.

En una empresa el riesgo al que se exponen las personas LGTBI, no se genera porque existan trabajadores que se identifican o pertenecen a este colectivo, sino porque existen personas dentro de la misma LGTBIfóbicas que pueden provocarlo. Y es sobre estas conductas, que en numerosas ocasiones tienen carácter discriminatorio⁸⁰, sobre las que han de existir medidas preventivas que

⁷⁹ Artículo 1.3 D 2000/43 de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (L180/22 de 19/7/2000) define el acoso como aquella “conducta intimidatoria y atentatoria contra la dignidad de la persona por medio de hostigamiento, intimidación o presión tales, que el entorno se vuelve degradante, humillante y ofensivo” también se puede entender como “conducta de sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión”, por todas STSJ de Andalucía, núm. 1244/2018 de 26 de abril (JUR 2018/173308) FJ. 2; VALERO HEREDIA, A.: “Homofobia y discurso del odio desde una perspectiva constitucional” en CUESTA LÓPEZ, V y SANTANA VEGA, DM (Directores): *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp. 326, 33-334.

⁸⁰ Los Estados en las distintas respuestas que den a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, para hacerla eficaz han de tener en cuenta la forma en la que esta discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación. En el Anteproyecto de Ley y en la mayor parte de las leyes autonómicas se definen los distintos tipos de discriminación a los que pueden enfrentarse el colectivo LGTBI: “discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas por motivos de diversidad sexogenérica o pertenencia a grupo familiar LGTBI. h) Discriminación múltiple: Hay discriminación múltiple cuando, además de discriminación por motivo de orientación y/o identidad sexual o pertenencia a grupo familiar LGTBI, una persona sufre conjuntamente discriminación por otro motivo recogido en la legislación europea, nacional o autonómica. Específicamente, en Andalucía se tendrá en cuenta que, a la posible discriminación antes descrita, se pueda sumar la pertenencia a colectivos específicos vinculados a la diversidad étnica, religiosa, funcional, población gitana o a diferentes situaciones de documentación administrativa de personas migrantes. Se tendrá en cuenta especialmente la discriminación de género que se pueda producir por el hecho de ser mujer. i) Discriminación por asociación: Hay discriminación por asociación cuando una persona es objeto de discriminación como consecuencia de su relación con otra persona, un grupo o familia LGTBI. j) Discriminación por error: Situación en la que una persona o un grupo de personas son objeto de discriminación por orientación o identidad sexual como consecuencia de una apreciación errónea”.

las eviten. Una de las características que definen a los riesgos psicosociales es que no proceden directamente de la realización del trabajo sino de las relaciones personales lo que dificulta considerablemente prever el alcance del riesgo. No obstante, es precisamente su abstracción, tanto respecto de quien lo provoca como de quien lo padece lo que facilita la adopción de medidas de carácter preventivo que despliegan toda su eficacia desde el mismo momento el que existen indicios de que el riesgo puede llegar a producirse.

La heterogeneidad del colectivo LGTBI no impide la adopción de medidas preventivas de carácter colectivo⁸¹. La presión social y, por ende, también laboral a la que se puede someter a cualquier trabajador por su exclusiva pertenencia a este colectivo declarada o no⁸², fomenta la aparición del riesgo psicosocial. Los efectos de este riesgo sobre la persona que los padece operan en su esfera privada, por lo que tendrá que ser él o ella quien demande la correspondiente reparación. No obstante, la defensa de los derechos afectados solo puede realizarse desde la prevención de los riesgos a los que se expone y no tras su materialización en un daño. Son los hechos, acontecimientos, situaciones o estados derivados de la organización del trabajo los que evidencian la idoneidad o la falta de una cultura de organización suficiente que fomente la comunicación entre sus miembros y establezca mecanismos adecuados de resolución de problemas. Aunque pueden elaborarse distintas clasificaciones sobre los factores de riesgo que pueden afectar a los trabajadores LGTBI, lo cierto es que su multicausalidad es la que justifica su tratamiento unificado en un proceso de gestión preventiva y no uno separado para cada factor que en ellos pueda influir⁸³.

8. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY Y EN LAS LEYES AUTONÓMICAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI Y TRANS

El carácter de Derecho necesario mínimo indisponible de la LPRL y sus normas de desarrollo, así como su elevado contenido técnico limitan el papel de la negociación colectiva en el desarrollo de la prevención de riesgos dentro de la empresa. El papel que mayormente otorga la LPRL a la negociación colectiva se

⁸¹ Artículo 15.1.c sobre la preferencia de estas medidas; RAMOS QUINTANA, MI.: "Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa..." *op.cit.* pp. 32-35.

⁸² Obligar a declarar la orientación sexual de forma directa o indirecta, como mecanismo de defensa ante un despido, constituye una vulneración del derecho fundamental a la intimidad protegido en el artículo 18.1 CE, en este sentido SJS Madrid núm 74/2005, se 21 de febrero (AS 2005/473) FF.JJ. 4 y 5; STSJ de Andalucía núm. 1244/2018 de 26 de abril (JUR 2018/173308) FJ. 2.

⁸³ En este sentido CT 104/2021; FUMERO DIOS, IS.: "La incidencia de los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores identificación, evaluación e intervención psicosocial" en RAMOS QUINTANA, MI (Directora): Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 280-282.

concentra en la mejora de las condiciones de trabajo⁸⁴ ya reguladas, en el desarrollo de algunos aspectos de la Ley y a una función aplicativa o ejecutiva de la legislación a sectores concretos, dejando un escaso margen a su capacidad reguladora⁸⁵. No obstante, una inexistente referencia a los riesgos laborales con carácter general a los que se enfrentan los trabajadores LGTBI por razón de su orientación sexual o identidad de género y el olvido generalizado de los riesgos psicosociales⁸⁶, definen un espacio inexplorado en la previsión de medidas preventivas.

No se trata de trasladar a la negociación colectiva el contenido del deber de seguridad del empresario, que ya está fijado por la ley, que es de obligado cumplimiento y que no necesita de ningún desarrollo convencional para desplegar sus efectos, sino de recoger en un convenio colectivo todas aquellas medidas preventivas que son susceptibles de ser protocolizadas en aras a un mayor y mejor nivel de protección de la salud de estos trabajadores.

Completar el mandato legal especificando la obligación del empresario de incluir la diversidad de este colectivo en su sistema de gestión de la prevención y, cómo hacerlo forma parte del papel que la ley atribuye a la autonomía colectiva y que, en el desarrollo de su competencia material⁸⁷, puede regular. Así parecen haberlo entendido las diferentes leyes de las comunidades autónomas reguladoras de la protección de los derechos del colectivo LGTBI o Trans⁸⁸ las cuales, aunque no tienen competencia reguladora por tratarse de una materia laboral⁸⁹, en el ejercicio de sus competencias de ejecución sí pueden adoptar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento⁹⁰. Aunque tan solo la Ley de la Comunidad Autónoma Andaluza, establece la necesidad de adoptar las medidas específicas de prevención contra la LGTBIofobia dentro del marco de la normativa

⁸⁴ En el sentido del artículo 4.7 LPRL.

⁸⁵ Sobre el papel de la negociación colectiva IGARTUA MIRÓ, MT.: *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Tecnos 5ª ed. 2020, pp. 98-99.

⁸⁶ MOLINA GARCÍA, M.: "La función del convenio colectivo en la regulación de los riesgos psicosociales", en RAMOS QUINTANA, MI (Directora): *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 217-233.

⁸⁷ Artículo 85. TRET 1. "*Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...*"; CABEZA PEIRÓ, J y LOUSADA AROCHEMA, JF.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género...*, op.cit. pp. 131-132.

⁸⁸ Sobre las leyes autonómicas, CABEZA PEIRÓ, J y LOUSADA AROCHEMA, JF.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género...*, op.cit. pp. 124-131

⁸⁹ Competencia exclusiva del Estado en su artículo 149.1.7 CE.

⁹⁰ Pueden completarlas "en una mera ejecución o simple puesta en práctica de una obligación ya configurada en sus términos y en su alcance obligatorio, por la legislación estatal", por todas STC 159/2016 de 22 de septiembre (RTC 2016/159) (antecedentes 2.g).

de prevención de riesgos laborales, hay que entender referidas en este marco todas las previstas en estas leyes cuando se refieren al ámbito laboral. Como se ha ido insistiendo a lo largo de todo el trabajo, todas aquellas conductas que, en el entorno laboral, discriminan por razón de orientación sexual e identidad de género no pueden contemplarse como un problema personal entre individuos, sino como un problema de prevención de riesgos laborales al que el empresario está obligado a dar respuesta.

Aunque todas las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento promueven la necesidad de adoptar medidas contra cualquier situación de discriminación de este colectivo en el ámbito laboral, no todas ellas lo hacen con la misma intensidad. En relación con las referencias realizadas a la negociación colectiva, se prevén medidas que fomenten convencionalmente el desarrollo de cláusulas o actuaciones que promuevan la defensa de los derechos de las personas LGTBI.

Es en este ámbito donde la mayor parte de las leyes autonómicas⁹¹ reproducen en idénticos términos la necesidad de fomentar la inclusión en los convenios colectivos de *“cláusulas de promoción, prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación por causa de orientación sexual, expresión o identidad de género”*. Aunque algunas de ellas introducen elementos de indudable transcendencia en la protección y normalización de este colectivo dentro de las empresas. Así, la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias prevé la necesidad de incluir la perspectiva de identidad sexual en las normas convencionales; la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón en la que se fomenta el impulso de *“medidas inclusivas para las personas LGTBI en los convenios de todos los sectores laborales”* y la Ley de la Comunitat Valenciana y de la Comunitat Catalana que recuerdan la obligación legal de la empresa de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, añadiendo que, *“estas medidas deben ser objeto de negociación y, en su caso, deben acordarse con los representantes legales de los trabajadores”*. En el Anteproyecto de ley de ámbito estatal, este impulso se hace recaer sobre los agentes sociales y a través de la propia negociación colectiva.

La Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria no hace referencia directamente a la negociación colectiva aunque sí a la participación institucional cuando se prevé como objetivo desde la Consejería *“impulsar códigos de conducta antidiscriminatoria y protocolos de actuación ante situaciones de acoso o discriminación por orientación sexual, identidad sexual, identidad de género o expresión de género para su adopción por las empresas y empleadores, en colaboración con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”*.

⁹¹ Andalucía, Aragón, Extremadura, Madrid (2), Murcia, Navarra, País Vasco y Canarias

Las leyes de las CC.AA. de las Islas Baleares y de Galicia son más generalistas. En la primera, se fomentará que las empresas se involucren en medidas que garanticen la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI”, y aunque se prevé que estas medidas sean objeto de negociación, solo se acordarán con los representantes legales de los trabajadores, si se “tercia”. Mientras, la Ley gallega fomenta la visibilidad e inclusión de este colectivo, pero no prevé un papel específico para la negociación colectiva.

La falta de una regulación específica sobre las medidas a adoptar en defensa de los derechos del colectivo LGTBI en materia de prevención de riesgos laborales, convierten al convenio colectivo estatutario, por su valor normativo y por la posición que ocupa dentro de las fuentes de la relación laboral⁹², en uno de los instrumentos más idóneos para regular procedimientos o mecanismos que eviten o disminuyan los riesgos derivados del trabajo⁹³ y que faciliten su inclusión en el plan de prevención de la empresa⁹⁴ y, en consecuencia en su sistema de gestión.

9. CONCLUSIONES

La consideración de la orientación sexual y la identidad de género como causa de discriminación integrada en la más genérica “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del artículo 14 CE y su relación con los derechos a la protección de la salud y a la integridad física trascienden de la esfera privada cuando los relacionamos con el derecho a la prevención de riesgos laborales y le oponemos la obligación de seguridad que el legislador atribuye al empresario dentro de la relación laboral.

La obligación de proteger eficazmente la salud y garantizar la seguridad de los trabajadores implica identificar y evaluar todos los riesgos derivados del trabajo, incluidos aquellos que son previos a la propia existencia de un trabajador afectado.

⁹² Artículo 3.1 TRET.

⁹³ Como se recoge en el artículo 5.2 LISOS “Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley” es una infracción grave, “no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

⁹⁴ Artículo 2.1 RD 39/1997 “El Plan de prevención de riesgos laborales es la herramienta a través de la cual se integra la actividad preventiva de la empresa en su sistema general de gestión y se establece su política de prevención de riesgos laborales” lo aprueba la empresa siempre dentro del respeto a la Ley y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos.

Garantizar un entorno saludable conlleva incluir la perspectiva de orientación sexual y de identidad de género en la gestión de la actividad preventiva de la empresa. No hacerlo puede favorecer la reparación por encima de la prevención en la protección de la salud de estos trabajadores.

Es necesario un desarrollo convencional de medidas preventivas que, partiendo de la diversidad del colectivo, prevean los riesgos a los que tradicionalmente están expuestos los trabajadores LGTBI para garantizar, desde su inclusión, un mismo nivel de protección de su salud que al resto de trabajadores.

10. BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB

- ABAD, T (coord.), GUTIÉRREZ, M.G.: “Hacia centros de trabajo inclusivos. La discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral en España” UGT, 2020 https://www.ugt.es/sites/default/files/resumen_ejecutivo1.pdf
- BARAMBONES GARCÍA, V. y SANTOS, R y RUIZ ESPINOSA, C. (coordinadores): “Lucha contra la discriminación en el ámbito laboral por razones de orientación sexual e identidad de género” CEA[R] Comisión Española de Ayuda al Refugiado 2020 <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/03/informe-discriminacion-empleo-LGBTIQ.pdf> .
- CABEZA PEIRÓ, J y LOUSADA AROCHEMA, JF.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, ed. Bomarzo, Albacete 2014.
- DÍAZ LAFUENTE, J.: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género” en CUESTA LÓPEZ, V y SANTANA VEGA, DM (Directores): *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, ed. Aranzadi, Pamplona 2014.
- FUMERO DIOS, IS.: “La incidencia de los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores identificación, evaluación e intervención psicosocial” en RAMOS QUINTANA, MI (Directora): *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, MT.: *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Tecnos 5^a ed. 2020.
- MOLINA GARCÍA, M.: “La función del convenio colectivo en la regulación de los riesgos psicosociales”, en RAMOS QUINTANA, MI (Directora): *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.
- MUÑOZ, O.: “la diversidad LGBT en el contexto laboral en España” <https://mpatika.com/wp-content/uploads/2019/05/La-Diversidad-LGBT-en-el-Contexto-Laboral-en-Espan%CC%83a.pdf>

- CC.OO.: “Discriminación en el empleo de personas LGTBI. Por unas empresas diversas y sin armarios”
<https://fsc.ccoo.es/af9c17eb2e0eeb2082fe1669976c2168000050.pdf>
- RAMOS QUINTANA, MI.: “Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación” en RAMOS QUINTANA, MI (Directora): *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.
- RIVAS VAÑÓ, A.: “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Rvta. Temas Laborales*, núm. 59, 2000.
- RIVAS VAÑÓ, A y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Orientación sexual y Derecho Europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, FM. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- VALERO HEREDIA, A.: “Homofobia y discurso del odio desde una perspectiva constitucional” en CUESTA LÓPEZ, V y SANTANA VEGA, DM (Directores): *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, ed. Aranzadi, Navarra 2014.
- Agenda 2030 de desarrollo sostenible, Asamblea General de la ONU, 2015
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>
- Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 14 de abril de 2021.
- EU-OSHA sobre lugares de trabajo saludables 2023-2025 dedicada a la creación de un futuro digital seguro y saludable. Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el trabajo <https://osha.europa.eu/es/about-eu-osha/press-room/prevention-now-more-ever-new-vision-safe-and-healthy-workplaces>
- Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027: “La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación” Bruselas, 28.6.2021, COM (2021) 323 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0323&from=EN>
- Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSR-booklet_es.pdf
- Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-action-plan_es

- Primera Estrategia para la Igualdad de Trato y No Discriminación de Personas LGTBI en Andalucía, <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/social/158552/ConsejeriadeIgualdad/LGTBI/diversidaddegenero/igualdad/identidaddegenero>
- Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>
- Proyecto Europeo ADIM “Avanzando en la gestión de la diversidad LGBT en el sector público y privado” <https://adimlgbt.eu/>
- “Trabajo más seguro y saludable para todos - Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” COM (2017) 12 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0012&from=es>
- Unión de la Igualdad: Estrategia de Igualdad LGTBIQ 2020-2025, COM (2020) final 698 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf

APROXIMACIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES ENCABEZADAS POR HOMBRES: LA SOMBRA DE UNA NUEVA DISCRIMINACIÓN¹

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO
Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN

Hace unos meses leíamos en las noticias que *“Una mujer sin pareja podrá acumular los permisos de maternidad y paternidad”*².

La noticia está relacionada con una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia que permite que la mujer, en situación de familia monoparental, pueda disfrutar tanto de las semanas que le corresponderían como madre, como de las semanas que corresponde al padre. Con esta decisión, el juzgado condena a la Seguridad Social y a la Tesorería General a su abono, después de que ambos organismos se hubiesen mostrado contrarios a esta agrupación. La razón jurídica de fondo que se esgrime es la vulneración en su caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, una norma que establece su prevalencia sobre cualquier otra en caso de conflicto, de manera que de no permitirse el disfrute de ambos

¹ Trabajo realizado en el marco del 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).

² Periódico el País de 14 de mayo de 2021. Familia monoparental: Una mujer sin pareja podrá acumular los permisos de maternidad y paternidad | Economía | EL PAÍS (elpais.com). 30 de septiembre de 2021. Sobre el disfrute del Permiso de paternidad puede consultarse GALA DURÁN, C. “El alcance del permiso de paternidad en las entidades locales. Personal laboral y funcionario. Derechos laborales”. *Revista de la Administración Práctica* nº 10. 2016. Aranzadi. pp. 1 a 13.

permisos se estaría llevando a cabo un episodio de discriminación de las familias monoparentales con respecto a las biparentales. Expresamente señala en esta resolución judicial que:

“Si se deniega la prestación a la beneficiaria en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de la igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño (...) por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a la que van a recibir otros en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental”.

Esta misma sentencia indica que esta doctrina es apoyada por nuestro propio Tribunal Supremo que ha considerado que el sentido de las normas, en materia de protección de la maternidad, han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor. De forma que en caso de denegación “se puede suscitar una quiebra del principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”. Por tanto, parece que no debemos analizar la cuestión sólo como una cuestión de mujeres y hombres sino de protección de menores que podrían ser tratados de forma desigual injustamente, sin que exista razón objetiva y razonable que justifique ese trato desigualdad. La igualdad no la demandamos pues para hombres y mujeres sólo sino especialmente para los menores afectados por estas situaciones.

En base a la anterior reflexión, la pregunta que nos hacemos al comienzo de este estudio es si la respuesta al caso sería la misma en el supuesto de que el solicitante fuera un hombre, pues el interés del menor existe igualmente y la Convención sobre los Derechos del niño sería igualmente aplicable. Con esta hipótesis de partida comenzamos a analizar la realidad de las familias monoparentales encabezadas por hombres. La respuesta a esta pregunta la encontraremos a lo largo de este estudio.

Para responder a la misma, debemos reconocer desde el principio que en la sociedad actual algo está cambiando porque también el 2 de junio de 2021 el mismo periódico³ nos informaba de que “Los hombres que son padres también sufren discriminación de género”. En este caso la noticia se centra en un caso de despido causada por lo que se denomina “discriminación refleja”⁴, concepto que hace referencia al trato desfavorable que sufren aquellas personas, no por su pertenencia a un colectivo victimizado, sino porque se las relaciona de alguna manera con otra u otras personas que sí pertenecen a alguno de estos grupos sociales protegidos, es decir, se produce cuando una persona discriminada no se encuentra catalogada dentro de un colectivo susceptible de ser discriminado y

³ Los hombres que son padres también sufren discriminación de género | Mis Derechos | Economía | EL PAÍS (elpais.com) 30 de septiembre de 2021,

⁴ Puede consultarse sobre este concepto la STC 71/2020, de 29/Junio (LA LEY 85636/2020).

protegido por ello, pero sin embargo lo es. En el caso concreto, los hombres no son considerados normalmente como pertenecientes a un colectivo discriminado, normalmente se las considera a las mujeres, pero estos hombres pueden llegar a ser discriminados, como se plantea en esta última noticia⁵.

También sería el caso del padre varón que resulta protegido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 16 abril de 2021⁶, al declararse nulo su despido por considerar el tribunal que el mismo ha sido producido de *“forma refleja por el embarazo y parto de su mujer y las consecuencias legales que conlleva”* siendo una discriminación prohibida al amparo del artículo 55 del ET. La empresa alegó como motivo de despido *“una reducción continuada en el rendimiento de sus funciones, pero sin aportar ningún tipo de prueba que lo demostrase. Dicha carencia de pruebas y el hecho de que la carta de despido se enviase con efectos retroactivos al mismo día del parto, denotan, a juicio del tribunal, una clara conexión temporal entre su condición de padre y la decisión de despido”*. Los magistrados hilan más fino y consideran que no es el permiso de paternidad en sí lo que provoca la decisión de despido, sino el hecho de convertirse en padre y todas las consecuencias legales que puede llevar aparejadas, como ausencias, bajas, reducción de jornada, etc. Finalmente, el tribunal no solo declara nulo el despido, sino que condena a la empresa a indemnizarle por *“vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación”*. Sin lugar a dudas, esta y otras sentencias que comentaremos han sentado un precedente en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta forma de discriminación opera como cualquier otra en el sentido de que la persona que se considere discriminada debe aportar indicios suficientes de la existencia de ésta, siendo la parte demandada la encargada de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y justificado dicho comportamiento cuestionado, algo que al parecer no ha ocurrido en el caso de autos.

2. ¿ES UN PROBLEMA REAL O HIPOTÉTICO EL QUE PLANTEAMOS?

En el seno de la UE hace años (1992) que el Comité Económico y Social (CES) señaló⁷ que en *“ningún país de la UE disponía de una Estrategia coherente o de un Marco de acción en materia de familias monoparentales”*. En el mejor de los casos,

⁵ LAMAS BERTRÁN, G, RAMÍREZ THOMAS D. “La familia ensamblada: una nueva concepción familiar”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad de La Plata, nº 48 2018.

⁶ Referencia 1584/2021 de 16 abril 2021, Rec. 754/2021. También puede interesar consultar MARTINEZ BARROSO M.R. “Padres corresponsables ¿discriminados? O una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18) (ECLI:EU:C:2019:1075)”. *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 6/2020.

⁷ Dictamen sobre familias monoparentales. (92/C 14/14). DOCE de 20 de enero de 1992. P. 35.

decía este Comité, se han adoptado una serie de medidas especiales en respuesta al crecimiento de este tipo de familias, *“aunque esto ha venido acompañado de una resistencia subyacente a adoptar cualquier tipo de medidas que pudiera considerarse que contribuyen al crecimiento de sus cifras”*⁸. El CES señalaba la necesidad de adoptar medidas en el contexto general de la igualdad de oportunidades y de las políticas y programas sobre la familia. Ambos temas deberían ir de la mano.

Parece, por tanto, que estamos ante un problema real, planteado desde hace años desde instancias supranacionales, que además se sustenta con datos como los proporcionadas por las estadísticas oficiales de España.

Algunos datos estadísticos sobre los modelos de familia que tenemos en España nos muestran, según el INE que, en los hogares españoles en el año 2020, los hogares monoparentales (formados por uno solo de los progenitores con hijos) estaban mayoritariamente integrados por madre con hijos. En concreto había 1.582.100 (el 81,4% del total), frente a 362.700 de padre con hijos. El número de hogares monoparentales aumentó un 3,0% respecto al año 2019. El de madres con hijos creció un 3,4% y el de padre con hijos un 1,6%. El tipo de hogar formado por un progenitor con uno o más hijos menores de 25 años se incrementó un 6,8%. En un 37,6% de los hogares de madres con hijos ésta era viuda, en un 40,2% separada o divorciada, en un 15,8% soltera y en un 6,4% casada⁹, pero vivía sola con los hijos.

⁸ *Ibidem.* P. 35.

⁹ Encuesta Continua de Hogares (ECH). (ine.es). de octubre 2021.

		HOGARES MONOPARENTALES SEGÚN ESTADO CIVIL DEL PROGENITOR						
		2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Ambos sexos (miles de hogares)	TOTAL	1.887,5	1.878,5	1.842,4	1.964,9	1.897,5	1.754,7	1.707,7
	Solteras/Solteros	256,0	261,9	239,6	223,6	228,2	195,3	196,2
	Casadas/Casados	142,8	135,7	136,8	269,8	263,4	181,6	162,4
	Viudas/Viudos	762,4	763,0	742,3	790,2	736,2	726,4	744,7
	Separadas/Separados	180,2	196,6	191,6	192,7	209,1	190,1	202,4
	Divorciadas/divorciados	546,1	521,2	532,1	488,7	460,6	461,3	402,0
Mujeres (miles de hogares)	TOTAL	1.530,6	1.538,2	1.529,9	1.591,2	1.541,7	1.450,4	1.412,9
	Solteras	221,1	233,7	217,1	192,5	201,3	169,7	178,0
	Casadas	96,1	97,3	99,4	189,6	186,4	136,8	113,5
	Viudas	620,2	631,7	612,3	646,8	593,3	606,6	617,4
	Separadas	147,2	162,6	156,6	155,2	177,4	157,3	169,1
	Divorciadas	446,1	413,0	444,5	407,0	383,4	380,1	334,8
Varones (miles de hogares)	TOTAL	356,9	340,3	312,6	373,7	355,7	304,2	294,9
	Solteros	34,9	28,2	22,5	31,0	26,8	25,6	18,2
	Casados	46,8	38,4	37,4	80,2	77,0	44,8	48,9
	Viudos	142,2	131,4	130,0	143,3	142,9	119,9	127,3
	Separados	33,1	34,1	35,0	37,5	31,7	32,8	33,3
	Divorciados	100,0	108,2	87,6	81,6	77,3	81,2	67,1

Elaboración propia a partir de datos del INE

La tabla anterior nos muestra pues la evolución ascendente de las familias monoparentales en general (hemos pasado de las 1707 de 2013 a las 1887 del año 2019). Y diferenciando por sexo del cabeza de familia predominan las encabezadas, como decimos, por mujeres respecto de los hombres. En el caso de los varones, el mayor incremento se ha producido a causa del divorcio, y en el caso de las mujeres igual. La viudedad si bien arroja datos elevados de familias monoparentales que llegan a esa situación por esa causa, tanto en viudos como viudas, la variación interanual no es tan diferenciada.

		HOGARES MONOPARENTALES SEGÚN GRUPO DE EDAD DEL PROGENITOR						
		2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
Ambos sexos (en miles)	TOTAL	1.887,5	1.878,5	1.842,4	1.964,9	1.897,5	1.754,7	1.707,7
	De 15 a 24 años	3,5	3,7	4,8	4,1	6,1	4,1	3,8
	De 25 a 34 años	60,2	58,1	81,8	79,1	87,6	81,1	88,8
	De 35 a 44 años	291,7	317,0	328,3	369,5	375,4	311,6	307,4
	De 45 a 54 años	490,4	494,9	463,9	487,8	451,9	453,3	414,3
	De 55 a 64 años	377,9	354,9	338,1	348,3	354,8	301,1	290,9
	65 años o más	663,8	649,8	625,5	676,2	621,6	603,5	602,6
Mujeres (en miles)	TOTAL	1.530,6	1.538,2	1.529,9	1.591,2	1.541,7	1.450,4	1.412,9
	De 15 a 24 años	3,5	3,7	4,8	4,1	6,1	4,1	3,8
	De 25 a 34 años	55,4	54,2	78,3	67,6	81,4	73,0	81,0
	De 35 a 44 años	251,1	279,3	290,6	312,3	318,9	267,5	268,1
	De 45 a 54 años	393,0	394,0	373,5	399,4	365,2	377,7	338,2
	De 55 a 64 años	291,9	275,8	271,1	266,8	278,9	232,6	225,4
	65 años o más	535,8	531,2	511,6	541,1	491,3	495,6	496,5
Varones (en miles)	TOTAL	356,9	340,3	312,6	373,7	355,7	304,2	294,9
	De 15 a 24 años	0,0
	De 25 a 34 años	4,8	3,9	3,5	11,5	6,2	8,1	..
	De 35 a 44 años	40,6	37,7	37,7	57,1	56,5	44,2	7,8
	De 45 a 54 años	97,5	101,0	90,4	88,5	86,7	75,7	39,3
	De 55 a 64 años	86,0	79,1	67,0	81,5	76,0	68,5	76,1
	65 años o más	127,9	118,6	113,9	135,1	130,3	107,8	65,5

Elaboración propia a partir de datos del INE

La edad del progenitor también es importante tenerla en cuenta porque va a influir en otras responsabilidades que pueda tener, de tipo profesional, laboral, familiar, cuidado de otras personas, etc. Las mujeres entre las edades 15 a 24 escasamente son responsables de una familia monoparental, en el caso de los hombres estos datos son cero, la razón fundamental puede ser que a esas edades cuando se tienen hijos, puede ocurrir que aún se convivan con los padres de la mujer y hombre y por tanto, los abuelos, y que además en caso de nacimientos de hijos en padres jóvenes, es la mujer la que suele ocuparse del cuidado del mismo aunque sea conviviendo con sus propios padres. A partir de los 25 años el número incrementa para las mujeres, poco para los hombres. Y a partir de los 35 años el dato es ascendente para ambos sexos, más en las mujeres, llamándonos la atención, tanto en hombres como mujeres, las familias encabezadas por mayores de 65 años.

		HOGARES MONOPARENTALES SEGÚN NÚMERO DE HIJAS/OS CON LOS QUE CONVIVEN						
		2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013
TOTAL (miles de hogares)	TOTAL	1.887,5	1.878,5	1.842,5	1.964,9	1.897,4	1.754,6	1.707,8
	1 Hija/o conviviendo	1.293,9	1.281,6	1.268,5	1.299,6	1.279,1	1.180,5	1.154,1
	2 Hijas/os conviviendo	496,8	510,2	487,2	561,1	519,4	477,6	471,4
	3 o más hijas/os conviviendo	96,8	86,7	86,8	104,2	98,9	96,6	82,3
Madres (miles de hogares)	TOTAL	1.530,6	1.538,2	1.529,9	1.591,2	1.541,7	1.450,4	1.412,9
	1 Hija/o conviviendo	1.038,4	1.047,2	1.037,4	1.042,9	1.029,2	966,3	940,8
	2 Hijas/os conviviendo	406,9	422,4	415,7	463,0	426,2	400,2	399,2
	3 o más hijas/os conviviendo	85,3	68,6	76,8	85,3	86,3	84,0	72,9
Padres (miles de hogares)	TOTAL	356,9	340,3	312,6	373,7	355,7	304,2	294,9
	1 Hija/o conviviendo	255,5	234,4	231,1	256,7	249,9	214,2	213,3
	2 Hijas/os conviviendo	89,9	87,8	71,5	98,1	93,2	77,4	72,2
	3 o más hijas/os conviviendo	11,5	18,1	10,0	18,9	12,6	12,6	9,4

Elaboración propia a partir de datos del INE

En cuanto al número de hijos/as que tienen a su cargo esas familias monoparentales, destacan las que tienen un solo hijo, tanto en mujeres como en hombres, lo que coincide con el descenso de la natalidad producida en los últimos años en España.

En resumen, aunque los datos sobre hombres que viven con hijos son más bajos que los que hemos podido obtener respecto de las mujeres, se trata de una realidad que a nuestro entender demanda atención legal, pues el porcentaje va creciendo y además la realidad nos muestra una imagen que precisa atención de los operadores jurídicos. Por tanto, respondiendo al título del epígrafe debemos decir que es un problema real y no hipotético.

3. CONCEPTO DE MONOPARENTALIDAD VERSUS FAMILIA

1.- Parece que la necesidad de crear conceptos, en ocasiones redundantes, es la tónica de nuestra sociedad actual. Algunos autores distinguen entre familias monomarentales y monoparentales¹⁰ según que el cabeza de la familia sea una mujer o un hombre¹¹. Es un ejemplo de ese mal entendido, a nuestro parecer, feminismo, que quiere separar, distinguir a la mujer del hombre en situaciones que sin embargo ambos viven, experimentan igualmente como es el caso que nos ocupa en este estudio, aunque es cierto que existen diferencias, pero ya adelantamos que a nuestro entender no planteadas de forma adecuada desde la perspectiva legal.

Como han señalado alguna autora *“Hablar de monoparentalidad supone, en la mayoría de los casos, hablar de hogares donde es la madre quien asumen en solitario el cuidado de sus hijos dependientes. Esto es así porque existen una serie de factores que, de manera independiente o combinados entre sí, han provocado lo que se conoce como la feminización de la monoparentalidad (Avilés, 2015). De todos estos factores, los socio-culturales son probablemente los que mayor peso tienen. A lo largo de la historia, el sistema patriarcal ha establecido y naturalizado la división sexual del trabajo, asignando roles diferentes a hombres y mujeres. De acuerdo con esta distribución, los hijos y el hogar han sido considerados responsabilidad exclusiva del sexo femenino, tanto en situaciones de normalidad como de crisis conyugal. Esta feminización ha suscitado la necesidad de incorporar un nuevo concepto que permita diferenciar los hogares monoparentales femeninos de los masculinos. Se entiende que los problemas, necesidades y características que presentan difieren en función del sexo del progenitor que se encuentra al frente”*¹².

Si bien parte de este discurso es real, y precisa la atención y particularidad demandada, no por ello el otro grupo, los monoparentales puros podríamos decir, pueden ser olvidados de las Políticas Públicas que se aprueben en relación con todas las dificultades que se encuentran las familias encabezadas por un solo progenitor. Esta metodología y técnica jurídica basada en centrarse en los problemas de las mujeres es la tratada tradicionalmente por la corriente feminista conocida como Feminismo de la Igualdad, corriente que ha sido superada por el llamado Feminismo de la Diferencia, que, si bien también persigue la igualdad de

¹⁰ También se habla de homoparental.

¹¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ C.M y AVILÉS-HERNÁNDEZ M. “Trabajo social con familias monomarentales: valoración profesional de sus necesidades desde los servicios sociales de atención primaria” en *Trabajo Social Global Social Work*, 10 (19), 2020. pp. 281-303. CERLETTI, L. “De ellos soy padre y madre. Responsabilidades sobre educación infantil en situaciones de monoparentalidad”. *Revista Pilquen*, sección Psicopedagogía vol. 14 nº 2, 2017. LÓPEZ MERO, P y PIBAQUE TIGUA, M. “Familias monoparentales y el desarrollo social en los adolescentes”. *Revista Dominio de las Ciencias*, vol. 4 nº3 2018, en <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/index>. 4 de enero 2022.

¹² CORRAL, E. (2008). “La familia monoparental y el interés del menor”. *Actualidad Civil*, 22, Sección A, 2008, tomo 2.

mujeres y hombres, no se olvida de estos últimos en aquellos aspectos en los cuales ellos están infrarrepresentados y, por tanto, infraprotegidos como es el caso que estamos analizado en este estudio. No son posturas incompatibles, son postulados complementarios. Porque lo contrario supondría dejar a un grupo de familias, las monoparentales puros fuera de la protección que se brinde a la misma, lo cual no sólo no tiene sentido, sino que iría en contra del interés del menor que es el bien jurídico más alto protegido en esta materia, y que ya ha sido mencionado en la introducción de este trabajo.

Alguna autora¹³ con declaraciones como la siguiente nos ayuda a formular la hipótesis de partida de este trabajo, Esta autora explica *“que las madres solas, en ocasiones, no tienen estudios que les permitan acceder a un puesto de trabajo dignamente remunerado, ya que dedicaron todo su tiempo y esfuerzo a las tareas conyugales y domésticas, por lo que no pudieron completar su formación académica ni realizarse, laboralmente hablando. Si alguna cuenta con unos ingresos propios, normalmente son insuficientes para sufragar en solitario todos los gastos derivados de la jefatura económica familiar. Igualmente, si está empleada se enfrenta a las dificultades diarias que conlleva organizar y gestionar la unidad doméstica e intentar conciliar vida laboral, familiar y personal. La escasa flexibilidad en el trabajo, el hecho de que horarios y calendarios laborales sean diferentes a los escolares, la escasez de servicios de conciliación que se adapten a las jornadas de trabajo en cuanto a horarios, turnos, etc., y el débil apoyo por parte de las administraciones públicas, dificulta que las madres solas puedan compatibilizar la actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Esto limita y llega a impedir su acceso al mercado laboral, con las implicaciones económicas que supone”*.

Al margen de los casos de las personas que no pudieron formarse y acceder a un empleo adecuado, que merecen un tratamiento especial, ¿No le ocurre lo mismo a los hombres que se ven obligados, como cabezas de familia de una familia monoparental, a conciliar trabajo y familia?

Cuando sobreviene una situación de monoparentalidad, el núcleo familiar se resiente porque experimenta un descenso de los recursos económicos con los que cuenta, tienen más dificultades para gestionar y organizar la unidad doméstica, lo que los lleva a tener que acudir a ayuda de otros familiares, amigos, etc.¹⁴

¹³ CORRAL, E. (2008). *Ibíd*em

¹⁴ Así lo pone de manifiesto también AVILÉS HERNÁNDEZ, M. “Situación de los progenitores monoparentales en el mercado laboral: un análisis comparado desde la perspectiva de género” en la obra coordinada por Obiol S y Di Nella, D, *Familias Monoparentales en transformación. Monoparentalidades transformadoras*. Colección Familias Monoparentales y Diversidad Familiar, nº. 17, pp. 123-137. Barcelona: Copalqui Editorial. AVILÉS HERNÁNDEZ M “El núcleo monoparental masculino en los hogares multigeneracionales: una lectura sociológica desde la óptica de la crisis económica”. *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3 2014.

Esta postura que hemos comentado anteriormente, es un ejemplo de cómo el tratamiento parcial del problema va a generar discriminación para un grupo de personas distintas a las mujeres, nos referimos a los menores, y en pro de los menores por supuesto, porque con estos planteamientos no se tiene en cuenta la situación del menor sino de la familia, y el foco de atención debe virar a nuestro entender, no centrarse en hombres o mujeres sino en el menor o menores.

Por eso tampoco podemos estar de acuerdo con la afirmación de algunas autoras que afirman que “...la principal solución que la legislación laboral española ofrece a las trabajadoras que tienen necesidades de conciliación es que reduzcan su jornada de trabajo, pasando a una contratación a tiempo parcial¹⁵”. Porque no es a las “trabajadoras” es a todas las personas que tienen necesidad de conciliar vida personal, profesional, y familiar a quienes se les debe proporcionar soluciones. La misma opción existe para un varón/mujer que tiene que cuidar de sus progenitores, para una mujer/varón que tiene que cuidar de una persona con algún grado de discapacidad, etc¹⁶.

Si analizamos, respecto de los dos últimos años, las tasas de paro en España por comunidad autónoma y sexo de las personas afectadas, nos encontramos la imagen siguiente:

¹⁵ FERNÁNDEZ-MARTÍNEZ C.M y AVILÉS-HERNÁNDEZ M. “Trabajo social con familias monomarentales: valoración profesional de sus necesidades desde los servicios sociales de atención primaria” en *Trabajo Social Global Social Work*, 10 (19), 2020. P. 285

¹⁶ *El uso de la acepción familias monoparentales viene de la tradición anglosajona de los años sesenta (bajo las denominaciones one-parent families; single mothers; lone mothers o solo mothers), y francesa (familles monoparentelles) introduciéndose en España hacia finales de los años ochenta. Ello se produjo principalmente a instancias de las sociólogas y politólogas feministas que pretendían contrastar y erradicar otras denominaciones como las de familias rotas, incompletas, sin padre, desviadas o disociadas, términos todos ellos claramente estigmatizantes y llenos de prejuicios.* DI NELLA D. “Familias Monoparentales y Responsabilidad Parental”, *Revista Arxius* nº 34 junio 2016. P. 11.

Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma

	2021T2	2021T1	2020T4	2020T3	2020T2	2020T1
HOMBRES						
Total Nacional	13,39	14,07	14,17	14,39	14,13	12,79
01 Andalucía	18,32	19,07	18,98	19,97	18,40	17,92
02 Aragón	7,95	9,93	10,03	10,40	10,24	9,69
03 Asturias, Principado de	12,02	12,49	12,84	13,28	15,53	13,83
04 Balears, Illes	13,86	16,91	16,62	13,88	14,86	14,57
05 Canarias	24,09	25,01	23,35	22,59	22,18	17,83
06 Cantabria	9,88	10,94	11,05	11,67	13,61	10,47
07 Castilla y León	10,35	10,82	9,29	10,80	11,60	10,74
08 Castilla - La Mancha	12,57	12,41	12,30	14,58	14,04	13,60
09 Cataluña	10,99	11,55	12,85	12,23	12,66	9,94
10 Comunitat Valenciana	14,27	15,16	14,69	14,91	14,76	12,97
11 Extremadura	13,58	17,84	17,22	17,21	17,83	19,88
12 Galicia	11,27	11,80	10,26	10,68	11,50	11,12
13 Madrid, Comunidad de	11,41	10,79	12,68	12,03	11,86	9,72
14 Murcia, Región de	11,23	13,24	12,59	14,62	12,94	14,21
15 Navarra, Comunidad Foral de	10,72	11,58	11,34	10,26	10,13	8,23
16 País Vasco	9,63	10,67	8,64	9,95	7,93	8,18
17 Rioja, La	7,07	7,80	7,87	9,33	10,44	9,44
18 Ceuta	19,14	25,96	23,81	23,76	17,68	22,04
19 Melilla	19,17	18,00	20,24	20,66	20,68	21,26
MUJERES						
Total Nacional	17,36	18,13	18,33	18,39	16,72	16,24
01 Andalucía	25,47	26,74	27,27	28,51	25,01	25,22
02 Aragón	13,84	14,61	15,30	13,65	13,57	11,73
03 Asturias, Principado de	15,36	15,76	14,20	15,10	13,30	14,94
04 Balears, Illes	16,67	21,06	18,15	12,62	17,21	22,43
05 Canarias	25,36	25,85	27,27	27,76	20,83	19,86
06 Cantabria	15,16	12,95	12,61	12,41	13,95	11,79
07 Castilla y León	15,24	14,80	14,33	14,48	13,27	13,07
08 Castilla - La Mancha	21,63	23,78	23,83	23,25	20,63	23,87
09 Cataluña	13,69	14,35	14,97	14,33	12,91	11,44
10 Comunitat Valenciana	19,39	18,06	18,26	19,99	19,11	16,10
11 Extremadura	25,82	27,58	26,09	25,38	25,64	28,01
12 Galicia	13,61	14,29	13,17	13,04	12,44	14,31
13 Madrid, Comunidad de	12,78	13,54	14,40	14,53	13,38	11,49
14 Murcia, Región de	15,60	20,49	18,94	20,48	19,12	19,31
15 Navarra, Comunidad Foral de	9,84	11,30	12,00	9,57	10,01	8,92
16 País Vasco	10,42	11,32	11,35	10,75	10,40	9,29
17 Rioja, La	16,54	16,56	13,17	14,07	9,71	13,20
18 Ceuta	29,93	31,42	30,40	31,53	24,29	26,47
19 Melilla	16,52	25,63	28,33	28,62	26,55	25,25

Elaboración propia a partir de datos obtenidos de INE

En términos generales la tasa de paro de mujeres es más elevada que la de los hombres, salvo alguna comunidad autónoma, pero en muchas las diferencias porcentuales no son tan elevadas como para poder afirmar que ellos no sufren igualmente la lacra de la falta de empleo de España y por extensión los problemas que referidos más arriba.

Como hemos dicho, un tratamiento parcial de los datos de la realidad nos llevará a soluciones parciales y no generales o globales, no tiene ningún sentido intentar crear soluciones públicas para las familias monomarentales si estamos dejando de lado a las monoparentales, porque los menores afectados son igualmente titulares de derechos fundamentales protegidos tanto a nivel internacional, europeo como nacional. Estamos en el año 2021 y siguen existiendo posturas doctrinales, investigadores/as, informes y todo tipo de intervenciones que en la actualidad tratan el tema parcialmente, de esta forma no llegaremos a soluciones universales, basándose exclusivamente en que los datos son más elevados para las mujeres, esta argumentación debería ser superada poniendo en valor cuál es el bien jurídico protegido real, si la igualdad entre mujeres y hombres o el interés del menor. Y una vez que tengamos la política pública, el conjunto de medidas para atajar el problema o al menos reducirlo, aplicarlo al mayor número posible de supuestos afectados, que esto último dará como resultado que más mujeres y sus familias, porcentualmente sean ayudadas, no es lo importante, lo importante es que los hombres y sus familias también tengan acceso a las mismas medidas, porque los menores que las requieren son igualmente titulares de los mismos derechos fundamentales, con independencia de que su progenitor/a o cuidador/a sea mujer u hombre.

2.- Las situaciones que provocan esta monoparentalidad son similares a las que causan la monomarentalidad y entre ellas podemos destacar:

- Causas ajenas al hombre, como pueden ser el fallecimiento o enfermedad prolongada de la pareja y madre de sus hijos; el abandono por parte de esta.
- Causas ajenas a la mujer, fallecimiento o enfermedad prolongada de la pareja y padre de sus hijos, abandono por parte de este.
- Por elección del hombre, porque decida ser padre en solitario acudiendo a la adopción o maternidad subrogada.
- Por elección de la mujer, porque decida ser madre en solitario, ya sea biológicamente o acudiente a la adopción, o incluso a la maternidad subrogada.
- Otras causas: ruptura conyugal, asumiendo el padre o madre la custodia completa o compartida, bien legalmente o de facto, de los hijos/as; la emigración de la madre/padre ya sea sola o con parte de sus hijos/as, por ejemplo, por cuestiones laborales, que llevan a que el hombre asuma casi en solitario la crianza de los hijos, es lo que ocurre con las trabajadoras temporeras; la emigración del padre sólo o con parte de sus hijos/as; que cada uno de los progenitores

trabaje en lugares diferentes y los hijos igualmente tengan que estar en lugares diferentes temporal o definitivamente¹⁷; etc.

El actual artículo 92 del Código Civil español posibilita estas opciones al declararse que: “[...] . 4.- Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Partiendo de este precepto legal, la observación de la realidad española nos muestra que es cada vez más común solicitar la custodia compartida. Según datos del INE referidos al año 2020:

“El 42,0% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes económicamente). Este porcentaje fue similar al del año anterior. El 46,0% tenían solo hijos menores de edad, el 5,4% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 6,7% hijos menores de edad y mayores dependientes económicamente. El 26,0% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente económicamente). La custodia de los hijos menores fue otorgada en el 53,0% de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo. En el 54,5% se le otorgó a la madre (58,1% en el año anterior), en el 3,9% al padre (4,1% en 2019), en el 41,4% fue compartida (37,5% en 2019) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares”¹⁸.

El patrón de comportamiento está cambiando en mujeres y hombres en la actualidad, no podemos dejar de tener en cuenta el contexto social en el cual nos encontramos, como tampoco podemos dejar de poner en valor el efecto de los cambios culturales que la igualdad de género a su vez está provocando, llegando a generarse un impacto a nivel legal y jurídico. Hoy días son los propios hombres los que demandan estos derechos/obligaciones respecto de sus hijos/as mientras

¹⁷ AVILÉS HERNÁNDEZ M. “Las familias monoparentales encabezadas por hombres”, *Revista Arxius* nº 34 2016. Pp. 31 y 32. También puede consultarse DOMÍNGUEZ, C; GONZÁLEZ, D; NAVARRETE, D; ZICAVO, N. “Parentalización en familias monoparentales”. *Revista de Ciencias Psicológicas*. Julio-diciembre 2019. Pp. 346-355. MARTIN ORDIALES, N; SALDAÑA DE LERA, E; MORALES A. “Relación entre apego paterno e infantil, habilidades sociales, monoparentalidad y exclusión social”. *Revista de Psicología Clínica con niños y adolescentes*. Vol. 6 nº 2 mayo 2019. Pp. 44 a 48.

¹⁸ https://www.ine.es/prensa/ensd_2020.pdf. 10 de octubre de 2021.

que en épocas pasadas adoptaban un rol más pasivo. Algún autor¹⁹ ha llegado a afirmar que *“en la medida en la que se están reduciendo las desigualdades entre hombres y mujeres, los hombres están tomando conciencia de la discriminación, en parte natural, en parte jurídica, que sufren con respecto a las mujeres en las cuestiones relacionadas con la descendencia. Por eso se están incorporando a las distintas asociaciones y grupos de presión que conforman los movimientos sociales de hombres. Reivindican la necesidad de que las instituciones, tanto públicas como privadas, desarrollen mecanismos que les permitan vivir su paternidad de forma plena, en igualdad de condiciones que las mujeres. Especial atención está prestando en sus denuncias a todas las cuestiones relacionadas con el cuidado de los hijos/as tras la disolución del vínculo conyugal, como el régimen de custodia que se decreta. Esto pone de manifiesto la capacidad transformadora que estas familias tienen”*.

Por tanto, y en resumen un tratamiento distinto, desigual que no separado dará lugar a nuevas formas de discriminación a nuestro entender.

4. RECURSOS PÚBLICOS PARA LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

Dentro de nuestro gobierno actual, y como parte de la actuación que realiza la Administración General del Estado, debemos destacar las principales políticas o iniciativas de apoyo a las familias que se realizan desde los diferentes Ministerios, algunas de estas iniciativas se dirigen a las familias en general y otras a familiares singulares, como es el caso de las familias monoparentales²⁰. Según los datos proporcionados por el gobierno *“este tipo de familias ha ido creciendo en número en estos últimos años de manera importante, suponiendo 1,9 millones de hogares, el 10,10 % del total y el 23% de los hogares con hijos”*²¹. Aunque la mayoría de ellas están dirigidas por mujeres no podemos descartar las que lo están por hombres pues es un fenómeno creciente por diversas circunstancias, como ya hemos indicado, los hombres deciden ser padres en solitario teniendo o no pareja de mismo sexo; casos de separación o divorcio en las cuales el hombre se queda con la custodia bien porque la mujer renuncia a ella o simplemente no puede asumirla, y quizás la principal causa de esta situación que no es otra que la mayor mortalidad de

¹⁹ BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona, El Roure Editorial. 2001

²⁰ Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias 2021. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. [https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/pdf/2021_GUIA_DE_AYUDAS_PARA_LAS_FAMILIAS_\(final\)._ACCESIBLE.pdf](https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/pdf/2021_GUIA_DE_AYUDAS_PARA_LAS_FAMILIAS_(final)._ACCESIBLE.pdf). 3 de diciembre de 2021.

²¹ P. 57 Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias 2021. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. FALMEDA SAMARANCH, E; VERGÉS BOSCH, N; FRANCÉS OBIOL, S; MORENO MIGUEZ, A. *“Monoparentalidades y Políticas Públicas”*. *Revista Arxius* n^o 34 junio 2016. pp. 43 a 58.

mujeres por enfermedades como el cáncer, según datos de la Sociedad Española de Oncología Médica (SEOM)²².

Estimación del número de nuevos casos de cáncer en España para el año 2021 (excluidos los tumores cutáneos no melanoma).

	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
< 45 años	5.802	9.667	15.469
De 45 a 64 años	46.802	45.030	91.832
≥ 65 años	106.263	62.675	168.938
Todas las edades	158.867	117.372	276.239

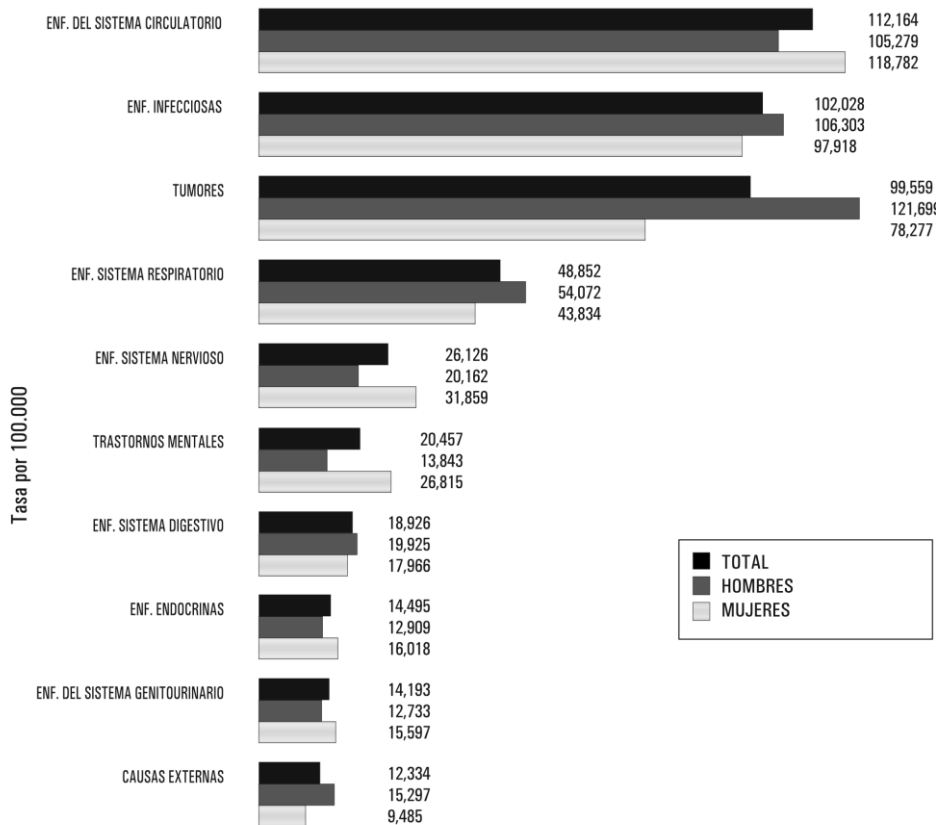
Fuente: Red Española de Registros de Cáncer (REDECAN)

Se espera, según el informe anual de 2021 de la SEOM “un incremento de la mortalidad en los próximos años, estimándose la mortalidad en más de 16 millones en 2040. En España, se estima que la mortalidad por cáncer se incrementará de 113.000 casos en 2020 a más de 160.000 en 2040”.

Si analizamos la concreta causa del fallecimiento, las mujeres destacan en algunas de ellas, como las enfermedades del sistema circulatorio, enfermedades del sistema nervioso, trastornos mentales, enfermedades endocrinas, y enfermedades del sistema genitourinario. Esta situación nos lleva a analizar la situación de los hombres y sus descendientes. Lo que no significa que no tengamos que tener en cuenta las causas de fallecimiento de los hombres que dan lugar a familias monomarentales, pero esto se aleja de nuestro objeto central de estudio.

²² Las cifras del cáncer en España en 2021. https://seom.org/images/Cifras_del_cancer_en_España_2021.pdf. 3 de diciembre.

Defunciones según causa de muerte por capítulos de la CIE-10 (Clasificación Internacional de Enfermedades) y sexo. Enero a Mayo de 2020.



Fuente: INE

Los sistemas de protección social, tanto estatal como autonómicos, otorgan una atención creciente a colectivos con necesidades especiales. Así, se establecen medidas de protección social específica para las familias monoparentales, especialmente para aquellas que tienen una situación socioeconómica de mayor vulnerabilidad, teniendo en cuenta que presentan una tasa de riesgo de pobreza relativa y AROPE sensiblemente elevada, doblando prácticamente la tasa media de los hogares en España.

Con independencia de las ayudas establecidas en el ámbito de competencias del resto de administraciones públicas (comunidades autónomas o corporaciones locales), desde la Administración General del Estado se contemplan ayudas específicas en las siguientes materias:

1. Las prestaciones económicas en un único pago por nacimiento o adopción de hijo/a en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres o padres con discapacidad; y por parto o adopción múltiples. Es decir, es el nacimiento o

adopción la situación que genera el derecho, ya sea individual o múltiple, ya se produzca en España o en el extranjero. Esta ayuda es compatible con la que analizaremos a continuación en los puntos 2 y 3. Además de ser compatible con el subsidio especial por parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple y con la pensión de orfandad y la pensión en favor de familiares para nietos y hermanos, que, en su caso, puedan corresponder. Los requisitos que deben cumplir los progenitores ya sean dos o uno son:

- Ser español o extranjero, en ambos casos con residencia en España.
- No tener derecho a otras prestaciones de la misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Para su concepción se tienen en cuenta los ingresos del progenitor, en concreto, cuando los ingresos de la unidad familiar no superen la cantidad que cada año se establece por ley; para este año 2021 es de 12.536,00 €, en este caso que analizamos generado por un solo progenitor custodio. La cuantía anterior se incrementará en un 15% por cada hijo, a partir del segundo, éste incluido.

2. La asignación económica por hijo o menor a cargo.

Se trata de una prestación no contributiva que se concede por cada hijo/a menor de 18 años de edad y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, o mayor de dicha edad cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o de guarda con fines de adopción²³.

3. La prestación económica por nacimiento y cuidado de menor, de modalidad contributiva y distinta a la explicada en el punto 1, el subsidio especial por parto,

²³ A partir del 1 de junio de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, ya no se pueden presentar nuevas solicitudes para esta asignación económica, que quedará a extinguir. El INSS ha reconocido durante 2020 la prestación transitoria de ingreso mínimo vital a los beneficiarios de la asignación económica por hijo menor de 18 años o menor a cargo sin discapacidad o con un grado de discapacidad inferior al 33 por ciento que reunieran determinados requisitos, siempre que el importe de la prestación transitoria de ingreso mínimo vital fuera igual o superior al importe de la asignación económica que viniera percibiendo. A partir del 1 de enero de 2022 la prestación transitoria devendrá en la prestación de ingreso mínimo vital, siempre que se reúnan los requisitos establecidos y el interesado aporte antes del 31 de diciembre de 2021 la documentación que a tal efecto le sea requerida por el INSS. En otro caso, se reanudará el percibo de la asignación económica por hijo o menor a cargo, siempre que se mantengan los requisitos para ser beneficiario de esta prestación. P. 16 de la Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias 2021. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030

adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

4. La prestación económica por excedencia para el cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción o para el cuidado de otros familiares.

5. Prestaciones por muerte y supervivencia. En este caso, la situación de monoparentalidad ha recibido una protección específica desde el sistema de Seguridad Social, es la derivada del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, dando derecho, si se cumplen todos los requisitos legales, a un conjunto de prestaciones para compensar los efectos económicos que se producen por el fallecimiento. Actualmente, se reconocen las siguientes prestaciones:

- Pensión de viudedad: se concede al cónyuge superviviente cuando el causante de la pensión cumple los requisitos generales de afiliación, alta y cotización que exige la ley:
 - o Si el fallecimiento es debido a enfermedad común se exigirán 500 días cotizados dentro de un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.
 - o Si el fallecimiento se debe a accidente, sea o no de trabajo, o a enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización.
 - o Pensionistas: No se exige período de cotización.

Las personas que, en la fecha del fallecimiento, no se encuentren en alta o en situación asimilada a la de alta, causarán derecho a pensión siempre que reúnan un período mínimo de cotización de 15 años

En aquellos supuestos en que el matrimonio se haya producido con una persona ya enferma, por una enfermedad común contraída con anterioridad al matrimonio, el cónyuge del causante fallecido deberá acreditar además una serie de requisitos adicionales: la existencia de hijos comunes y que el matrimonio se hubiera celebrado con una antelación de al menos un año a la fecha del fallecimiento, salvo que se acreditara un periodo de convivencia que sumado al del matrimonio supere los dos años. En el caso de que no se cumpla alguno de ellos se podría acceder a la prestación temporal de viudedad.

También se concede a los cónyuges separados judicialmente o divorciados, si no hubieran contraído nuevo matrimonio o constituido una pareja de hecho y acrediten tener derecho a pensión compensatoria y ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante, salvo que se trate de víctimas de violencia de género; a partir del 01-01-2010, en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última; no obstante, para las separaciones y divorcios previos al año 2008 hay requisitos específicos.

La cuantía de la pensión se calcula aplicando un porcentaje a la base reguladora que en cada caso proceda (según la causa del fallecimiento y la situación a efectos de Seguridad Social de la persona fallecida). Con carácter general, el porcentaje es del 52%.

No obstante, el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad será del 60% en algunos casos especiales²⁴. Distinta de esta última es la prestación “temporal” de viudedad.

- Prestación temporal de viudedad, que se concede al cónyuge superviviente, cuando no pueda acceder a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio ha tenido una duración de 1 año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos/as comunes, siempre que reúna el resto de requisitos generales exigidos (alta y cotización). La cuantía de la prestación es igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de 2 años.
- Pensión de orfandad, se concede a los/as hijos/as del causante, los/as hijos/as del cónyuge superviviente (si cumplen ciertos requisitos): ser menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez.

Cuando el huérfano no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente del SMI que se fije en cada momento también en cómputo anual, la edad se amplía hasta los 25 años. Si el huérfano estuviera cursando

²⁴ Tener una edad igual o superior a 65 años. No tener derecho a otra pensión pública española o extranjera. No percibir ingresos por la realización de trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia. No disponer de rentas de capital mobiliario o inmobiliario, ganancias patrimoniales o rentas de actividades económicas, superiores a 7.569,00 euros/año.

estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico. La cuantía de la pensión es con carácter general el 20% de la misma base reguladora que la pensión de viudedad. En caso de orfandad absoluta, la pensión puede verse incrementada en función de determinadas circunstancias. La Seguridad Social asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido. Si el fallecimiento ha sido debido a accidente de trabajo (AT) o enfermedad profesional (EP), se concede, además, a cada huérfano una indemnización especial de una mensualidad de la base reguladora.

- Prestación de orfandad. En este caso tendrán derecho a la prestación, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

6. Bonificación del 45% de las cuotas a la Seguridad Social por la contratación de cuidadores en familias monoparentales. Con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, se concede una bonificación del 45% de las cuotas a cargo del empleador por la contratación de un/a cuidador/a de la familia.

7. Ingreso Mínimo Vital. El Ingreso Mínimo Vital es una prestación del sistema de Seguridad Social dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia y carecen de recursos económicos básicos para cubrir sus necesidades básicas, garantizándoles un nivel mínimo de renta.

Las cuantías señaladas en la norma se incrementan con un complemento del 22% del importe anual de las pensiones no contributivas dividido entre doce, cuando se trate de unidad de convivencia monoparental, que, a estos efectos se define como la compuesta por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad sobre los que tenga la

guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año.

Para 2021 los importes son: -
714,30 euros para una unidad de convivencia monoparental formada por un adulto y un menor.
855,28 euros para una unidad de convivencia monoparental formada por un adulto y dos menores.
996,26 euros para una unidad de convivencia monoparental formada por un adulto y tres menores.
1.137,24 euros para una unidad de convivencia monoparental formada por un adulto y cuatro o más menores.

8. Fiscalidad (IRPF)

La situación de monoparentalidad se contempla de forma específica en algunas previsiones de la normativa del IRPF. La normativa vigente de este impuesto incorpora el derecho a una deducción por importe de 1.200 euros anuales para ascendientes separados legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tengan derecho a la totalidad del mínimo por descendientes. Deben realizar una actividad por cuenta propia o ajena en la que se esté dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad de carácter alternativo y cotizar durante los plazos mínimos fijados. Esta deducción puede percibirse de forma anticipada hasta un importe de 100 euros mensuales, previa solicitud a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Algunas Comunidades Autónomas prevén expresamente deducciones específicas para familias monoparentales (aplicables al tramo autonómico del impuesto), con independencia de otras a las que pudieran también tener derecho. Son las siguientes:

COMUNIDAD AUTONOMA	MEDIDA CONCRETA IRPF
Andalucía	<p>Deducción de 100 euros para madre o padre de familia monoparental; se incrementará en 100 euros por cada ascendiente mayor de 75 años que conviva con la familia monoparental, siempre que éstos generen el derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes mayores de 75 años establecido en la normativa estatal del IRPF.</p> <p>Por ayuda doméstica a familias monoparentales, el 15 % del importe satisfecho por el contribuyente a la Seguridad Social correspondiente a la cotización anual de un empleado del hogar familiar con un límite máximo de 250 euros anuales, siempre que aquél perciba rendimientos de trabajo o de actividades económicas.</p>
Asturias	Deducción de 303 euros para monoparentales que tenga a su cargo descendientes, siempre que no conviva con cualquier otra persona ajena a los citados descendientes, hijos menores o bien mayores de edad con discapacidad, salvo que se trate de ascendientes que generen el derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes. En caso de convivencia con descendientes que no tengan esa consideración a efectos de la deducción, no se perderá el derecho a la misma siempre y cuando las rentas anuales del descendiente, excluidas las exentas, no sean superiores a 8.000 euros.
Canarias	Deducción de 100 euros para el contribuyente que tenga a su cargo descendientes, hijos menores o bien mayores de edad con discapacidad, siempre que no conviva con cualquier otra persona distinta a los citados descendientes, salvo que se trate de ascendientes que generen el derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes. En caso de convivencia con descendientes que no tengan esa consideración a efectos de la deducción, no se perderá el derecho a la misma siempre y cuando las rentas anuales del descendiente, excluidas las exentas, no sean superiores a 8.000 euros.
Cantabria	Deducción de 200 euros anuales para el titular de la familia monoparental, con los requisitos de renta que recoge la normativa. En los casos de separación legal o cuando no existiera vínculo matrimonial, tendrá la consideración de familia monoparental la formada por la madre o el padre y los hijos que convivan con una u otro menores de edad, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos, e hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.
Cataluña	Los contribuyentes que queden viudos durante el ejercicio 2020 pueden aplicarse una deducción de 150 euros en la declaración de ese año y en los dos ejercicios inmediatamente posteriores; será de 300 euros si tienen a cargo uno o más descendientes que computen a efectos del mínimo por descendientes.
Extremadura	Para los contribuyentes viudos con residencia en Extremadura se reconoce una deducción de 100 euros (con ciertos límites de rentas); el importe de la deducción se eleva a 200 euros si tienen a su cargo uno o más descendientes que computan a efectos de aplicar el mínimo por descendientes. No tendrán derecho a la aplicación de esta deducción los contribuyentes que hubieren sido condenados, en virtud de sentencia firme, por delitos de violencia de género contra el cónyuge fallecido.
Comunidad Valenciana	Quienes ostenten a 31 de diciembre de 2020 el título de familia monoparental, expedido por el órgano competente de la Generalitat, podrán aplicarse una deducción de 300 euros, cuando se trate de familia monoparental de categoría general; o de 600 euros, si es de categoría especial. Para poder percibirla, la suma de la base liquidable general y de la base liquidable del ahorro, no podrá ser superior a las cantidades que se recogen en la normativa.

Elaboración propia a partir de datos de la Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias 2021. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030

9. En materia de vivienda, también existen medidas específicas para proteger a familias que presentan situaciones de dificultad social y económica en relación con su vivienda, entre las que se incluyen las familias monoparentales. En concreto el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 dispone que se considerarán sectores preferentes aquellos que vienen definidos en la legislación específica, sin perjuicio de los nuevos que se puedan regular o que determinen las Comunidades Autónomas o las Ciudades de Ceuta y Melilla, que incluyen a las familias numerosas y a las unidades familiares monoparentales con cargas familiares. El Plan recoge distintos programas de ayuda a la vivienda (ayuda al alquiler de vivienda, ayuda a los desahuciados de su vivienda habitual, fomento del parque de vivienda en alquiler, etc.). Dentro de las medidas sociales adoptadas frente al Coronavirus (“Escudo Social”), se incluyen moratorias de la deuda hipotecaria y otras medidas, como la suspensión de desahucios y de lanzamientos, y la compensación a los arrendadores, a las que se pueden acoger familias monoparentales en situación de vulnerabilidad económica a raíz de la crisis sanitaria, con los requisitos que señala la normativa.

Además de lo anterior, en el caso de unidades familiares integradas por un único progenitor y, al menos, un menor, los límites de renta establecidos para acceder a los descuentos en la factura eléctrica se incrementarán en 0’5 puntos del IPREM (3.954,30 € más)²⁵. Asimismo, podrán acceder al bono social térmico que se destina a consumidores vulnerables en relación con el gasto de energía para calefacción, agua caliente o cocina, con independencia de cuál sea la fuente utilizada²⁶.

10. Otro tipo de medidas: sin perjuicio del interés de un examen más extenso, que no resulta posible en el estudio actual, por cuestiones de espacio, no queríamos dejar de reseñar otras medidas de apoyo también importantes: becas de estudios, comedor, transporte, necesidades educativas especiales, escuelas infantiles de 0 a 3 años, aula matinal, ludotecas, actividades extraescolares, etc.

5. ¿TIENE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ALGO QUE HACER AL RESPECTO?

La consulta realizada en REGCON del Ministerio de Trabajo y Economía Social²⁷ nos arroja un total de 76 convenios de entidades públicas y privadas, convenios vigentes, negociados recientemente o que no han sido denunciados, que contemplan alguna referencia a las familias monoparentales, en sentido general, sin diferencia las encabezadas por hombres o mujeres, por lo que debemos

²⁵ Más información: <https://www.bonosocial.gob.es/> 4 de diciembre 2021.

²⁶ <http://www.bonotermico.gob.es.> 3 de diciembre 2021.

²⁷ <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/buscadorTextosEstatal> 20 de noviembre 2021.

entender son aplicables en todos los casos. Los convenios mencionados son los siguientes:

DENOMINACIÓN CONVENIO	ÁMBITO TERRITORIAL
1. GRUPO VIESGO ESPAÑA (ANTES GRUPO E.ON ESPAÑA)	Estatal
2. COMERÇ TÈXTIL	Tarragona
3. AGÈNCIA DE DESENVOLUPAMENT DEL BERGUEDÀ	Barcelona
4. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA (PERS. LABORAL)	Málaga
5. FUNDACION BANCARIA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA > LA CAIXA>	Estatal
6. ZF SACHS ESPAÑA, S.A.U. 2019-2021	Vizcaya
7. CENTRE DE LA PROPIETAT FORESTAL	Barcelona
8. GRUPO NORTEGÁS	Estatal
9. INSTALACIONS DEPORTIVAS E XIMNASIOS	Galicia
10. INDUSTRIA AUXILIAR ALAVESA SAU - MUBEA-INAUXA-	Álava
11. CONSORCI D'ATENCIÓ A LES PERSONES DE L'ALT URGELL	Lleida
12. AJUNTAMENT DE NAVÀS	Barcelona
13. FUNDACIÓ BARBERÀ PROMOCIÓ	Barcelona
14. FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA	Comunitat Valenciana
15. URBASER, SA (MOLLET DEL VALLÈS)	Barcelona
16. APARCAMENTS MUNICIPALS DE TARRAGONA, SA	Tarragona
17. TRADIA TELECOM, S.A.U.	Estatal
18. ENTITAT PÚBLICA EMPRESARIAL DE SERVEIS I OBRES -NOSTRESERVEIS-	Tarragona
19. AYUNTAMIENTO DE ALMENSILLA (PERSONAL LABORAL)	Sevilla
20. AJUNTAMENT DEL BRUC	Barcelona
21. AJUNTAMENT VILANOVA DEL CAMI (LABORALS)	Barcelona
22. IV CONVENIO COLECTIVO CMM	Castilla-La Mancha
23. BASURAS SIERRA DE CADIZ, S.A.U. (BÁSICA S.A.U.)	Cádiz
24. CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DEL AYUNTAMIENTO DE NAMBROCA	Toledo
25. ACUERDO MARCO DEL PERSONAL FUNCIONARIO DEL AYUNTAMIENTO DE NAMBROCA	Toledo
26. RESIDENCIA SANT GABRIEL DE CENTELLAS BARCELONA	Barcelona
27. AJUNTAMENT DE LA SELVA DEL CAMP (PERSONAL LABORAL)	Tarragona
28. GRUPO EDP ESPAÑA	Estatal
29. ACORD-CONVENI COL·LECTIU DELS EMPLEATS PÚBLICS (FUNCIONARIS I PERSONAL LABORAL) DE	Girona

DENOMINACIÓN CONVENIO	ÁMBITO TERRITORIAL
L'AJUNTAMENT DE BESCANÓ	
30. CONSORCI DE LA COSTA BRAVA - ENTITAT LOCAL DE L'AIGUA	Girona
31. AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA	Asturias
32. CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS EMPRESAS DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO DEL AYUNTAMIENTO DE GIJON	Asturias
33. ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	Estatal
34. II CONVENIO COLECTIVO DE DEOLEO, S.A. EN EL CENTRO DE TRABAJO DE ALCOLEA (CORDOBA)	Córdoba
35. CONFEDERACION SINDICAL COMISIONES OBRERAS ANDALUCIA	Andalucía
36. PATRONAT MUNICIPAL D'ESPORTS DE TARRAGONA	Tarragona
37. BARCELONA DE SERVEIS MUNICIPALS, SA	Barcelona
38. AJUNTAMENT CASTELLFOLLIT DEL BOIX	Barcelona
39. CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN/XIXÓN Y DE LAS FUNDACIONES Y PATRONATO DEPENDIENTES DEL MISMO	Asturias
40. AYUNTAMIENTO DE LLERENA	Badajoz
41. CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE LA FUNDACIÓ ORFEÓ CATALÀ - PALAU DE LA MÚSICA CATALANA	Barcelona
42. CAN PIPA, S.L.	Girona
43. FUNDACIÓN MARE DE DÉU DELS INNOCENTS I DESAMPARATS (MAIDES)	Valencia/València
44. AJUNTAMENT DE VILASSAR DE MAR (PERSONAL LABORAL)	Barcelona
45. AJUNTAMENT DE CABRERA DE MAR	Barcelona
46. LA FARGA GESTIÓ D'EQUIPAMENTS MUNICIPALS, SA	Barcelona
47. AJUNTAMENT LA POBLA DE CLARAMUNT (LABORALS)	Barcelona
48. AJUNTAMENT DE SANT JULIÀ DE VILATORTA	Barcelona
49. AJUNTAMENT DE REL·LINARS	Barcelona
50. II CONVENI DE TREBALL PER ALS CENTRES DE DESENVOLUPAMENT INFANTIL I ATENCIÓ PREC	Cataluña
51. ALLIANZ POPULAR	Madrid
52. AJUNTAMENT D'OLÈRDOLA	Barcelona
53. EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLUPAMENT ECONÒMIC DE TARRAGONA, S.A.	Tarragona
54. AYUNTAMIENTO DE ALMUÑECAR (PERSONAL	Granada

DENOMINACIÓN CONVENIO	ÁMBITO TERRITORIAL
LABORAL)	
55. CONSELL COMARCAL DEL VALLÈS ORIENTAL	Barcelona
56. AJUNTAMENT DE LES MASIES DE VOLTREGÀ	Barcelona
57. CONVENI DEL PERSONAL LABORAL DE L'AJUNTAMENT D'AITONA	Lleida
58. TEIXBRUC S.L.	Girona
59. ACORD COMÚ DE CONDICIONS PER ALS EMPLEATS PÚBLICS DELS ENS LOCALS DE CATALUNYA DE MENYS DE 20.000 HABITANTS (2015-2017)	Cataluña
60. WELAAN S.A.	Girona
61. AJUNTAMENT DE SANT CEBRIÀ DE VALLALTA	Barcelona
62. CONVENI COL·LECTIU DEL PERSONAL LABORAL DE L'AJUNTAMENT DE LA POBLA DE LILLET	Barcelona
63. CONVENI COL·LECTIU DE LES CONDICIONS DE TREBALL PER AL PERSONAL LABORAL DE L'ENTITAT MUNICIPAL DESCENTRALITZADA DE VALLDOREIX.ANYS 2014-2017	Barcelona
64. CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DEL PERSONAL FUNCIONARI DE L'AJUNTAMENT DE DELTEBRE (2013-2015)	Tarragona
65. CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DEL PERSONAL LABORAL DE L'AJUNTAMENT DE DELTEBRE	Tarragona
66. AJUNTAMENT DEL PAPIOL	Barcelona
67. AJUNTAMENT DE TORELLÓ (LABORALS)	Barcelona
68. AJUNTAMENT CASTELLDEFELS (LABORALS)	Barcelona
69. AJUNTAMENT DELS PALLERESOS (PERSONAL LABORAL)	Tarragona
70. AJUNTAMENT DE VACARISSES (LABORALS)	Barcelona
71. CONVENI COL·LECTIU DEL PERSONAL LABORAL DE L'AJUNTAMENT D'ALCOVER	Tarragona
72. AJUNTAMENT D'ALELLA (PERSONAL LABORAL)	Barcelona
73. CONVENI COL·LECTIU DEL PERSONAL LABORAL DE L'AJUNTAMENT DE TORDERA 2013-2015	Barcelona
74. INSTITUT MUNICIPAL D'EDUCACIÓ I TREBALL (VILANOVA I LA GELTRÚ)	Barcelona
75. AYUNTAMIENTO DE HIGUERUELA	Albacete
76. CONVENIO COLECTIVO DE LA MANCOMUNIDAD DE SERVICIOS SOCIALES VEGA DEL GUADALIX 2011-2014	Madrid

Como puede comprobarse en el listado, por una parte, la mayoría de las entidades son públicas, Ayuntamientos, Mancomunidades, Institutos municipales, Consejos comarcales, Patronatos, Centros Sociales, Aparcamientos municipales,

Sindicatos y por otro destacan, aunque en menor medida, entidades privadas como es el caso de ZF SACHS SAU España, TRADIA TELECOM SAU, GRUPO NORTEGÁS, WELAAN SA, TEIXBRUC SL, Allianz seguros y reaseguros SA, o CAN PIPA, o sectores como el Comercio textil de Tarragona, o la Industria auxiliar alavesa,

Entre las medidas que se prevén en estas normas negociadas destacan las siguientes:

1. El progenitor o progenitora de una familia monoparental, que tenga la guarda legal exclusiva de hijo/a, también podrá disfrutar, además del permiso de paternidad el permiso de maternidad, sucesivamente. Así lo ponen de manifiesto convenios como del Patronato Municipal de Deportes de Tarragona; el convenio de la empresa Centre de la Propietat Forestal; el del Consorcio del Agua de la Costa Brava; el convenio de la Residencia Sant Gabriel de Centelles; el Ayuntamiento de Bescanó; el convenio del Ayuntamiento de Vilanova del Camí; el convenio de la Entidad Pública Empresarial de serveis i obres NOSTRESERVEIS; el convenio de la Fundació Orfeó Catalá-Palau de la Música Catalana; el convenio de la l'Agència de Desenvolupament del Berguedà; el de la Empresa Can Pipa SL; el convenio de la empresa Teixbruc SL de Vilabertran; el de la Empresa Welaan SA de Vilamalla; el convenio del Consorci d'atenció a les persones de l'Alt Urgell-CAPAU; el del Ayuntamiento de Castellfollit del Boix; en el convenio colectivo del Ente público Radiotelevisión de Castilla La Mancha se prevé, que el permiso de maternidad se amplía en 2 semanas en caso de familias monoparentales; igual que en los casos de adopción o acogimiento, y se podrá disfrutar conjuntamente con el permiso de paternidad;
2. Incrementos económicos del fondo social destinado a familias numerosas o monoparentales, por ejemplo en un 10% como ocurre con el convenio del Patronato Municipal de Deportes de Tarragona;
3. Ayudas escolares como la prevista en el reciente convenio de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa", que preve una ayuda económica de 1.200 euros brutos anuales por cada hijo o hija hasta los 26 años de edad si estudian o 21 años, que convivan con una sola persona y dependan económicamente de esta (esta es la definición de familia monoparental que contemplan); en el convenio del Ayuntamiento del Bruc se prevén ayudas de escolarización de 200 euros brutos

anuales que se incrementarían en un 5% en el caso de familias monoparentales;

4. Modificaciones o adaptaciones de la jornada de trabajo y horarios, como modificaciones puntuales, temporales de hasta 2 horas en la jornada diaria, para el caso de familias monoparentales que tengan que atender cuestiones relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como es el caso del convenio del Ayuntamiento de Vilassar de Mar o el Ayuntamiento de Almensilla que también prevé un permiso de 3 días laborables, máximo 12 al año, para los casos de enfermedades infecto-contagiosas que puedan sufrir hijos/as hasta 14 años.
5. El convenio de la empresa Allianz Popular Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A, prevé un régimen especial de jornada y horario al establecer que podrán tener un horario continuado de 7.5 horas diarias los empleados/as que acrediten conformar una familia monoparental, hasta que el niño/a cumpla 18 años pudiendo prolongarse hasta el fin del curso escolar correspondiente a ese año. También es el caso del convenio de Empresas de Promoción y Desarrollo del Ayuntamiento de Gijón, que permite la flexibilidad de dos horas en el horario de mañana fijado en el convenio (9 a 14 horas), disfrutada esas horas al comienzo o final de la jornada. Solo en los casos de familias monoparentales o hijos con discapacidad el periodo de flexibilidad es de dos horas, en el resto de los casos y por conciliación de la vida familiar y profesional será de una hora.
6. En algunos convenios la declaración sobre la adaptación de la jornada de trabajo es genérica, es decir, no se concreta cómo hacerlo, es el caso del convenio del Sector del Comercio textil de la provincia de Tarragona que sólo se refiere a esa adaptación por motivos de conciliación de la vida familiar, laboral y personal, incluyendo entre los beneficiarios a las “parejas monoparentales”, entendemos que debe ser un error y referirse a las familias monoparentales que por definición son las aquellas en las cuales sólo un progenitor, no una pareja, asume el cuidado de los menores, al margen por supuesto de que ese progenitor, ya sea hombre o mujer, tenga pareja.
7. Para el caso de familias monoparentales con hijos menores, el convenio de la empresa Barcelona de Serveis Municipals SA, prevé que se establezca una flexibilidad horaria (máximo 2 días flexibles al mes), compensable durante los 3 meses siguientes a su realización y como máximo a 31 de diciembre (solo

excepcionalmente dicha compensación se podría realizar en las 2 semanas siguientes a la finalización de los turnos de vacaciones de navidad). El convenio de CC.OO. de Andalucía también prevé esa adaptación de la jornada, de mutuo acuerdo con la organización, pero no como reducción de jornada, sino como reordenación de la misma aplicándose por tanto criterios de flexibilidad en los supuestos de familia monoparental, donde se ejerza la patria potestad en solitario por una persona empleada de CC.OO.-A, en interés del menor o menores, incluso aunque suponga modificación de su turno de trabajo;

8. El convenio colectivo del Ayuntamiento de Nambroca, prevé un permiso para cuidado de hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave, e incluye a las familias monoparentales entre los beneficiarios, consiste en una reducción de la jornada de al menos la mitad, percibiéndose en todo caso las retribuciones íntegras del empleado/a.
9. También se prevén el disfrute de Excedencias como es el caso del convenio Marco del Grupo Viesgo España, excedencias por razones familiares, que en el caso de las familias monoparentales suponen una reserva de puesto de trabajo de hasta un máximo de 3 años y medio cuando sea de categoría general, o de 4 años si es de categoría especial²⁸. Este convenio también prevé un permiso no retribuido por atención a menores de hasta 14 años de una duración de hasta 3 jornadas por año natural en el caso de familias monoparentales. En parecidos términos se contempla la excedencia en el convenio del Grupo Nortegás Energía Distribución SAU, etc, que prevé la excedencia por cuidado de familiares y nacimiento, adopción y acogimiento, de duración no superior a 3 años, con reserva del puesto de trabajo, pudiendo disfrutarla de forma fraccionada el trabajador/a y que en el caso de las familias monoparentales se extiende a 3 años y medio si es de categoría general la calificación de la familia monoparental y un máximo de 4 años si es de categoría especial. Lo mismo ocurre en el convenio de la empresa EDP España.
10. También se prevén cambios de puesto de trabajo, como es el caso del convenio de la Fundación Mare de Déu dels Innocents i

²⁸ Categoría general: formada por la persona progenitora y un hijo o hija. Categoría especial: Con 2 o más hijos o hijas. Con 1 hijo o hija, si lo ingresos anuales de la unidad familiar, divididos por el número de personas que la integran, no superen 1,5 veces el IPREM vigente calculado en doce mensualidades.

Desamparats (MAIDES) que señala que el trabajador podrá solicitar voluntariamente un cambio de puesto, centro o servicio, revisando la Comisión de Dirección dicha solicitud atendiendo a criterios entre los cuales encontramos el hecho de estar antes familias monoparentales con hijos menores de 14 años;

11. El convenio de la empresa Urbaser SA (Mollet del Vallés) prevé la preferencia en el disfrute de vacaciones para las familias monoparentales a través de turnos rotativos en los meses de julio y agosto. Asimismo, se prevé esta prioridad en el disfrute de las vacaciones coincidiendo con las escolares, para las familias monoparentales, en el caso del convenio del Ayuntamiento de Marbella firmado el presente año 2021. Este convenio contempla una cláusula especial al considerar como licencias retribuidas por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, las que pueden disfrutar los empleados/as públicos/as laborales de una duración de 21 semanas, hasta que el menor tenga hasta 10 años, distribuida la licencia a opción de los interesados y de forma continuada. En el caso de familias monoparentales se aumentará este periodo en 6 semanas. Parece que confunde entre permiso y licencia retribuidas, en concreto, los permisos retribuidos que se generan después del nacimiento, adopción o acogimiento a los que se refiere luego el mismo precepto (artículo 24 del convenio), y que se producen a continuación del nacimiento del menor, o su adopción o acogimiento, con las licencias que se pueden producir hasta que dicho menor tenga 10 años. El caso es que, para el objeto de nuestro estudio, las familias monoparentales resultan premiadas con un periodo mayor al resto de casos. También se prevé sea preferencia y adaptación a las vacaciones de los menores en el convenio Interprovincial de L'empresa FGV
12. El artículo 82 del convenio de la empresa TRADIA TELECOM SAU define la unidad familiar incluyendo a las parejas o familias monoparentales y señala que tendrán derecho al disfrute de los permisos y licencias retribuidos previstos en el artículo 27 de ese mismo convenio colectivo, entre los que destacan:
 - el permiso por nacimiento, adopción, o acogimiento de un hijo o hija, por enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario o fallecimiento de un familiar, 3 días laborales (de lunes a sábado), 4 días si el hecho se produce fuera de la comunidad autónoma. En caso de nacimiento,

- adopción o acogimiento de dos o más hijos serán 4 días laborales, 5 si el hecho se produce fuera de la comunidad autónoma;
 - por cambio de domicilio, 2 días laborales (de lunes a sábado), 3 si es fuera de la comunidad autónoma;
 - permiso de matrimonio de 20 días naturales acumulables a las vacaciones si procede;
 - por matrimonio de hijos, padres, hermanos, 1 día de permiso;
 - 5 días de permiso, 3 de ellos retribuidos para asuntos personales, disfrutables fraccionadamente en periodos de 4 horas al día, siempre que las necesidades del servicio lo permitan;
 - 1 día de permiso retribuido para acudir a exámenes oficiales;
 - Permiso de lactancia de 1 hora al día, fraccionable, o acumulable;
 - 1 semana para trámites de adopción o acogimiento,
 - Tiempo indispensable para exámenes prenatales y técnicas de preparación parto;
 - Ampliación del permiso de paternidad en 5 días que deberán disfrutarse consecutivamente;
- 13. El convenio colectivo de la Empresa Industria Auxiliar Alavesa SA, preve que las familias monoparentales, respecto de los hijos menores de edad, tendrán el doble de tiempo como licencia retribuida para los casos de ingreso hospitalario o acompañamiento a consultas médicas (16 horas al año en el caso de consultas), considerandose que son familias monoparentales cuando el menor esté reconocido legalmente como hijo de uno solo de los progenitores; cuando el cónyuge es viudo y los hijos/as menores están a su cargo, o cuando se trate de menores en adopción o acogida.
- 14. Además, algunos convenios, como es el caso del convenio de la empresa ZF SACHS España SAU, prevé que los progenitores, en caso de familias monoparentales, puedan disponer del tiempo necesario para cualquier documentación oficial (DNI, Pasaporte, etc.) de los menores a su cargo, aclarando que se considerará familia

monoparental la que esté a cargo de un viudo/a o divorciado/a con custodia completa.

15. Finalmente, algún convenio también nos proporciona la definición de lo que entiende por familia monoparental siendo aquella constituida por un/a solo/a progenitor/a con el/la que convive el hijo/a nacido/a o adoptado/a y que es el/la único/a sustentador/a de la familia, se trata del convenio del Ayuntamiento de Cangas del Narcea.

La revisión de todos estos convenios y medidas es una muestra más de que las familias monoparentales son contempladas como beneficiarias en la negociación colectiva, no distinguiéndose, cuando no es necesario, si el progenitor custodio es hombre o mujer, lo que viene a confirmar nuestra postura antes expuesta de que el tratamiento prioritario para las mujeres crearía desigualdades y no contribuiría a la mejora de la situación de estas familias.

6. ¿HACIA DÓNDE VAMOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA?

Si comenzamos este epígrafe con el ámbito internacional resulta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce desde hace décadas que pueden existir distintos tipos de familia, uno de los casos más conocidos es el resuelto por la Sentencia de 13 de junio de 1979 (Caso Marckx Sentencia 6833/74). El caso Marckx encuentra su origen en una demanda dirigida contra el reino de Bélgica por un natural de este Estado, la señora Paula Marckx (primera recurrente), actuando en nombre propio y en el de su hija Alejandra (segunda recurrente), el debate de ese momento histórico, ya superado afortunadamente, se centraba en los hijos legítimos e ilegítimos nacidos en caso o no de matrimonio. Lo que en este caso declaraba el TEDH es que *“la familia es un concepto abierto, y que hay diferentes tipos de familia, que abarcan la matrimonial y aquella en la que no hay matrimonio, como la monoparental de un hijo o hija con su padre o madre (apartado 31 de la Sentencia)”*. La determinación de qué uniones personales forman una familia en el ámbito del CEDH no se puede realizar a priori, básicamente, porque como se deduce de la sentencia de este mismo tribunal de 20 enero de 2009 (Caso Serife Yigit contra Turquía, Sentencia 3976/2005), *“el concepto de familia a los efectos del CEDH es un concepto de hecho y no de derecho [...] la existencia o no de una ‘vida familiar’ es una cuestión de hecho que depende de la realidad práctica de unos estrechos vínculos personales (apartado 25 de la Sentencia)”*. Por último, señalar que la Sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008 (Caso E.B. contra Francia, sentencia 43546/2002) reconoce *“que existe vida familiar entre un padre o madre y un hijo matrimonial, entre un padre o madre y un hijo habido fuera del matrimonio, y entre adoptante y adoptado en los casos de adopción no ficticia (apartado 41); y se deduce con claridad de la jurisprudencia del TEDH que la familia puede estar integrada por*

personas de mismo o de distinto sexo (STEDH de 14 de junio de 2016 (Caso Aldeguer Tomás contra España, sentencia 35214/2009) (apartado 90) y STEDH de 26 de octubre de 2017 (Caso Ratzenböck y Seydl contra Austria, sentencia 28475/2012) (apartado 40).

La conclusión que podemos extraer de este amplio concepto de familia protegido por el artículo 8 del CEDH es que el elemento esencial para la existencia de la familia es la convivencia de dos o más adultos, o de uno o varios adultos con menores, siempre que exista entre ellos algún vínculo de parentesco. Otra cuestión es si el respeto y protección otorgados por el ordenamiento debe ser similar en todos los casos, y, de no ser así, si el principio de no discriminación establecido en el art. 14 del CEDH exige la comparación de las medidas de protección aplicables a unos u otros tipos de familia. Y la respuesta es que dependerá de cada Estado pues estos tienen libertad a la hora de establecer medidas de protección para cada tipo de familia, cuando transpongan las normas internacionales, por ejemplo en el Caso Aldeguer Tomás contra España del año 2016, antes mencionado, el TEDH entiende que no es una discriminación contraria al CEDH que la legislación de un Estado no permita el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo y, en consecuencia, que los derechos que genera la unión sean distintos en uno y otro caso (apartado 90)²⁹.

En el ámbito nacional podemos destacar sentencias de variado contenido, algunas relativas a si proceden ciertas prestaciones económicas en caso de que uno de los progenitores tenga atribuida la custodia de la persona menor, cuando el otro deja de trabajar pudiendo ocuparse del menor aunque no tenga la custodia, y dando por ello lugar a la suspensión o denegación de las prestaciones económicas de seguridad social previstas en nuestro ordenamiento jurídico, es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2021 (STS, Sala de lo Social, nº 798/2021, de 20 de julio, RJ/2021/3853); la STS de 7 mayo de 2020 (STS Sala de lo Social, nº 293/2020 de 7 mayo. RJ\2020\1459); o la STS de 12 junio de 2018 (STS, Sala de lo Social, nº 614/2018 de 12 de junio, RJ/2018/3101), entre otras³⁰.

Otro pronunciamiento importante a nuestro parecer es la resolución dictada por nuestro Tribunal Supremo, sala de lo social, el 13 de noviembre de 2019³¹, en

²⁹ Para más información puede consultarse el artículo CASANA MERINO, F. "El concepto de familia en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional y su aplicación a las deducciones por familia numerosa y por familiar discapacitado". *Revista Quincena Fiscal* nº 1/2020. Aranzadi. GALA DURÁN, C.: "El incierto futuro del «complemento por maternidad» tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)". *La Administración Práctica* nº 4/2020. Editorial Aranzadi.

³⁰ SALAR SOTILLOS, M. J. "La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8 bis, julio 2018.

³¹ STS N° 778/2019 de 13 noviembre RJ\2019\4706.

la cual se trata una cuestión no menor, es la aplicación de las medidas previstas en un plan de igualdad a los trabajadores/as puestos a disposición en la organización por parte de ETT. En concreto, medidas previstas para familias monoparentales. Esta sentencia declara que de conformidad con el art. 11.1 LETT y del principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres, los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria, sin perjuicio de que se puedan acumular a estas las previstas en el plan de la ETT, mientras dure la puesta a disposición, sin que pueda reputarse contrario al derecho a la negociación colectiva ni al contenido del convenio de las empresas de trabajo temporal. Sería el caso de la flexibilidad horaria para la fase de adaptación del primer año del ciclo infantil para aquellos progenitores que trabajando ambos en el mismo centro de Qualytel compartan el mismo turno o sean familias monoparentales.

Otro de los asuntos jurídicos tratados en un número importante de casos es el disfrute de los permisos de maternidad y paternidad en los casos de maternidad subrogada que permiten la creación de familias monoparentales, es el caso de la Sentencia del TS de 30 de noviembre de 2016³². Esta resolución nos resulta importante por la doctrina que recoge y que pasamos a detallar. En este caso el interesado, era personal estatutario fijo dependiente de la Comunidad de Madrid y profesor ayudante de la Universidad Europea de Madrid SL, en régimen laboral, hallándose al tiempo del hecho causante en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. En el año 2013 tuvo lugar el nacimiento de Alexander, según las técnicas de reproducción humana asistida, en Illinois (USA). El actor solicitó y disfrutó la prestación de Paternidad entre el 30 de junio y el 14 de julio de 2013. Solicita también la prestación de maternidad la cual le es denegada por resolución de 7 octubre de 2013.

El INSS deniega la prestación aduciendo que la legislación española no contempla esta situación como protegida, además de prohibir la gestación por sustitución. El interesado recurre en suplicación ante el TSJ de Madrid el cual dicta sentencia con fecha de 17 de julio de 2015, considerando que *“debemos declarar, como declaramos, el derecho que asiste al actor a lucrar prestación económica de maternidad en su calidad de padre monoparental del menor Alexander inscrito como español en el Registro Civil del Consulado General de España en Chicago (EE.UU.), condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, le satisfaga dicha prestación económica en la cuantía y con la duración previstas legalmente, si bien de ésta habrá que detracer el tiempo en que el demandante lucró prestación de paternidad”*³³.

³² STS, Sala de lo Social, nº 1021/2016 de 30 noviembre. RJ\2016\6514.

³³ Su base de cotización correspondiente al mes anterior al hecho causante (Mayo de 2013) ascendió a 3.425,70 euros, base de cotización máxima ya que el actor se halla en régimen de pluriempleo con ingresos que superan dicho importe.

EL INSS recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia del TSJ de Madrid, aportándose como contradictoria la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014, que desestima la demanda de la actora de reconocimiento de prestación de maternidad en un supuesto de gestación por sustitución. En este último caso la interesada acude al condado de San Diego -California- al objeto de concertar una gestación por sustitución según las técnicas de reproducción humana asistida. Fruto de dicha técnica nacieron dos niños -varón y hembra-, los cuales fueron inscritos en el Registro de la Corte de San Diego y por la Corte Superior del estado de California se dictó resolución de fecha 13 de mayo de 2012 en el que se declaró que la actora es la única progenitora legal de los niños, atribuyéndole la custodia legal y física de los mismos. Posteriormente, en octubre de 2013 se practicó la inscripción registral en el Registro Civil Consular de Los Ángeles y se expidió libro de familia. Con estos datos, la Sala de lo Social del País Vasco revocó la sentencia de instancia y mantuvo la denegación de la prestación de maternidad acordada por el INSS por considerar nula y sin ningún efecto la inscripción consular de los niños desde la perspectiva del acceso a una prestación de Seguridad Social.

La comparación entre ambas sentencias nos plantea una cuestión importante para nuestro estudio y es que no es lo mismo la situación de la mujer que se subroga en la posición de madre que la del varón que solicita a una mujer la gestación de su hijo, según los tribunales. La cuestión es que en esta sentencia del año 2016 se aportan los argumentos para conceder la prestación de maternidad en supuestos de gestación subrogada, supuestos que en muchos casos dan lugar a una familia monoparental y son los siguientes:

- a) La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, ya que ésta no está permitida en España, en base al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos, ya que habría que distinguir, por una parte, lo atinente al contrato de gestación por sustitución que sería nulo, y por otra parte, la situación de los menores, a los cuales no les puede afectar esa nulidad.
- b) El tribunal señala como ejemplo de negocio jurídico nulo que causa sin embargo efectos, lo concerniente al salario por el tiempo trabajado al amparo de un contrato de trabajo que se declare nulo (art.9.2 ET); la pensión de viudedad que se puede reconocer en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 220.3 LGSS); por eso no nos debe extrañar que se intente proteger a los neonatos en estos casos que comentamos.

- c) Además el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH, como hemos indicado más arriba, toma en consideración el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y por ello el TEDH ha considerado que *“allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007 , caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012 , caso Harroudj contra Francia)”*; protegiéndose en todo caso las relaciones familiares “de facto” que puedan existir.
- d) En el asunto examinado en la STS de 2016, el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con el padre comitente, que le presta atención y cuidados parentales y tiene relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad. Así lo puso de manifiesto también el Ministerio Fiscal.
- e) De no otorgarse la protección por maternidad, al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se le provocaría una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución española, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.
- f) Tanto el artículo 48.4 ET como los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) de la LGSS forman parte del desarrollo del mandato constitucional, de ese artículo 39 de la Constitución, que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.
- g) El periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correspondiente prestación económica, tienen una doble finalidad, por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre (6 primeras semanas) y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo

posterior al nacimiento del menor; además de evitar la excesiva acumulación de cargas si tuviera que ejercer simultáneamente su actividad profesional. Por eso cuando no hay parto, por adopción o acogimiento, se conceden igualmente las 16 semanas atendiendo a la segunda finalidad. Por tanto, en el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis (actual 177) de la LGSS la maternidad, adopción y acogimiento.

- h) El RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia³⁴ “dispone en su artículo 2 *“que se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”*. Por lo que resulta que la situación del menor, nacido tras una gestación por sustitución e inscritos en el Consulado de España en Chicago, deriva de una resolución inscripción registral que no ha sido combatida, constando el actor como padre biológico de aquellos niños.
- i) Debe mantenerse una cierta flexibilidad interpretativa en el elenco de supuestos protegidos. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Sin duda, en algunos casos puede ser así, mientras que en otros será algo más complejo determinarlo. En todo caso, como nos señala el TS en esta sentencia de 2016 *“pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre”*. Continúa el tribunal señalando que *“cuando la Sala Primera de este Tribunal niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada lleva cuidado en atender las necesidades familiares que hayan surgido de*

³⁴ BOE de 21 de marzo de 2009.

facto. A la luz de ello, cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones. Unas prestaciones, obvio es, que están reconocidas por nuestras Leyes y que se han denegado como consecuencia de que la gestación deriva de un negocio jurídico nulo. Lo que estamos haciendo, en contra de lo que el escrito del recurso entiende, es interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella" (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos que han quedado apuntados en los argumentos anteriores. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes".

Por todo lo anterior se desestiman las pretensiones del INSS y se le otorga el reconocimiento de derechos al interesado³⁵. Fuera de estos casos, quedarían otros igualmente interesantes pero que no se corresponden estrictamente con lo estudiado, serían de custodia compartida pero que en la realidad supone que existan dos progenitores ocupándose de los menores aunque por separado, igual ocurre con los casos de parejas del mismo sexo o no que acuden a la maternidad subrogada y posteriormente el otro miembro de la pareja que no es progenitor solicita los beneficios y permisos previstos legalmente, igualmente en este caso hay dos personas adultas ocupándose del menor, y por tanto, no constituyen una familia monoparental en términos estrictos.

7. CONCLUSIONES

Como señaló en el año 1979 el TEDH, la familia es un concepto amplio y abierto, es una cuestión viva, cambiante, porque el elemento esencial es la convivencia. Partiendo de este elemento esencial, pueden existir muchos tipos de familias, y dentro de un mismo grupo, muchos matices que hacen necesario un tratamiento de todos ellos, no sólo de los que afecten a las mujeres. Por eso no entendemos ni compartimos las declaraciones realizadas en los últimos días por la Ministra española de Derechos Sociales y Agenda 2030, Ione Belarra, cuando ha manifestado en unas Jornadas sobre la Futura Ley de Familia, organizadas en el Congreso de los Diputados, por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas

³⁵ Un caso similar se juzga en las siguientes sentencias: STS, Sala de lo Social, de 30 noviembre de 2016, nº 1017. REC- 1037/2015; STSJ de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2017, REC 27/2017.; STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2014, nº 1201; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2016, nº 120. REC 739/2015; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 julio de 2015 nº 625, REC. 429/2015; STSJ de Madrid, Sala de lo Social de 20 julio de 2017, nº 726.

Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común, y en las que señala expresamente que *“la próxima semana hará llegar al conjunto de ministerios el texto de la Ley de Diversidad Familiar para su aprobación en el Consejo de Ministros a comienzos de 2022, y ha avanzado que la ley incluirá una renta universal por crianza de hasta 125 euros [...] Añade que los trabajos están muy avanzados y la próxima semana circularán al conjunto de los ministerios del Gobierno el texto legislativo completo que incluye estas medidas, siendo a su juicio, imprescindible para que la ley de familias esté a la altura: renta de crianza, permisos de seis meses y reconocimientos de familias monomarentales [es decir, encabezadas por mujeres]. Ha destacado la consideración como familias numerosas a las familias monoparentales, encabezadas en su mayoría por mujeres que se encuentran en la mayor situación de vulnerabilidad. [...] y sigue indicando la noticia, que con ello se pretende extender todos los beneficios fiscales y laborales o de acceso a ayudas de los que disponen las familias numerosas, para facilitarles un poquito más la vida”*³⁶.

La razón de nuestra falta de coincidencia con sus postulados no es otra que querer una vez más dar un tratamiento parcial a una cuestión que requiere globalidad, ¿por qué razón se va a excluir a las familias encabezadas por hombres? ¿Cuál es la justificación proporcional y objetiva que nuestro Tribunal Constitucional demandaría para no ver en este tratamiento un caso claro de discriminación? ¿Cómo realizan el juicio de objetividad que el artículo 14 de nuestra norma suprema demanda? ¿Por qué perder la oportunidad legal de dar una respuesta a la realidad en su conjunto, a todas las situaciones que se producen a día de hoy como hemos demostrado en este estudio respecto de las familias monoparentales en general, mucho más aun cuando ya el tratamiento igualitario se está aplicando por otras normas legales y convencionales? ¿Por qué querer separar lo que ya está unido? Es decir, tratado de forma igualitaria. ¿Por qué es una moda, por qué es una ideología que debería estar superada pero que, sin embargo, abogan por traer al presente, por qué es populismo?

Este estudio nos ha mostrado que afortunadamente, se ha legislado para todas las familias monoparentales, las encabezadas por mujeres y las encabezadas por hombres, razón por la cual, aunque queda camino por recorrer, quedan asignaturas pendientes, nos resulta de vital importancia, por no ser una cuestión baladí, la ideología desde la cual se pretenda avanzar en los próximos meses y años. Insistimos en que no deberíamos separar lo que ya se viene tratando de forma igual, por la simple y única razón de que el bien jurídico protegido son los menores, y no los hombres o mujeres que encabezan esas familias, así lo declaró el TEDH en el año 1979 y así debería mantenerse su tratamiento legal, convencional y jurisprudencial.

³⁶ Publicado en el Diario Europa Press el 10 de diciembre de 2021. <https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-ley-familias-bellarra-considerara-numerosas-monoparentales-incluire-renta-125-euros-20211210123733.html>. Consultado el 26 de diciembre de 2021.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AVILÉS HERNÁNDEZ, M. "Situación de los progenitores monoparentales en el mercado laboral: un análisis comparado desde la perspectiva de género" en la obra coordinada por Obiol S y Di Nella, D, *Familias Monoparentales en transformación. Monoparentalidades transformadoras*. Colección Familias Monoparentales y Diversidad Familiar, nº. 17, pp. 123-137. Barcelona: Copalqui Editorial.
- AVILES HERNÁNDEZ M. "Las familias monoparentales encabezadas por hombres", *Revista Arxius* nº 34 2016. pp. 31 y 32.
- AVILÉS HERNÁNDEZ M "El núcleo monoparental masculino en los hogares multigeneracionales: una lectura sociológica desde la óptica de la crisis económica". *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* nº 3 2014.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona, El Roure Editorial. 2001.
- CASANA MERINO, F. "El concepto de familia en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional y su aplicación a las deducciones por familia numerosa y por familiar discapacitado". *Revista Quincena Fiscal* nº 1/2020. Aranzadi.
- CERLETTI, L. "De ellos soy padre y madre. Responsabilidades sobre educación infantil en situaciones de monoparentalidad". *Revista Pilquen*, sección Psicopedagogía vol. 14 nº 2, 2017.
- CORRAL, E. (2008). "La familia monoparental y el interés del menor". *Actualidad Civil*, 22, Sección A, 2008, tomo 2.
- DI NELLA D. "Familias Monoparentales y Responsabilidad Parental", *Revista Arxius* nº 34 junio 2016.
- DOMINGUEZ, C; GONZÁLEZ, D; NAVARRETE, D; ZICAVO, N. "Parentalización en familias monoparentales". *Revista de Ciencias Psicológicas*. Julio-diciembre 2019.
- FALMEDA SAMARANCH, E; VERGÉS BOSCH, N; FRANCÉS OBIOL, S; MORENO MIGUEZ, A. "Monoparentalidades y Políticas Públicas". *Revista Arxius* nº 34 junio 2016.
- FERNÁNDEZ-MARTÍNEZ C.M y AVILÉS-HERNÁNDEZ M. "Trabajo social con familias monomarentales: valoración profesional de sus necesidades desde los servicios sociales de atención primaria" en *Trabajo Social Global Social Work*, 10 (19), 2020.
- GALA DURÁN, C. "El alcance del permiso de paternidad en las entidades locales. Personal laboral y funcionario. Derechos laborales". *Revista de la Administración Práctica* nº 10. 2016. Aranzadi.

- GALA DURÁN, C. “El incierto futuro del «complemento por maternidad» tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA) complemento por maternidad”. *La Administración Práctica* nº 4/2020. Editorial Aranzadi.
- MARTINEZ BARROSO M.R. “Padres corresponsables ¿discriminados? O una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”. *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 6/2020.
- LAMAS BERTRÁN, G, RAMÍREZ THOMAS D. “La familia ensamblada: una nueva concepción familiar”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universida de La Plata, nº 48 2018.
- LÓPEZ MERO, P y PIBAQUE TIGUA, M. “Familias monoparentales y el desarrollo social en los adolescentes”. *Revista Dominio de las Ciencias*, vol. 4 nº3 2018, en <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/index>. 4 de enero 2022.
- MARTIN ORDIALES, N; SALDAÑA DE LERA, E; MORALES A. “Relación entre apego paterno e infantil, habilidades sociales, monoparentalidad y exclusión social”. *Revista de Psicología Clínica con niños y adolescentes*. Vol. 6 nº 2 mayo 2019.
- SALAR SOTILLOS, M. J. “La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8 bis, julio 2018.

LA APOROFOBIA: ¿UNA CAUSA NACIENTE DE DISCRIMINACIÓN?¹

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
Universidad de Sevilla

1. NACIMIENTO Y EXPANSIÓN DE UN NUEVO TÉRMINO: LA APOROFOBIA

1.1. El origen del término

A pesar de que el término “aporofobia” es de uso frecuente o incluso generalizado en la actualidad, lo cierto es que basta una rápida búsqueda en internet para comprobar cómo nos encontramos ante un neologismo de muy reciente creación, del que incluso, como “*rara avis*” en este ámbito, conocemos, no ya solo a su autora, sino también su origen, su proceso de creación y la finalidad que se pretendió alcanzar con el mismo.

En este sentido, es un dato comúnmente aceptado que este término fue acuñado en 1995 por la profesora de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, Adela Cortina Orts, en un artículo publicado en el suplemento Cultural del periódico ABC² para designar el “rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada

¹ Trabajo realizado en el marco 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 con Fondos FEDER.

² “Aporofobia” ABC Cultural de 1 de diciembre de 1995, p. 63 disponible en <https://www.abc.es/archivo/periodicos/cultural-madrid-19951201-63.html> (última visita el 2 de agosto de 2021).

bueno a cambio”³. Con él se buscaba “poner nombre” a una realidad de odio al pobre, especialmente al extranjero y al desamparado, en una situación marcada por las nuevas crisis migratorias, el discurso del odio y las denominadas Sociedades del Intercambio⁴.

Pues bien, desde aquel momento, el desarrollo y la progresiva generalización en el uso de este término ha sido imparable: tras su incorporación a algún manual o tribuna elaborado por la propia autora⁵, y a una intensa campaña en las redes sociales⁶, el término fue finalmente aceptado por la RAE en diciembre de 2017 -definiéndola, de manera muy cercana a la propuesta de su autora, como la “fobia a las personas pobres o desfavorecidas”-, siendo designada incluso como palabra de ese año por la Fundación del Español Urgente⁷.

Sin poder detenernos aquí en las múltiples e interesantes vertientes propias del razonamiento de la autora, nos limitaremos por ahora a destacar como, ya desde un principio, la conexión de esta realidad con los fenómenos discriminatorios resultó evidente. Como señalaba la propia profesora Cortina al inicio de su obra nuclear en este campo, la aporofobia no sería sino una “forma de discriminación” a la que se habría ahora puesto nombre. Su conexión con grupos excluidos del proceso de configuración de la voluntad política y económica y de los correspondientes procesos sociales (“los sin poder”); su sustento en una simple y primaria animadversión hacia personas concretas, a las que en muchas veces no se conoce, por una característica que se considera despreciable; la presencia de una actitud de superioridad hacia estas mismas personas y el colectivo en el que se integran, que justificaría además este rechazo; la cosificación del colectivo y de las propias personas en el marco, no solo de un creciente desarrollo del discurso del odio, sino también en una sociedad del intercambio en la que el pobre se identifica con alguien que no aporta sino que retrae del conjunto de la sociedad serían, en definitiva, rasgos de una realidad carente hasta aquel momento de nombre y a la

³ CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 2017, p. 14.

⁴ Sobre el origen del término puede consultarse más ampliamente el exhaustivo trabajo de BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante*, Bosch, 2020, en especial, pp. 45 y ss.

⁵ “Aporofobia” en El País de 7 de marzo de 2000, disponible en https://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603_850215.html (última visita el 2 de agosto de 2021)

⁶ Véase VIÑAS, M. “Aporofobia, el odio a los pobres que ya no esconde la RAE” en *La Voz de Galicia*, 21 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/cultura/2017/12/20/aporofobia-odio-pobres-esconde-rae/00031513762984702132704.htm> (última visita 2 de agosto de 2021)

⁷ Véase “Aporofobia, palabra del año 2017 para la Fundéu BBVA” disponible en <https://www.fundeu.es/recomendacion/aporofobia-palabra-del-ano-para-la-fundeu-bbva/> (última visita 2 de agosto de 2021)

que sería necesario identificar como primer paso en una reacción hacia su deseable y paulatina eliminación.

1.2. Su progresiva incorporación al ámbito administrativo y legal (y algunas notas sobre su presencia real)

En este contexto de vertiginoso éxito, es obvio que tampoco el ámbito jurídico pudo resultar indemne a todo este proceso, produciéndose de hecho una paulatina incorporación, primero en la práctica administrativa, y más tarde en nuestro propio ordenamiento jurídico.

En este sentido, seguramente uno de los primeros campos en donde comenzó a utilizarse este término fue en el ámbito estadístico y, más señaladamente, en el de las estadísticas de delitos de odio elaboradas por el Ministerio de Interior. Así, desde el primero de los informes sobre “la evolución de los delitos de odio en España” -el correspondiente a 2013⁸-, estos estudios han utilizado específicamente el término aporofobia concepuándolo, de manera casi inmutable⁹, como el “odio o rechazo al pobre”, y recogiendo con el mismo “aquellas expresiones y conductas de intolerancia referidas al odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos y el desamparado”. Es más, esta misma definición aparece hoy recogida en la nota metodológica sobre delitos de odio del Sistema Estadístico de criminalidad¹⁰, lo que nos permite detectar que, aunque ciertamente minoritarias dentro de los denominados delitos de odio -suelen moverse en la decena de casos anuales, lo que representa entre un 1,23% en 2015 al 0,75 de estos mismos comportamientos durante estos últimos años- este tipo de conductas, especialmente graves, subsisten en nuestro país, como simple punta de un iceberg seguramente mucho más amplio y extenso¹¹. Además, el perfil de las víctimas de este tipo de conductas, especialmente graves, parece coincidir con el perfil de las formas seguramente más graves de privación y exclusión social. De

⁸ Informe 2013 sobre la evolución de “los delitos de odio” en España, disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+los+delitos+de+odio+en+Espa%C3%B1a+2013.pdf/6f10f526-80f7-47a0-911b-d27c61c6cf40>

⁹ Puede accederse a los informes anuales publicados hasta el año 2021, junto con la encuesta sobre delitos de odio de 2021 en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> (última visita 2 de agosto de 2021).

¹⁰ Véase la Metodología estadística disponible en https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:18874c57-cacc-4965-8ec6-f71e5e3551ac/04_Metodolog-a_Delitos_de_odio.pdf (última visita 2 de agosto de 2021).

¹¹ Véase, en este sentido, los datos aportados por diversos estudios de asociaciones y observatorios recogidos en BUSTOS RUBIO, M. “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4^º CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, n. 23-04, pp. 5 y ss. Del mismo autor, más ampliamente, BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito...*, cit., pp. 68 y ss. si bien centrado especialmente en determinados colectivos como, sobre todo, las personas sin hogar.

hecho, dentro de las escasas muestras recogidas en tales estadísticas oficiales, parece destacar un perfil de la víctima principalmente masculino, mayor de 41 años y en el que la nacionalidad solo parece ser relevante en alguno de los años analizados, aunque obviamente, lo escaso de la muestra dificulta la validación e interpretación de tales rasgos¹².

Tabla 1: Delitos de odio. Hechos conocidos por periodo y ámbito (2014-2020)

Tipo	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Aporofobia	11	15	10	11	14	12	10
Total	1.224	1.223	1.178	1.319	1.476	1.598	1.334
%	0,90%	1,23%	0,85%	0,83%	0,95%	0,75%	0,75%

Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad, series anuales, delitos de odio y elaboración propia

Tabla 2: Victimizaciones por delitos de odio por aporofobia, por sexo, edad y nacionalidad (2014-2020)

Rasgos		2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Sexo	Masculino	7	11	9	11	12	13	8
	Femenino	3	5	0	2	4	0	1
	% Femenino	30,0%	31,3%	0,0%	15,4%	25,0%	0,0%	11,1%
Edad (años)	Hasta 25 años	3	5	0	2	4	0	1
	De 26 a 40	0	4	3	1	5	1	1
	De 41 a 50	3	5	2	4	6	3	5
	De 51 a 65	3	4	2	6	4	7	0
	Mayores de 65	0	2	1	0	0	1	2
Nacionalidad	% de 41 o más	64,5%	54,2%	62,5%	76,0%	51,9%	91,7%	76,8%
	Extranjero	2	2	4	6	1	0	2
	Española	8	14	5	7	15	13	7
	% Extranjeros	20,0%	12,5%	44,4%	46,2%	6,3%	0,0%	22,2%

Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad, series anuales, delitos de odio y elaboración propia

Sea como fuere, y más allá de todos estos datos, repetimos, meramente aproximativos, lo cierto es que la incorporación de este término a la realidad y a la praxis administrativa española no ha quedado reducida a este campo meramente estadístico de los delitos de odio.

Íntimamente ligado con el mismo, y seguramente por la propia conexión de la materia, lo cierto es que este mismo término “aporofobia” aparecía igualmente en la conocida Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del

¹² De hecho, la centralidad en estos casos del fenómeno de personas sin hogar se revela en toda su magnitud si comparamos estos datos con los deducidos en las dos Encuestas a las personas sin hogar realizadas en 2005 y 2011 por el INE y cuyos principales resultados pueden consultarse en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608.

Código Penal¹³. En aquel documento se la mencionaba, sin más definición o aditamentos, para señalar que los colectivos a los que se refería el mencionado precepto -al igual que los expresados en el art. 22.4 del mismo Código Penal, en la redacción, eso sí, entonces vigente¹⁴- debían ser interpretados como *numerus clausus*, lo que suponía la no inclusión de “la aporofobia, ni la gerontofobia”, debiendo estudiarse, de acuerdo con aquella Circular, si todo lo más cabría la aplicación del art. 173 CP, u otras agravantes, como podría ser el abuso de superioridad.

Seguramente por ello, y en línea con lo postulado en su momento por la línea estratégica 5 de la Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020¹⁵ y diversas proposiciones no de ley presentadas en este sentido en el Congreso de los Diputados¹⁶, la recientísima Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aprovechó este cauce para, de manera general, “incluir la aporofobia y la exclusión social dentro” de algunos tipos penales¹⁷. De este modo -y esto es lo más importante- se daba carta de naturaleza legal a este término, respondiendo -como se señalaba expresamente- “a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Sin poder detenernos aquí en las virtudes, defectos y consecuencias que estas modificaciones legales tendrán, nos limitaremos por ahora a señalar cómo,

¹³ BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019.

¹⁴ Véase en este mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), 9 de noviembre de 2006, Número de Recurso 10008/2006, Nº de Resolución: 1160/2006, ECLI:ES:TS:2006:7728. De hecho, ya en su memoria de 2015 la Fiscalía General del Estado señalaba (pp. 637-638) como: “Esta circunstancia social, denominada como aporofobia, lamentablemente no ha sido incorporada al artículo 22.4 del Código Penal, pese a que las personas que se hallan en esa situación forman parte de un grupo social que se encuentra en una clara situación de desprotección”.

¹⁵ Aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de noviembre 2015 y disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/docs/EstrategiaPSH20152020.pdf> (última vista 2 de agosto de 2021).

¹⁶ Véanse, por ejemplo, la Proposición no de Ley relativa a combatir los delitos de aporofobia. (161/003385), presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso -BOCG. Congreso de los Diputados n. D-382 de 3 de julio de 2018, p. 10 (“Los delitos motivados por la aporofobia deben ser perseguidos y castigados, ya que suponen una vulneración flagrante de los derechos humanos y es uno de los mayores atentados contra la dignidad de las personas)-; o la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos -En Comú Podem- En Marea por la que se instaba al Gobierno a que reconociera la aporofobia como agravante en los casos de delitos de odio. (161/001415) (161/001418).

¹⁷ A pesar de las opiniones doctrinales que, distinguiéndola de la aporofobia, rechazaban la incorporación del concepto de exclusión social por su falta de determinación y certeza -vid. BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito...* cit., en especial, pp. 44 y ss.-.

más allá de estas referencias a la pobreza en el Preámbulo de la Ley, esta novedosa norma no definía dicho término, si bien, y al menos a nuestro juicio, no dejaba de ser significativo su uso disyuntivo en múltiples preceptos -art. 3 j) LO 8/2021 y art. 22.4, 314, 511.1 y .2, 512 y 515.4 del Código Penal- con la exclusión social, lo que parecía y parece reflejar una percepción de la pobreza no meramente económica y/o relacional, sino más bien ligada a la exclusión de los mecanismos e instrumentos de integración social que califican las fórmulas más severas de pobreza entendida como privaciones extremas -seguramente los mendigos y sin techo-. Pero sobre ello volveremos algo más tarde.

Por ahora nos interesa destacar cómo estas referencias normativas no se han limitado al ámbito penal y, especialmente, a los delitos de odio. Junto a ellas, y como prueba de la consideración de esta situación como un fenómeno discriminatorio, lo cierto es que un rastreo por la actualidad normativa de nuestro país permite también detectar su uso en el ámbito antidiscriminatorio, si bien específicamente en la normativa y en la práctica autonómica.

Así, y por dar solo algunos ejemplos, podríamos destacar cómo, en algunos casos, esta incorporación ha sido meramente enunciativa. Así ocurre, por mencionar solo un supuesto, en la Resolución de 4 de febrero de 2019 por la que se creaba la Comisión Mixta para el Desarrollo de la Estrategia Valenciana para la Igualdad de Trato, la No Discriminación y la Prevención de los Delitos de Odio 2019-2024¹⁸ y que conectaba, a su vez, con una referencia similar en el Plan Valenciano de Inclusión y Cohesión Social 2017-2021¹⁹. No obstante, en este caso, y a diferencia de lo que ocurriese en la LO 8/2021 antes mencionada, la referida Estrategia sí incorporaba una definición del término aporofobia considerando como tal el “sentimiento o comportamiento” -obsérvese la quizás excesiva amplitud que no obstante debe requerir una manifestación externa- que consiste en el rechazo o la aversión a las personas en situación de pobreza, vulnerabilidad -nuevo término que enlaza, obviamente, con la conocida doctrina del TEDH²⁰- o exclusión social”²¹.

¹⁸ DO. Generalitat Valenciana 6 febrero 2019, núm. 8480.

¹⁹ Véase, en especial, p. 103 del original disponible en <https://inclusio.gva.es/documents/610460/165319795/Plan+Valenciano+de+Inclusi%C3%B3n+y+Cohesi%C3%B3n+Social+2017-2022.pdf/c18e8aa6-bdfa-4fd6-81ba-98e5ca719cd1> (última visita 2 de agosto de 2021).

²⁰ Véase, por todos, LA BARBERA, M. “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, 2019, pp. 235-257.

²¹ Véase, en especial, p. 29 del texto de la misma disponible en https://inclusio.gva.es/documents/162705074/172860750/GVA-EstrategiaIgualdadTrato19-24_rev.pdf/15f3c1a3-1b0c-45c4-aa0e-adabffef004 (última visita 2 de agosto de 2021).

Pero sin duda, el texto más importante y clarificador a estos efectos es, al menos a nuestro juicio, la igualmente reciente Ley catalana 19/2020, de 30 de diciembre, de Igualdad de trato y no discriminación²². Y ello no solo por el hecho de incorporar entre sus finalidades la lucha contra, entre otras, esta forma de discriminación (art. 1.3.h), sino también por el hecho de que incorpora legalmente una primera definición normativa de este término (art. 4.d), considerando como tal “el rechazo, el desprecio o el odio hacia las personas pobres, sin techo o sin hogar”; una conexión esta última a las personas sin cobijo, que, añadida a la reiterada conexión entre aporofobia y exclusión social incluida en el Preámbulo de esta misma ley -en conexión con lo ya señalado en otras como la LO 8/2021-, se justifica, seguramente, no sólo por tratarse de una de las formas más graves, extremas y acumulativas de privación grave de medios esenciales de vida, o por la extrema vulnerabilidad de estas personas, sino también por la frecuente utilización de este término por ciertas fundaciones u observatorios centrados en la problemática del “*sinhogarismo*”²³.

2. SOBRE SU NOVEDAD (I): ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POBREZA COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Pues bien, tras todo lo antes dicho, y en este panorama de progresiva incorporación -no solo social, sino también normativa-, del término aporofobia a nuestro ordenamiento y práctica administrativa, la siguiente pregunta que necesariamente debemos plantearnos es, obviamente, si la aporofobia constituye o no realmente una nueva causa de discriminación en el panorama internacional, europeo y nacional.

En este sentido, es obvio que, dada su novedad y el específico ámbito lingüístico en el que nace y se desarrolla, la aporofobia como tal término no aparece literalmente, salvo error u omisión por nuestra parte, en ninguna de las declaraciones internacionales relativas a las causas de discriminación.

Ahora bien, ello no significa que esta causa, bajo distinto ropaje, no haya sido objeto tradicionalmente de atención por parte de la normativa internacional. Por ello, desde una perspectiva material, es necesario descender del término al concepto, e indagar si la lógica subyacente en el mismo ya estaba presente en este ámbito en el que se construye y desarrolla el concepto de discriminación.

Pues bien, si desde esta perspectiva asumimos que, por su propio y conocido origen, la aporofobia centra su atención en la pobreza como rasgo que conformaría y distinguiría al grupo discriminado, la conclusión evidente, al menos

²² DO. Generalitat de Catalunya 31 diciembre 2020, núm. 8307.

²³ Sobre este tema, la Fundación RAIS o el Observatorio Hatento véase CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre...*, *op.cit.*, pp. 30 y ss.

a mi juicio, sería que, aunque bajo distinta terminología, la discriminación por “pobreza” no constituiría una absoluta novedad, al menos en el Derecho Internacional Público de estos últimos ochenta años²⁴.

En este sentido, quizás convendría comenzar recordando cómo, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, ya incorporaba en su artículo 2 una referencia, aunque quizás más amplia, a esta cuestión al prohibir toda distinción en la titularidad de los derechos y libertades recogidos en aquella por, entre otras causas tradicionales de discriminación, la denominada “posición económica” de la persona. Es cierto, como decimos, que esta referencia a la “posición económica” -*property* en la versión inglesa- parecía y parece ser un término más amplio y neutro que el de pobreza. Pero no lo es menos que, como demostraron las discusiones al hilo de ciertas enmiendas presentadas por la entonces República Socialista de Ucrania, la finalidad de la incorporación de este término era -como señaló expresamente el representante soviético- destacar que “los ricos y los pobres tienen los mismos derechos”, incidiendo, por tanto, en que con dicha expresión se buscaba singularmente la especial protección de este concreto grupo en el pleno reconocimiento del resto de derechos contemplados en la Declaración²⁵.

Pero es que, además, algo similar cabía y cabe encontrar en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶. Este precepto, desde una lógica similar a la ya señalada en relación con la Declaración Universal, exigía nuevamente a los Estados que garantizaran el ejercicio de los derechos que en él se enunciaban sin “discriminación alguna por motivos de... posición económica”; un término este que, como rápidamente señaló el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General n. 20 debía interpretarse de una forma amplia que incluyese, obviamente, tanto la posesión, como también -o sobre todo, destacamos nosotros- la carencia de bienes raíces o muebles. En cualquier caso, seguramente lo más novedoso fue como esta misma Observación General, dando un paso más allá, señaló además la posibilidad de incluir a la pobreza entre los otros motivos “no expresos”, incorporados en el concepto flexible, evolutivo y comparable de “otra condición

²⁴ Para un más amplio estudio de estas cuestiones se remite al amplio trabajo de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CDIH), *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, pp. 44 y ss. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf> (última visita 2 de agosto de 2021).

²⁵ Sobre el tema, VIERDAG, E.W., *The concept of discrimination in International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, pp. 102 y ss.

²⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

social". Y ello ya que, como el propio Comité resaltó expresamente "el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás, o a que se le deniegue o limite el acceso a lugares públicos".

En cualquier caso, estas mismas referencias generales también están presentes, en tercer lugar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷. Ahora bien, quizás lo más llamativo es que este Instrumento no solamente reitera sustancialmente el contenido antes mencionado de la Declaración Universal en su artículo 2, sino que, además, dando un paso más allá, establecía expresamente esta misma "posición económica" como una de las causas expresamente vetadas como motivo de discriminación, no solo de forma general en su artículo 26 -en una redacción de la que sin duda es clara deudora el art. 14 CE- sino incluso de forma más específica, en el art. 24 en relación con los derechos de los niños, destacando, por cierto, el carácter normalmente interseccional de esta causa de discriminación. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta situación económica aparecía ya claramente como una causa de discriminación, definida por el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general n. 18²⁸, identificando como tal a "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como... la posición económica... y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".

Desde estas premisas, es igualmente obvio que este reconocimiento de la genérica posición económica -con su consiguiente tutela de los más desfavorecidos- no se contempló solo en las principales normas universales de derechos humanos. También es posible encontrarla, sin ánimo alguno de exhaustividad, en declaraciones regionales pero igualmente fundamentales en este ámbito. Así, por ejemplo, esta misma referencia a la situación económica como causa vetada de discriminación es posible encontrarla en el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹ o, en su acepción algo más amplia de "posición socioeconómica" -con evidentes conexiones con el concepto de clase-, en

²⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²⁸ Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

el mismo artículo de la posterior Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia³⁰.

Y ya en el concreto ámbito europeo, el art. 14 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, tanto en su versión original, hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950, como en su versión de mayor ámbito material incorporada por el Protocolo 12 -adoptado el 4 de noviembre de 2000- hacen referencia nuevamente al término “*property*” -en su versión inglesa-, o “*fortune*” -en su versión francesa- que en el texto publicado en el BOE fue traducido por “*fortuna*”-, mientras que en otras lenguas se ha preferido el término “*ricchezza*”, dando lugar, eso sí, a una interesante, aunque no muy amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹.

Finalmente, y ya para concluir este rápido repaso, nos limitaremos a destacar cómo este amplio reconocimiento de la “*posición económica*” como

³⁰ Adoptada en la ciudad de Antigua, Guatemala el miércoles 5 de junio de 2013 en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General.

³¹ Sin poder detenernos aquí a analizar con profundidad la no muy amplia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con esta concreta causa de discriminación, nos limitaremos por ahora a destacar como si bien esta situación de carencia de recursos sí ha sido alegada en ciertas ocasiones ante el Tribunal como motivo de discriminación y violación del art. 14 CEDH, la falta de autonomía en aquel momento de dicho precepto y la presencia de previas violaciones de otros derechos del mismo Convenio -los elevados costes del procedimiento de separación judicial impedían a la demandante el acceso al mismo- hicieron innecesario el análisis de este concreto motivo en aquella específica e importante resolución (STEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey v. Ireland*, Recurso n. 6289/73). En cambio, en otras ocasiones (STEDH de 24 de noviembre de 1986, *Gillow c. Reino Unido*, recurso n. 9063/80) el trato preferente a cierto tipo de personas, eludiendo de requisitos administrativos a algunas propiedades de alto coste y no a otras más modestas, fue llamativamente justificado al considerar legítima esta diferenciación dada la finalidad u objetivo de la norma destinada a facilitar una vivienda adecuada al sector más pobre de la comunidad local. Finalmente debe destacarse como aunque ciertamente la ya comentada amplitud de esta cláusula permitió en alguna resolución (STEDH de 29 de abril de 1999, *Chassagnou and Others v. France*, Solicitud n. 25088/94, 28331/95 y 28443/95), articular por esta vía la protección no ya tanto de auténticos desfavorecidos, sino de pequeños propietarios frente a grandes terratenientes en relación con los derechos de caza, no lo es menos cómo poco después el mismo Tribunal centró aquella primera protección en los elementos de protección de conciencia (STEDH de 4 de octubre de 2021, *Chauby vs. Francia*, Solicitud nº 57412/08), reconduciendo la intensidad del test a un control más cercano al de la simple igualdad y no a otros motivos de discriminación -como, por otra parte, creemos que ocurrió en el antes mencionado caso *Gillow c. Reino Unido*:- “whilst the criterion for making a distinction - “on the ground of property” - may in some circumstances give rise to discrimination prohibited by the Convention, it does not feature among the criteria regarded by the Court either as unacceptable as a matter of principle (as is the case with racial or ethnic origin; see, for instance, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 176, ECHR 2007-IV, and *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, §§ 43-44, ECHR 2009) or as unacceptable in the absence of very weighty reasons (as is the case with gender or sexual orientation; see, for example, *Konstantin Markin*, cited above, § 127, and *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 97, ECHR 2010)”-.

posible causa de discriminación ha alcanzado incluso a la legislación de la Unión Europea. En este sentido, es cierto que los artículos 10 y 19 Tratado Funcionamiento de la Unión Europea no incorporan esta concreta causa de discriminación -centrándose en las que podríamos considerar más tradicionales y que en su mayoría han dado lugar a instrumentos incisivos de derecho derivado-. Pero no lo es menos que, como decimos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aún con su limitado ámbito de aplicación, sí incorpora, en el propio derecho originario, esta concreta referencia. De este modo, y en su art. 21, la Carta prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por esta causa, con una terminología que si bien es idéntica a la ya señalada en el Convenio Europeo en sus versiones oficiales -“*property*”, “*fortune*”- asume ahora en la versión española una referencia ciertamente novedosa como es “patrimonio”.

El resultado, en definitiva, es que esta situación económica, especialmente cuando sitúa a las personas en una situación de vulnerabilidad y estigmatización, ha sido considerada tradicionalmente por el derecho internacional público, no solo como una causa vetada de distinción en el acceso y disfrute de los derechos, sino también como una causa de discriminación aunque, eso sí, y al menos a nuestro juicio, desde una perspectiva que si bien inicialmente estuvo especialmente ligada al fortalecimiento del principio de igualdad en el disfrute de los derechos, posteriormente se ha ido abriendo a una perspectiva autónoma de prohibición de discriminación destinada a impedir, pero también a corregir, la situación de colectivos tradicionalmente postergados, cosificados, excluidos de los canales institucionales y políticos de la sociedad y sometidos, por tanto, a prejuicios históricos injustificados.

3. SOBRE SU NOVEDAD (II): ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POBREZA COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL

3.1. Su aparente ausencia y su inclusión por vía de integración de la cláusula general

En cualquier caso, y en este contexto internacional, lo más llamativo sin duda es que, a diferencia de lo que ocurre en dicho ámbito, estas mismas referencias a la situación económica, a la pobreza -en especial a la extrema-, o a la propia exclusión social como causas o factores de discriminación resultan prácticamente inexistentes en los principales textos normativos de nuestro derecho nacional.

En este sentido, y aunque es cierto que el art. 2.1 de la reciente Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación presentada en el

Congreso de los Diputados por el Grupo Socialista³² sí incorpora en su art. 2.2 la referencia expresa a la “situación socioeconómica”, no lo es menos, como decimos, que ni el art. 14 de la Constitución española, ni el resto de normas que de manera más o menos general han prohibido la discriminación en los ámbitos laboral -art. 17 ET, art. 3.1.c Ley 45/1999 de 29 de noviembre-, de empleo -véase, por ejemplo, el art. 33.4.f) del texto refundido de la Ley de Empleo, el art. 11 de la Ley 14/1994 de ETT o incluso el art. 4 RD 1620/2011 de 14 de noviembre de servicio del hogar familiar- o en el tratamiento de estas cuestiones en los distintos órdenes jurisdiccionales -véanse las enumeraciones contempladas, por ejemplo, en los arts. 95, 97, 148 de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social- suelen mencionar, salvo error u omisión por nuestra parte, esta situación económica o a la pobreza como causas específicas de discriminación.

Puede que la razón de esta omisión se centre, por un lado, en la llamativa ausencia, transcurridos más de cuarenta años desde la entrada en vigor de nuestra Constitución, de una norma general que, más allá de la transposición de determinadas directivas o del tratamiento de ciertos colectivos específicos, aborde de forma conjunta e integral, no ya la igualdad, sino esta específica prohibición constitucional. Del mismo modo que también es posible que el silencio constitucional en su art. 14 fuera el resultado de la perspectiva con la que la propia Constitución de 1978 abordaba el problema de la pobreza y de la exclusión social; una perspectiva que más que como una concreta causa de discriminación, la configuraba como una lacra o una situación social cuya superación se configuraría como uno de los objetivos básicos de un Estado Social, mediante el progresivo desarrollo de una serie de derechos sociales y la consiguiente actuación de los poderes públicos en busca de una igualdad no meramente formal, sino también, o sobre todo, material -art. 9.2 CE-.

Ahora bien, esta aparente omisión y esta perspectiva -seguramente más general- con la que quizás se abordó el problema de la pobreza y la exclusión social en nuestra Constitución, no significa, al menos a nuestro juicio, que la pobreza, la exclusión social, o incluso la aporofobia como expresión cualificada de aquella, no puedan o incluso no deban ser consideradas como una causa prohibida de discriminación en nuestra Ley Fundamental.

Y ello, ya que al igual que ocurre en otros textos internacionales, resulta obvio que el listado establecido en el art. 14 CE no pretendió ser en ningún momento un elenco exhaustivo. Como señaló casi desde un principio nuestro Tribunal Constitucional -STC 75/1983 de 3 de agosto-, las circunstancias enunciadas en el art. 14 no han de verse como una lista tipificada y cerrada que

³² (122/000121). Su texto puede consultarse en el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-146-1 de 29/01/2021.

excluya cualquiera otra³³. De ahí que, al amparo sobre todo de la referencia final a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” -y a imagen y semejanza de lo propugnado, por ejemplo, a nivel internacional por otros órganos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, nuestro Tribunal Constitucional haya ido incorporando a la reducida enumeración inicial establecida en el art. 14 CE otras causas³⁴ como la nacionalidad³⁵, la discapacidad³⁶, la orientación sexual³⁷, la lengua³⁸, la sindicación, la edad³⁹, el estado civil, o las circunstancias y responsabilidades familiares, incluso cuando el que las ejerce sea un hombre⁴⁰.

Pues bien, dejando a un lado, por razones evidentes, ese último y singular caso -en la medida en la que, al menos a mi juicio, más que ante una auténtica causa de discriminación, lo que esta sentencia “encubre” es un intento de incrementar por la vía del art. 14 CE la tutela de un derecho pretendidamente fundamental como es la conciliación de la vida familiar y laboral y la protección de la familia que, seguramente por el momento histórico en el que fue redactada nuestra Constitución, “solo” fue tutelado como un “mero” principio rector-, lo cierto es, como decimos, que para este proceso interpretativo e integrador nuestro Tribunal Constitucional va a servirse de dos vías fundamentales para la delimitación de estas “otras causas de discriminación”.

La primera, evidente, se apoya en la interpretación del art. 14 CE desde la óptica impuesta por el art. 10 del mismo texto fundamental, introduciendo como elementos hermenéuticos, no ya solo las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por España, sino también, y normalmente de forma adicional, las normas europeas, originarias o

³³ (ECLI:ES:TC:1983:75, BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983). En un sentido similar véanse posteriormente y por todas SSTC 128/1987, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:1987:128, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987) y 3/2007, de 15 de enero, (ECLI:ES:TC:2007:3, BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007).

³⁴ Véase, por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “La prohibición de discriminación”, en AAVV., *Comentarios a la Constitución Española*, (Rodríguez-Piñero, Casas directores), Tomo I, BOE, Fundación Wolters Kluwer, 2018, pp. 364 y ss.

³⁵ Véase la STC 5/2007, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2007:5, BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007).

³⁶ Véanse, por todas, STC 269/1994, de 3 de octubre, (ECLI:ES:TC:1994:269, BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994) y 3/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:3, BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018), con cita de otras muchas. Una recapitulación sobre la misma en la reciente STC 51/2021, de 15 de marzo (ECLI:ES:TC:2021:51, BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021).

³⁷ STC 41/2006, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:2006:41, BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006).

³⁸ Véase por todas, aún dentro del tradicional debate sobre la cooficialidad, la STC 165/2013, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TC:2013:165, BOE núm. 254, de 23 de octubre de 2013).

³⁹ STC 66/2015, de 13 de abril, (ECLI:ES:TC:2015:66, BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015) con cita de otras muchas.

⁴⁰ STC 26/2011, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:26, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011).

derivadas, e incluso la “jurisprudencia” emanada por los órganos de garantía creados por esos mismos instrumentos. Se trataría, por tanto, de una interpretación sistemática y abierta que, desde la necesaria coherencia de nuestro ordenamiento, permitiría una interpretación evolutiva de nuestra Ley Fundamental. Y ello en la medida en la que la inclusión de estas causas o colectivos en el listado de grupos discriminados en tales textos e instrumentos probaría un cierto consenso internacional o regional sobre la inclusión en la actualidad de tales rasgos en el elenco de factores abordados y vetados por tal institución⁴¹.

Pues bien, desde esta primera perspectiva, la inclusión entre las causas de discriminación vetadas por nuestra Constitución de la pobreza y, obviamente, de sus fórmulas o manifestaciones más intensas -como la pobreza extrema, la privación material severa o la exclusión social- resultaría, al menos a nuestro juicio, evidente. En un contexto internacional como el antes mencionado y en el que la situación económica y, más específicamente, la riqueza, las propiedades, el patrimonio o la fortuna -o fundamentalmente, su ausencia- han aparecido como motivos vetados para la distinción, ya sea a nivel universal, regional o incluso europeo, en el disfrute de los derechos, o como rasgos específicos de la propia prohibición de discriminación, resulta no solo lógico, sino seguramente necesario incardinar a la pobreza entre las circunstancias sociales y personales a las que haría referencia, incluso desde un principio, el art. 14 CE.

Pero es que, además, esta primera interpretación se fortalece si asumimos la segunda vía normalmente utilizada por el TC y que parte de la propia concepción de la discriminación entendida, no ya tanto como un mera área más rigurosa que el genérico principio de igualdad en la justificación de las posibles diferencias normativas entre grupos o individuos sino, y sobre todo, como un instrumento de reacción ante diferencias históricamente muy arraigadas, asentadas en prejuicios injustificados frente a ciertos colectivos postergados y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino también contrarias a la igual dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE⁴².

Desde esta perspectiva, la incardinación de las personas pobres y, en especial, de sus manifestaciones más extremas como la exclusión social en este ámbito y tipo de situación parece a todas luces evidente. La pobreza ha

⁴¹ Véanse, por mencionar solo dos de ellas, las SSTC 41/2006, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:2006:41, BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006) y 3/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:3, BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018).

⁴² Véase, nuevamente, la STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006, (ECLI:ES:TC:2006:41, BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006) con cita de otras muchas como las SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2.

constituido históricamente una característica articuladora de un grupo social específico, en el que el individuo, sus rasgos y concretas circunstancias personales desaparecían o se difuminaban, eliminando incluso su propia individualidad. Dentro de este grupo, las personas eran cosificadas, privándoles formal o materialmente no solo de su individualidad, sino también de múltiples derechos y provocando de facto su exclusión social. Por ello no debe extrañarnos que los pobres y, en especial, aquellos que sufren sus manifestaciones más extremas, hayan sido en muchas ocasiones (aunque no siempre, piénsese en la cuestión social de principios del siglo XX) un grupo “minoritario” o excluido, al menos en el sentido de quedar postergados de los cauces institucionales de conformación de la voluntad política y económica, limitando o eludiendo su participación en los procesos de toma de decisiones⁴³. Y todo ello sin olvidar que incluso en el plano social, los pobres y excluidos sociales han estado y, al menos a mi juicio, siguen estando sometidos en múltiples ocasiones a un prejuicio injustificado, a una valoración previa a todo conocimiento de su realidad personal, lo que coloca a estas personas injustamente en posiciones sociales y económicas no solo desventajosas, sino claramente contrarias a la dignidad humana.

En este sentido, baste recordar como desde las ya lejanas leyes de pobres ha existido una cierta percepción negativa, un prejuicio bastante generalizado al menos frente a una parte de este colectivo y, en especial, frente a aquellos que lo eran “por su voluntad” (vagos e indigentes)⁴⁴. Las normas generalizadas que en múltiples países han sancionado durante largos años la mera mendicidad⁴⁵; las leyes que hasta hace no mucho tiempo asociaban en España a vagos “habituales” con rufianes, proxenetas⁴⁶ -y, más tarde, con homosexuales⁴⁷-, o incluso la

⁴³ Sobre esta acepción de “minoría” nos remitimos a lo señalado por BABERA M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milan, 1991.

⁴⁴ Véase, ampliamente, el interesante estudio de MUÑOZ MACHADO, S. *Sobre la pobreza y el Derecho*, Iustel, Madrid, 2014.

⁴⁵ Un elenco de las mismas y de su valoración nacional -desde una óptica constitucional- puede consultarse en la reciente STEDH de 19 de enero de 2021, Lacatus c. Suisse, Recurso n. 14065/15, sobre la que más tarde volveremos.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, la Ley de 4 de agosto de 1933, denominada posteriormente de Vagos y Maleantes (Gaceta de Madrid, núm. 217, de 5 de agosto de 1933), desarrollada por, entre otros, el Reglamento de 3 de mayo de 1935 (Gaceta de Madrid, núm. 125, de 5 de mayo de 1935) y en la que se establecían una serie de medidas cautelares para determinadas personas que, por su modo de vida, eran consideradas peligrosas. La tipificación de tales personas se vio complementada por disposiciones posteriores como las leyes de 23 de noviembre de 1935 (Gaceta de Madrid, núm. 332, de 28 de noviembre de 1935) y 24 de abril de 1958 (Boletín Oficial del Estado, núm. 99, de 25 de abril de 1958). Sobre el origen de esta normativa, y las críticas que ya en su momento se le realizaron por su inspiración en las antiguas “leyes de vagos” véase TAMARIT SUMALLA, J.M., “Derecho Penal y delincuencia en la legislación de posguerra”, en AAVV., *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*, Edicions de la Universitat de Lleida, Lleida, 2006, pp. 61-62.

aparición y desarrollo de “leyes *antihomeless*”⁴⁸ o una “arquitectura hostil” claramente destinada a impedir el uso del mobiliario o del propio espacio urbano y público por los vagabundos⁴⁹, reflejan una realidad que incluso hasta hace escasas fechas tendía a incriminar⁵⁰, rechazar o, sobre todo a alejar de nuestra realidad y de nuestra percepción unas situaciones “desagradables” que se pretendía hacer “desaparecer” ante nuestros ojos. De hecho, esta misma lógica parece intentar justificarse o fortalecerse en lo que se ha dado en llamar las Sociedades del Intercambio; en sociedades en las que la solidaridad ya no es universal, sino que de forma realmente interesada se limita a aquellos de los que podemos esperar algo como colectivo, mientras que se rechaza o se justifica su limitación o exclusión -al menos desde una perspectiva moral que calme nuestras conciencias- frente a aquellos que, como los pobres o excluidos sociales, poco o nada podrán aportar -salvo, quizás, su no utilización de la violencia-⁵¹.

Finalmente, tampoco cabe olvidar cómo la propia construcción de sociedades teórica o aparentemente asentadas en la meritocracia, ligadas al desarrollo de instrumentos tendentes a atribuir una cierta igualdad en los recursos que permitiera -al menos en apariencia- la existencia de “ascensores sociales”, actuando conjuntamente con lógicas como la de la activación ante el mercado de trabajo, que contractualizan estas políticas, buscando imputar la responsabilidad de la exclusión al propio sujeto que no ha sabido “venderse” -como producto o cosa- en el mismo, parecen, como decimos, tratar de justificar la imputación de buena parte de las posibles responsabilidades de esta situación al propio necesitado, contribuyendo así a la aparición o construcción de una cierta percepción social e ideológica que justifica esta diferenciación y la consiguiente postergación social⁵².

⁴⁷ Véanse los artículos segundo y sexto de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970).

⁴⁸ Tomo la terminología de BACHILLER, S. “Significados del espacio público y exclusión de las personas sin hogar como proceso de movilidad forzada” en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (Reis), n.º 128, 2009, pp. 125 y ss.

⁴⁹ Véase, por todos, ROMERO RIQUELME, L.C. “Ciudades del control y la restricción: las personas sin hogar y la arquitectura hostil”, en *La razón histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, n. 42, 2019, pp. 163 y ss.

⁵⁰ Sin poder detenernos aquí a analizar la conocida relación entre pobreza e incriminación penal, se recomienda al menos la lectura del llamativo trabajo de WACQUANT L., *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010.

⁵¹ Ampliamente CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo...*, cit., pp. 125 y ss.

⁵² Como acertadamente señala EXPÓSITO MARÍN A.J., “Una aproximación a la aporofobia institucionalizada”, en: E. Díaz Cano y R. L. Barbeito Iglesias (coords.) *XIV Premio de Ensayo Breve “Fermín Caballero”*. Toledo: ACMS, pp. 36-50: “la perspectiva individualista trata de explicar la pobreza como consecuencia de algún tipo de falta individual: la causa de la pobreza se debe a algo que ha hecho mal el pobre y, en consecuencia, es merecedor de su situación... Esta visión extrema cede, no obstante, en favor de otra explicación individualista de la pobreza, que reformula esta (...)”

Si a todo ello unimos, en último término, el desarrollo e importancia de las redes sociales y el ascenso de políticas que se apoyan más en simples emociones que en un discurso racional, tendremos las razones por las que, al menos a mi juicio, la pobreza excluyente debe ser y seguir siendo una causa de discriminación prohibida constitucionalmente. Es más, y como veremos, la simple aparición de un término como aporofobia sería una prueba fundamental de la absoluta necesidad de esta interpretación que incluye la pobreza y la consiguiente exclusión social entre las causas de discriminación establecidas en el art. 14 CE y, por tanto, entre las condiciones personales y sociales que justifican la puesta en marcha de todo el aparato antidiscriminatorio.

3.2. Sobre su delimitación: situación económica, pobreza o vulnerabilidad por causa económica

Ahora bien, descendiendo de la teoría general al terreno más concreto y práctico, es obvio que la interpretación aquí postulada exige necesariamente una concreción y delimitación del específico factor de discriminación al que nos referimos.

De ahí que el primer problema al que seguramente debemos enfrentarnos es si resulta adecuado utilizar el término “situación económica” como causa de discriminación incorporada a las otras condiciones o circunstancias sociales o personales a las que hace referencia el art. 14 CE, o postular, como creemos, otro más apropiado a la propia lógica del precepto, por ejemplo, avanzamos, el de vulnerabilidad por causa económica en el sentido que posteriormente se concretará.

Pues bien, comenzando por esta primera cuestión, es obvio que una simple interpretación del art. 14 CE conforme al art. 10.2 CE podría conducirnos a considerar sin más como una causa de discriminación a toda distinción en función de la mera situación económica de los sujetos afectados. La necesidad de una interpretación integradora y coherente de ambos cuerpos normativos, la práctica generalización de este rasgo en las declaraciones internacionales universales y regionales y la consideración de tales instrumentos como canon específico de interpretación de los derechos fundamentales y libertades recogidos en la constitución jugarían a favor, como decimos, de esta simple integración.

El problema, al menos mi juicio, es que la utilización de un concepto como este, tan amplio y simplemente relacional o comparativo, podría favorecer el

cuestión moral... el pobre ya no es culpable de ser pobre, sino que es culpable de no querer salir de la pobreza. La pobreza, el no-tener, queda significado, a partir de estas explicaciones, en un sentido peyorativo, ya que se inserta en el concepto de pobreza una cuestión moral como es la responsabilidad personal, la culpa”.

intento de encauzar bajo la lógica antidiscriminatoria distinciones por posiciones económicas entre grupos de sujetos que, lejos de ser pobres y excluidos, pudieran ser detentadores, en ambos casos, de una amplia capacidad económica, aunque esta sea de distinta intensidad y extensión. En este sentido, es cierto que el carácter unidireccional de la tutela antidiscriminatoria permite claramente eludir todo riesgo de que esta institución pretendiera ser utilizada por el adinerado/poderoso alegando su tratamiento peyorativo por "situación socioeconómica" frente al pobre/débil⁵³. Pero parece evidente que, desligada de cualquier otra valoración, la mera referencia a la distinta situación o posición económica, desconectada, como decimos, de otros elementos valorativos, podría llegar a justificar el intento de analizar bajo estas premisas distinciones muy alejadas de la construcción constitucional de la discriminación. La experiencia ya comentada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chassagnou and Others* -análisis bajo los esquemas antidiscriminatorios de las distinciones normativas entre propietarios de tierras en función de la dimensión del predio-, y su lógico cambio de orientación algunos años más tarde en *Chabauty v. France* ejemplificarían perfectamente los riesgos a los que nos referimos⁵⁴.

A nuestro juicio, del propio concepto de discriminación y de las específicas exigencias de nuestro Tribunal Constitucional a la hora de "incorporar" nuevas causas como "condiciones sociales" del art. 14 CE debiera y debe deducirse que no toda distinción en función de la propiedad o de la situación económica de las personas afectadas debería ser abordada desde la óptica propia y específica de la discriminación. Es cierto que en múltiples ocasiones así podrá y deberá suceder. Pero para ello es necesario que, como veíamos en el apartado anterior, nos encontremos ante una distinción por situación económica que se asiente sobre la segregación, el tratamiento peyorativo de un grupo social e históricamente discriminado, débil o excluido precisamente por su falta de poder económico y no ante disputas de sujetos que por su nivel económico no se integran en grupos que reúnan tal configuración.

En realidad, creemos que cuando esto último ocurra seguramente el esquema institucional más lógico para abordar tales cuestiones no sería el de la discriminación como institución independiente dentro del esquema del art. 14 CE, sino, al menos a mi juicio, el de la simple igualdad aunque en este caso matizada por las exigencias de la igualdad material entre sujetos que, aun poderosos, pudieran presentar una distinta capacidad económica. Y ello ya que, como de todos es sabido, la discriminación -sobre todo en el ámbito europeo- ha ido

⁵³ Se trataría, como es bien sabido, del rechazo a la doctrinal inicial del Tribunal Constitucional que vino a ser identificada como "el viudo discriminado". Por brevedad nos remitimos nuevamente a FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. "La prohibición...", cit., pp. 353 y ss.

⁵⁴ Véase lo ya señalado supra en la nota al pie n. 31.

progresivamente separándose del mero derecho a la igualdad formal, ya sea en la ley, o en la misma aplicación de la ley, convirtiéndose en algo más y en algo distinto a la simple igualdad. Ya sea por su distinto ámbito subjetivo -su aplicación o no a los particulares-, por los remedios propugnados o, sobre todo, por las propias exigencias para la justificación de tratamientos desiguales -test de proporcionalidad frente al test de escrutinio estricto- discriminación e igualdad deben hoy diferenciarse⁵⁵.

Por todo ello, en definitiva, consideramos que sería mucho más razonable que en esta integración eludiéramos un término meramente relacional como es el de la simple situación o desigualdad económica, para acudir prioritariamente a otro más material o sustancial como podría ser, al menos en principio, el de pobreza⁵⁶.

El problema, en este segundo caso, es que tampoco la pobreza resulta ser un término fácil de delimitar -en especial, con efectos normativos- ante la multiplicidad de perspectivas, visiones y, por tanto, conceptos, que se han dado sobre la misma⁵⁷.

Así, por ejemplo, la pobreza puede analizarse, en primer lugar, como la tradicional carencia de ingresos o rentas; y ello, ya sea desde una perspectiva individual y personal o como la media de ingresos para los individuos de un hogar familiar. Además, este nivel o umbral de ingresos se nos puede presentar como una cantidad fija o rígida ligada al coste de adquisición de determinadas cestas de bienes -piénsese en los umbrales de rentas para las prestaciones asistenciales de nuestro sistema de protección social o en la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a los efectos de Ingreso Mínimo Vital- o como un sistema porcentual, normalmente relacional, frente a los ingresos de un determinado colectivo en un periodo de tiempo relativamente amplio -por

⁵⁵ Permítasenos remitirnos, por todos, al innovador y plenamente vigente trabajo de RODRÍGUEZ-PIÑERO M.C., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁵⁶ Y ello, a pesar de que como recordaba el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su declaración aprobada el 4 de mayo de 2001 (E/C.12/2001/10) el término "pobreza" no figuraba, al menos hasta ese año, en ninguno de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante, y como veremos, es fácil detectar una progresiva centralidad del colectivo sometido a la extrema pobreza en la interpretación e integración de la situación económica como causa de discriminación recogida históricamente en los principales Instrumentos internacionales. Véase, en este sentido, los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos aprobados mediante consenso por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2012, en su Resolución 21/11.

⁵⁷ Véase, por todos, SPICKER, P. "Definiciones de pobreza: doce grupos de significados", en: SPICKER, P., ÁLVAREZ, S. y DAVID GORDON (eds.) *Pobreza: un glosario internacional*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, 2009, pp. 291 y ss.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CDIH), *Informe sobre pobreza...*, cit., pp. 21 y ss.

ejemplo el conocido 60% de la mediana de salarios o rentas de un determinado territorio a efectos de determinar el concepto de ocupado en hogares pobres⁵⁸.

Pero es que, además, junto a este criterio tradicional, monetario o por ingresos, cada vez cobra más fuerza el análisis de la pobreza entendida de una manera sustancial, como carencia o privación material -especialmente en el caso de las insuficiencias severas- centrada en la falta de acceso a determinados bienes y recursos, singularmente cuando estas carencias son acumulativas o, sobre todo, cuando afectan a bienes como la vivienda, la educación o, en menor medida, la energía, que son básicos para el desarrollo y consecución de los demás bienes esenciales y para el desarrollo integral y libre de una persona -piénsese, por ejemplo, la denominada carencia material severa a efectos estadísticos en el ámbito de la Unión Europea⁵⁹. Y todo ello, sin excluir, finalmente, el enfoque más moderno, centrado en las limitaciones de las capacidades básicas que dicha carencia de rentas o de recursos provocaría en los específicos sujetos, con la consiguiente restricción de posibilidades y de la libertad de las personas que la padecen.

Pues bien, en esta tesitura lo primero que seguramente debería destacarse, como punto de partida en todo este proceso interpretativo, es que, al menos a nuestro juicio, un concepto constitucional -como debe ser necesariamente este- exige y reclama una definición sustancialmente constitucional, ligada a la concreta institución en la que se integra y a la propia función que dicha norma y concepto desarrollan dentro de la propia Constitución.

Por ello, sería seguramente erróneo -aunque fácil y tentador-, acudir para su delimitación a la simple y acrítica asunción de cualquier concepto de pobreza elaborado en otras ramas del conocimiento, con finalidades o en contextos distintos, para intentar trasvasarlos sin más, a una norma constitucional como esta, olvidando la peculiar naturaleza de la institución y la singular función de la norma en la que se integra.

Es cierto que estos conceptos de pobreza pueden y seguramente deben utilizarse como posibles elementos de aproximación a esta realidad, pero, al

⁵⁸ Sobre algunos de estos problemas permítasenos remitirnos, por brevedad, a lo que ya señalamos en su momento en "Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación", en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 134, 2016, pp. 63 y ss. y AAV. *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, (CALVO, GÓMEZ-ÁLVAREZ dirs.), Laborum, Murcia, 2017.

⁵⁹ Un interesante repaso de estas perspectivas, básicamente estadísticas, del concepto de pobreza en la VICEPRESIDENCIA SEGUNDA DEL GOBIERNO, MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023*, Aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2019, disponible en https://www.msrebs.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/inclusionSocialEspana/Estrategia_Nacional.pdf (última visita 2 de agosto de 2021), pp. 12 y ss.

menos a mi juicio, no deben “deificarse” ni intentar aplicarse estrictamente, impidiendo su necesaria delimitación, concreción y especificación desde las premisas y exigencias constitucionales del precepto en el que se integran. Es necesario, por tanto, amoldar su esencia, tal como por ejemplo nos la aportan otras ciencias sociales, a las circunstancias, condiciones, y finalidades de la norma constitucional en la que se insertan, dándole así su correcto sentido y funcionalidad.

Pues bien, desde estas premisas es fácil intuir como ciertamente, y bajo todas estas definiciones y/o delimitaciones propias, como decimos, de otras ciencias sociales, se hace referencia a una realidad muy variopinta, gradual y, por tanto, con límites no siempre bien definidos, pero que centra indubitadamente su atención en la precaria situación económica y, por tanto, social, de las personas con tan escaso patrimonio que ven de este modo dificultada de forma prolongada la cobertura de sus necesidades y/o el desarrollo de sus capacidades⁶⁰.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, creemos que -como ya avanzamos- la necesaria lectura de esta esencia desde la lógica de la institución antidiscriminatoria en la que se inserta debiera conducirnos a una delimitación algo más rigurosa, en la que solo cuando este colectivo de precaria situación económica reúna los caracteres que antes señalábamos como identificadores de un grupo discriminado -esto es, su postergación, su cosificación y pérdida de individualidad por su caracterización como parte del colectivo, su exclusión de los procesos de toma de decisiones en una sociedad plural, la presencia de un prejuicio social e históricamente existente, su infravaloración social frente al resto de ciudadanos ...- podríamos hablar de forma estricta y correcta de discriminación.

A mi juicio, la simple presencia de unos ingresos individuales o familiares reducidos o inferiores a la mediana, o incluso la dificultad en el acceso a determinados bienes, aun cuando estos sean esenciales, aunque podrían suponer su consideración a ciertos efectos como personas pobres o sometidas a carencias materiales graves, no tienen por qué suponer la presencia en todo caso de una situación o rasgo discriminatorio, sobre todo cuando, por el contrario, no se den los rasgos antes señalados y propios de esta concreta institución. Si este prejuicio histórico y social no existe; si esta cosificación y pérdida de individualidad no está presente; si este desprecio o minusvaloración social no se detecta; si no podemos

⁶⁰ Nos intentamos situar, por tanto, en una línea cercana a la establecida por la Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 4 de mayo de 2001 (E/C.12/2001/10) de acuerdo con la cual, y en relación con la Carta Internacional de Derechos Humanos, la pobreza podría definirse como “una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.

hablar de exclusión de las instituciones y de los sistemas de integración social, podríamos -y seguramente deberíamos- hablar ciertamente de una desigualdad material que debe ser corregida mediante el reclamo al reconocimiento de los correlativos derechos sociales y de políticas públicas en el marco que proporciona el art. 9.2 CE. Pero no estaremos en sentido estricto ante una discriminación que siempre presupone la presencia de un colectivo sometido a una situación de características similares a las ya señaladas tanto por la doctrina científica como por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En definitiva, y en otras palabras, consideramos lógico que a efectos estadísticos resulte razonable la creación de conceptos específicos de pobreza que centren su delimitación en el volumen de rentas que se ingresen por persona en un determinado hogar y en su relación con determinada proporción de la mediana de ingresos del país o comunidad; que, desde otra perspectiva más sustancial, se delimite este mismo concepto en función del logro o no de unos ingresos mínimos por persona que le permitan sufragar la adquisición de un volumen mínimo de bienes necesarios en un determinado país o contexto; o que, por poner un último ejemplo, se focalice tal figura en el acceso o no a determinados bienes de carácter esencial, en el carácter acumulativo de estas carencias materiales severas o graves, o incluso en la falta de capacidad y libertad que para el desarrollo integral de las personas puede suponer la imposibilidad de acceso a ciertos recursos básicos.

El problema, repetimos, es que todas estas definiciones abordan la pobreza, como realidad multidimensional, desde perspectivas ligadas a lógicas no siempre coincidentes con la acepción más moderna y seguramente útil del concepto de discriminación, partiendo, además, de las posibilidades que ofrecen los datos estadísticos disponibles. Por ello, consideramos que, aun siendo conceptos que ciertamente ayudan en una primera aproximación al significado constitucional de la pobreza como rasgo discriminatorio, pueden no ser los más exactos o coherentes con la lógica de la institución en cuyo marco debe definirse este concepto.

De ahí que, al menos a nuestro juicio, el concepto de pobreza, como causa de discriminación, deba ir un paso más allá y desde una perspectiva más flexible y teleológica, centrarse fundamentalmente en aquellos colectivos que, caso por caso, y de acuerdo con las concretas circunstancias, quedan postergados, excluidos y sometidos a prejuicios sociales injustificados por razones básicamente económicas. Lejos, por tanto, de criterios rígidos, seguramente necesarios en el ámbito estadístico -pero no en este campo-, o de perspectivas fundamentalmente centradas en la más amplia igualdad material, la vulnerabilidad por causa económica, como rasgo delimitador de un grupo socialmente discriminado, encajaría de forma adecuada como específica causa de discriminación, dando lugar a su protección más intensa.

Como se ha señalado recientemente, la utilización de la categoría de la vulnerabilidad permitiría, al menos a mi juicio, “poner el foco en aquellas situaciones de marginalización, exclusión de la participación económica y política, empobrecimiento y falta de protección que generan la vulneración efectiva de quienes son potencialmente vulnerables”. Y ello ya que, como recordaba esta misma autora: “La vulnerabilidad de un grupo es un indicador que revela una situación de riesgo, de sobreexposición al daño y mayor probabilidad de sufrir una vulneración de derechos”⁶¹.

De ahí que este concepto que aquí proponemos encaje, al menos en mi opinión, con subgrupos que debieran incorporarse claramente dentro de esta situación, como las personas excluidas socialmente por su pobreza; las personas que soportan una carencia material extrema y, en especial, los sin techo, los vagabundos, los chabolistas o a los mendigos; colectivos “transparentes” a los que con frecuencia se sanciona, excluye o simplemente se oculta, cuando no se les considera responsables de su propia situación por razones básicamente económicas. Y todo ello como sujetos especialmente postergados, infravalorados y cosificados, singularmente proclives, y a la vez sensibles, a la violación de otros derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, es obvio que buena parte de estos colectivos encajarían también en el ámbito seguramente más funcional y amplio de exclusión social, especialmente si tenemos en cuenta como en ciertos ámbitos parece haber sustituido al más clásico término de la pobreza⁶². Pero obsérvese que, como demuestra incluso su actual delimitación legal a nivel estatal⁶³, las causas y manifestaciones de esta exclusión no son única o exclusivamente económicas, expresándose esta exclusión social como un fenómeno poliédrico, formado por la interrelación de un cúmulo de circunstancias desfavorables normalmente interrelacionadas de una forma muy estrecha. De ahí que hayamos preferido utilizar a estos efectos el concepto de vulnerabilidad por causas económicas sin perjuicio, obviamente, de que estos otros colectivos no necesariamente pobres, pero sí excluidos sociales -drogodependientes, reclusos, etc...- puedan llegar a ser considerados como grupos discriminados siempre, claro está, que reúnan los

⁶¹ Tomamos estas frases del excelente trabajo de BARBERA, M. “La vulnerabilidad como categoría...”, cit., p. 246.

⁶² Sobre el origen y la relación entre exclusión social y pobreza véanse JIMÉNEZ RAMÍREZ M. “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. consecuencias para el ámbito educativo”, en *Estudios Pedagógicos*, XXXIV, n. 1, 2008, pp. 175 y ss. En términos similares BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito...*, cit., pp. 34 y ss.

⁶³ Contemplada en el art. 2.1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción al que se remite la actual regulación de la DA 2ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

requisitos antes señalados para su inclusión dentro de la cláusula abierta de condición social incorporada en el art 14 CE.

3.3. La vulnerabilidad por causa económica como causa y como resultado de la discriminación: situaciones de interseccionalidad y discriminación múltiple

Pues bien, desde esta perspectiva, un segundo elemento al que, creemos, debe prestarse atención en la delimitación de esta concreta causa de discriminación se centra en el impacto que sobre la misma pueden llegar a tener las estrechas interconexiones entre este tipo de vulnerabilidad, como causa de discriminación, y la pobreza causada, a su vez, por otras causas de discriminación distintas⁶⁴.

Como desde hace ya tiempo viene señalando la Organización de las Naciones Unidas, resulta evidente que la discriminación produce pobreza, pero que, a su vez, la vulnerabilidad por causas económicas puede generar discriminación. Y todo ello, además, sin olvidar la posibilidad de que ambas causas actúen conjunta o incluso sinérgicamente, generando problemas acumulativos o incluso la aparición de un tipo específico de discriminación en el que ambas causas se encuentran tan imbricadas que suscitan cuestiones y necesidades específicas que desbordan su análisis independiente o paralelo. En definitiva, un conjunto de relaciones que seguramente hacen necesario analizar, caso por caso, la naturaleza y efectos de esta conexión.

En este sentido, y en primer lugar, es obvio que la pobreza, en un buen número de ocasiones, es solo una de las consecuencias, o incluso el resultado natural de la actuación de los más tradicionales o conocidos factores discriminatorios. La discriminación no solo genera normalmente pobreza sino que incluso constituye una de sus principales causas⁶⁵. Y, de hecho, es un dato generalmente aceptado que las personas que son víctimas de otras causas de discriminación suelen caer con mayor facilidad y salir con mayor dificultad -o, simplemente, no poder salir- de las situaciones de pobreza o exclusión social. De ahí que las normas internacionales de no discriminación e igualdad entrañen

⁶⁴ Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, *Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 4 de mayo de 2001 (E/C.12/2001/10), párr. 11.

⁶⁵ Como recordaban, por mencionar solo un ejemplo, los Principios rectores de la extrema pobreza y los derechos humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos por consenso a través de su Resolución 21/11, el 27 de septiembre de 2012.

profundas consecuencias para las estrategias generales de lucha contra la pobreza⁶⁶ y formen parte normalmente de ellas.

Pero, en segundo lugar, lo más llamativo de esta vulnerabilidad por causa económica es que también este tipo de pobreza, en especial la pobreza extrema, constituye igualmente un motivo plenamente autónomo o independiente de discriminación frente a sujetos que no reúnen otra causa o concausa discriminatoria. Desde esta perspectiva, la vulnerabilidad por causas económicas, aunque muchas veces relacionada con otras causas de discriminación, puede y en ocasiones actúa aisladamente, por sí sola, sin necesidad de otros factores de vulnerabilidad. De ahí que esta pobreza, por sí misma, deba ser también considerada y analizada como una causa específica e independiente de discriminación, especialmente en los supuestos que ya hemos señalado de estigmatización y prejuicio social, propios especialmente de supuestos de pobreza extrema.

Ahora bien, y en tercer lugar, cuestión distinta es que junto a estos dos casos -en los que la pobreza es una simple consecuencia de otras causas de discriminación sin mayor autonomía, o constituye una causa autónoma e independiente de la misma situación, sin que se aprecien otros factores discriminatorios-, la experiencia demuestra que no es en absoluto extraño encontramos otros supuestos en los que la vulnerabilidad económica aparece conjuntamente con otros motivos o factores de discriminación, actuando, ya sea de manera conjunta, pero también sinérgicamente con los mismos. De hecho, es un dato innegable que las personas que viven en la pobreza padecen frecuentemente una situación peyorativa y de exclusión basada, igualmente, en su concreta raza, sexo, edad, etnia, o discapacidad. Baste pensar como la pobreza femenina, en especial de mujeres romaníes, con cargas familiares, indígenas o en situación de violencia de género, suele presentar matices distintos y singulares de exclusión y postergación, al igual que ocurre con los niños -con el riesgo de perpetuación social de estas situaciones-, con las personas de edad avanzada, con las personas con discapacidad, especialmente mental o con enfermedades como el SIDA, o,

⁶⁶ De hecho, una expresión casi similar la vamos a encontrar en 2009 en el Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, D^a. Magdalena Sepúlveda Carmona, disponible el 2 de agosto de 2021 en https://digitallibrary.un.org/record/637068/files/A_63_274-ES.pdf "29. Las personas que viven en la pobreza suelen ser víctimas de discriminación en función de diversos criterios, por ejemplo, nacimiento, el patrimonio, origen nacional y social, raza, color, género y religión. Esos patrones de discriminación mantienen a las personas en la pobreza y, a su vez, perpetúan actitudes y prácticas discriminatorias contra ellas. En otras palabras, la discriminación genera pobreza, pero la pobreza también genera discriminación. 30. En consecuencia, la promoción de la igualdad y la no discriminación es un aspecto central de la lucha contra la pobreza y la promoción de la no exclusión. Debe considerarse que las medidas para eliminar la pobreza y todas las formas de discriminación se refuerzan mutuamente y son complementarias".

sobre todo, con los extranjeros: la conocida distinción entre turista e inmigrante económico, que ya en su momento destacó la profesora Cortina, es un ejemplo claro de lo que decimos.

Pues bien, en algunos de estos supuestos resulta evidente que nos encontramos claramente ante discriminaciones múltiples, conjuntas o acumulativas, que deben ser abordadas teniendo en cuenta las singularidades presentes en el tratamiento de cada una de estas causas de discriminación.

Pero junto a ello tampoco cabe olvidar cómo en muchos de estos supuestos -o incluso en gran parte de estas situaciones- también es posible detectar que no nos encontramos ante una “simple” discriminación conjunta o acumulativa, ante dos causas independientes de discriminación por mucho que se imputen sobre un mismo sujeto, sino ante una situación sinérgica y, por tanto, diferente, en el que las causas generan un tipo de discriminación diferente a la simplemente agregada y que, seguramente por ello, deberían ser analizadas y abordadas de forma más adecuada desde el concepto cada vez más utilizado de discriminación interseccional.

En este sentido, y aunque este concepto nació fundamentalmente en el campo de la discriminación sufrida por las mujeres afroamericanas -a las que se unieron el feminismo chicano y el poscolonial- como instrumento crítico frente a la perspectiva feminista centrada casi hegemónicamente en la experiencia blanca, heterosexual y de clase media⁶⁷, lo cierto es, como decimos, que esta crítica a las limitaciones que suponía en muchos casos la consideración compartimentada de la discriminación múltiple, como un mero problema de suma aritmética de causas y de instrumentos de reacción, puede, y seguramente, debe trasladarse a otras causas de discriminación, y, en especial, a las circunstancias de pobreza o exclusión social. Como ya hemos indicado, en muchos de estos casos la vulnerabilidad por causa económica forma un entramado indisoluble con otros factores como género, raza y nacionalidad, interactuando y definiendo conjuntamente una particular situación de desventaja social, prejuicio y debilidad, que coloca a estas personas y subgrupos ante un tipo de discriminación única y distinta a todas las demás, que difícilmente puede ser analizada ni tratada de forma unidimensional desde cada una de estas específicas parcelas o vertientes.

Es cierto que este concepto de interseccionalidad puede considerarse aún como “naciente”. Pero no lo es menos que poco a poco esta perspectiva va abriéndose lentamente camino, tanto en Resoluciones de órganos como el Parlamento Europeo o el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra

⁶⁷ Véase, por todos, la recapitulación de LA BARBERA, M. C. “Interseccionalidad, un «concepto viajero»: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”, en *Interdisciplina* Vol. 4, n° 8, 2016, pp. 108 y ss.

la Mujer⁶⁸, como en alguna doctrina judicial en el ámbito internacional⁶⁹, en ocasiones de manera aparentemente más clara (como en el conocido caso *González Lluy y otros vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*)⁷⁰, mientras que en otras de manera aparentemente más titubeante (como en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, tras admitirla implícitamente en el conocido caso *B.S. vs. España*⁷¹ no parece haber aprovechado este mismo potencial en decisiones relativamente recientes como, sobre todo *Garib vs. The Netherlands*⁷²).

A nuestro juicio es esta perspectiva la que logra destacar no solo la singular realidad cultural, social y económica de estos concretos colectivos -en otro caso difuminados dentro de un panorama discriminatorio más general-, sino también potenciar su visualización, destacando sus peculiares necesidades y resaltando al mismo tiempo la exigencia de un tratamiento específico que integre en un aparato coherente medidas coordinadas y específicas que, además, deberían ser activadas de manera igualmente integrada y no separada por las tradicionales diferencias entre organismos destinados a la mujer, las personas con discapacidad, las consejerías o ministerios de empleo y otros organismos contra la discriminación, por ejemplo, por razón de raza o etnia.

3.4. Algunas brevísimas notas sobre su régimen jurídico

Una vez delimitada esta singular causa de discriminación, y asumiendo, lógicamente, la eficacia inmediata del propio precepto constitucional, la determinación de los principales elementos de su régimen jurídico no resulta, al menos a nuestro juicio, excesivamente problemática, al menos en sus rasgos principales.

Y ello ya que, a pesar de la ya comentada ausencia en nuestro ordenamiento de una legislación de desarrollo general del derecho a la no discriminación y, obviamente, de una normativa específica en relación con esta concreta causa de discriminación, lo cierto es que basta la mera comparación entre los distintos

⁶⁸ Véase, por ejemplo, el apartado 18 de la Recomendación general n. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010: "La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2".

⁶⁹ RODRÍGUEZ, V. "La discriminación interseccional en el discurso Jurídico. *Revista Nuevo Derecho*, Vol. 15, n. 25, 2019, pp. 70 y ss.

⁷⁰ Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Sin mencionarla expresamente, pero anunciando ya la necesidad de un examen singular en los supuestos de convergencia de factores discriminatorios véase la previa Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.

⁷¹ STEDH de 24 de julio de 2012, Caso *B.S. vs. España*. (No. 47159/08).

⁷² Véase en especial la opinión disidente de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović a la STEDH (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2017, Recurso n. 43494/09.

desarrollos normativos de aquellas causas concretas que sí se han beneficiado del mismo (ya sea a nivel estatal o europeo) para identificar reglas y principios comunes, deducidos en muchas ocasiones de la propia jurisprudencia constitucional y comunitaria que, con sus necesarias singularidades, resultan perfectamente aplicables a esta concreta causa de discriminación.

En este sentido, resulta evidente, en primer lugar, que la consideración de esta vulnerabilidad por causa económica como una causa específica de discriminación debe conllevar la inconstitucionalidad de cualquier discriminación directa o indirecta por parte de la normativa estatal, autonómica o local, o incluso de la simple práctica administrativa, siempre, claro está que la misma no pueda justificarse mediante un escrutinio estricto en el caso de la discriminación directa⁷³, o por la presencia de una finalidad legítima en el caso de la indirecta, teniendo en cuenta que, además, los medios para alcanzar dicha finalidad sean en este último caso, adecuados y necesarios. La consideración como contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos de las sanciones administrativas impuestas frente a la simple mendicidad en el reciente caso *Lacatus c. Suisse*⁷⁴, o el rechazo -véase el art. 16.1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana- a la utilización de algunos rasgos típicos de este colectivo como “perfiles” policiales que pretendieran justificar la exigencia prioritariamente a este colectivo de su identificación podrían ser ejemplos de esta exigencia, especialmente en los supuestos de discriminaciones interseccionales en los que a la vulnerabilidad por situación económica se uniesen otros factores como, por ejemplo, la raza o etnia⁷⁵. Y todo ello, claro está, sin olvidar, por señalar solo un último dato, la necesidad de analizar desde esta misma perspectiva y exigencias las posibles normas urbanísticas o incluso la elección de mobiliario urbano destinadas a evitar o, si se nos permite, desplazar o hacer invisible a este colectivo de personas. El mandato constitucional, lejos de ocultar, lo que exige es intentar solucionar esta situación injusta y contraria a la dignidad humana.

⁷³ Así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. Véase por todas la STC 182/2005 de 4 de julio (ECLI:ES:TC:2005:182 BOE núm. 186, de 5 de agosto de 2005), con cita de otras muchas.

⁷⁴ STEDH de 19 de enero de 2021, *Lacatus c. Suisse*, Recurso n. 14065/15: “*La Cour estime que la mesure par laquelle la requérante, qui est une personne extrêmement vulnérable, a été punie pour ses actes dans une situation où elle n’avait très vraisemblablement pas d’autres moyens de subsistance et, dès lors, pas d’autres choix que la mendicité pour survivre, a atteint sa dignité humaine et l’essence même des droits protégés par l’article 8*”.

⁷⁵ Recuérdese lo ya señalado en un caso de discriminación interseccional en la STEDH de 24 de julio de 2012, *Caso B.S. vs. España*. (No. 47159/08). En cualquier caso, no está de más recordar como en otras ocasiones el reino de España ya ha sido condenado por otros organismos internacionales por la utilización de criterios étnicos en controles policiales. Véase, en este sentido, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos, aprobado el 27 de julio de 2009, en el caso *Rosalind Williams LeCraft v. España*, (CCPR/C/96/D/1493/2006).

Por ello, esta lógica de parificación conduce igualmente a un segundo contenido extraíble de este mismo precepto: la necesaria articulación de medidas y actuaciones que, por un lado, tutelen singularmente la posición de estos sujetos, garantizando la efectividad del derecho, y por el otro, contribuyan positivamente a la superación de esta situación de prejuicio y de desigualdad histórica.

En relación con la primera vertiente, resulta evidente, por ejemplo, que la reciente modificación en este punto del Código Penal por la LO 8/2021 de 4 de junio puede conectarse fácilmente con la conocida obligación impuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los Estados -aunque no siempre con claros contornos⁷⁶- de garantizar un marco legal -y, obviamente, una aplicación efectiva del mismo- que disuada eficazmente de la posible comisión de las violaciones más graves de sus derechos fundamentales. La incorporación de la aporofobia no solo como agravante sino también causa específica de discriminación prohibida y tutelada penalmente -ya sea en el acceso al empleo o en la obtención de servicios públicos o bienes a los que en principio pudiera tener derecho el vulnerable económicamente- puede suponer un primer paso en esta necesaria tutela de un derecho fundamental como es la prohibición de discriminación por situación económica o pobreza, especialmente ante sus violaciones más graves y claras⁷⁷, a la que seguramente debieran unirse no solo las consiguientes obligaciones de investigación, sino también de sanción adecuada y de eliminación de obstáculos procesales, lo que, obviamente, puede ser especialmente relevante en este campo y reclamaría, una actitud especialmente activa de los organismos antidiscriminatorios o incluso del Ministerio Fiscal.

Desde la segunda perspectiva antes señalada, es cierto cómo, a pesar de la existencia de varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una línea aparentemente opuesta⁷⁸, la jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Constitucional ha venido a negar la existencia de la conocida como discriminación por indiferenciación. De este modo, y para nuestro más Alto Tribunal, el art. 14 CE no consagraría un derecho a la desigualdad de trato de los

⁷⁶ Véase, por todos, el interesante trabajo de TOMAS-VALIENTE LANUZA C. "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", en *inDret*, nº 3, 2016, disponible en <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/314407/404521> y al que se remite para una detenida visión de esta cuestión desde una perspectiva penal.

⁷⁷ Sobre el tema, si bien antes de la reforma orgánica de 2021, BUSTOS RUBIO, M. "Aporofobia, motivos discriminatorios...", cit., pp. 15 y ss.

⁷⁸ Partiendo de la conocida STEDH de 6 de abril de 2000 *Thlimmenos v. Greece* [GC], Recurso n. 34369/97 esta conocida referencia (párrafo 44) a que: "The right not to be discriminated... is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different" puede detectarse en otras varias resoluciones del mismo Tribunal como en sus Sentencias de 18 de enero de 2001, *Chapman v. the United Kingdom*, Recurso no. 27238/95, apartado 129 o de 29 de abril de 2002, *Pretty v. Reino Unido*, Recurso n. 2346/02, apartado 88.

desiguales, ni ampararía la falta de distinción entre supuestos desiguales, no existiendo un derecho subjetivo al trato normativo desigual⁷⁹. Pero sin entrar ahora en esta controvertida cuestión⁸⁰ -y en su relación con una posible discriminación indirecta⁸¹- de lo que no parece que quepa duda alguna es de que, aun con indudables condicionantes o límites -como su carácter en principio temporal y su natural proporcionalidad- el mandato parificador propio de la prohibición de discriminación conlleva también la obligación de los poderes públicos de adoptar ciertas medidas específicas y/o preferentes destinadas a tutelar a este concreto colectivo. La necesaria actuación pública tendente a lograr la igualdad material de todos los ciudadanos y el pleno disfrute de, entre otros, los derechos sociales se justificaría aún más, e incluso reclamaría una mayor intensidad cuando se centre en sujetos sometidos a discriminación, como es este caso, de vulnerabilidad por razón económica, máxime si, como recordamos en estos casos, nos encontramos ante una causa de discriminación que normalmente reclama no tanto respeto por su situación y empoderamiento como grupo (como ocurre en el caso de género, orientación o identidad sexual, discapacidad...) sino remedios en muchas ocasiones simplemente redistributivos que cierren la distancia que marca su situación de exclusión económica y social⁸².

⁷⁹ Véase, por todas, la reciente STC 1/2021, de 25 de enero (ECLI:ES:TC:2021:1, BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021) que continua una senda iniciada, al menos con claridad por la STC 86/1985, de 10 de julio (ECLI:ES:TC:1985:86, BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985) y que si bien con alguna matización puntual o sectorial, ha permanecido ciertamente constante en la doctrina de nuestro más alto tribunal -STC 56/2016, de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:2016:56, BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016).

⁸⁰ Sobre la misma resulta imprescindible la lectura de COBREROS MENDAZONA E., "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 61, 2007, pp. 71 y ss. Más recientemente, MATA SIERRA M.T., "La discriminación por indiferenciación y su incidencia en el ámbito tributario", en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 8, 2021, pp. 185 y ss.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 11 de septiembre de 2013, *European Action of the Disabled (AEH) contra Francia*, reclamación n. 81/2012 que en relación con la reducción de fondos presupuestarios para la educación de personas con autismo consideró (párrafos 144 y 145) que: "a person with a disability is more likely to be dependent on community care, funded through the State budget, in order to live independently and in dignity, as compared with other persons in receipt of community care. The Committee takes the view that budget restrictions in social policy matters are likely to place persons with disabilities at a disadvantage and thus result in a difference in treatment indirectly based on disability. 145. Consequently, the Committee holds that the limited funds in the state's social budget for the education of children and adolescents with autism indirectly disadvantages these persons with disabilities and that this also constitutes a violation of Article E of the Charter, taken in conjunction with Article 15§1".

⁸² En este sentido resulta de extraordinario interés las distinciones -a las que por brevedad se remite- de Kabeer N. "Social Exclusion, Poverty and Discrimination Towards an Analytical Framework" en *IDS Bulletin*, Vol 31, n. 4, 2000 en especial p. 86: "different forms of injustice have their own distinctive logics and strategic responses. Where disadvantage is largely economic, disadvantaged groups are likely to mobilise around their interests, and to formulate their demands in terms of redistribution. Where (...)

Es más, es en este campo en donde seguramente mayor intensidad y lógica encuentra la referencia a las situaciones de interseccionalidad a las que antes hemos hecho referencia. Y ello, en la medida en la que, junto a actuaciones tendentes a analizar la cuestión únicamente desde la pobreza y su correlativa exclusión social, la actuación de estos poderes públicos, normalmente articulada a través de planes y estrategias⁸³, debería, no solamente graduarse en función de la intensidad de esta vulnerabilidad económica, sino también adaptarse a las realidades en las que se plasma esta exclusión y, sobre todo, a los singulares subgrupos en donde se integran e identifican los sujetos sometidos a estos supuestos de interseccionalidad. Este sería el caso, por señalar solo algunos ejemplos, de los extranjeros (nacionalidad) no caucásicos (raza) y, en especial, menores (edad) cuya posible situación de vulnerabilidad, igualmente económica, requiere un tratamiento que actúe sinérgicamente, más aún en la medida en la que, por ejemplo, si esta última vulnerabilidad no existiera (esto es, nos encontrásemos ante un “simple” menor extranjero, eso sí, adinerado) podría ni tan siquiera darse esta situación discriminatoria. Y algo similar cabría decir en los supuestos de mujeres en situación de vulnerabilidad económica, máxime si, además, concurren otras causas o situaciones de vulnerabilidad como, por ejemplo, la violencia de género, la discapacidad o la raza.

Sea como fuere, no menos importante es el hecho de que esta eficacia directa no se predica solo de forma vertical y frente a los poderes públicos, sino también de forma horizontal y frente a los particulares. Y ello, claro está, tanto de forma mediata o indirecta -a través de su integración mediante cláusulas generales- como, sobre todo, de forma directa o inmediata. La incorporación de la vulnerabilidad por situación económica como una más de las condiciones sociales

disadvantage is largely valuatinal, mobilisation is more likely to be around the question of identity, and demands to be formulated in terms of recognition. Where disadvantage is hybrid, mobilisation will encompass material interests and social identity and demands for justice will straddle the politics of redistribution as well as of recognition”.

⁸³ Por mencionar solo algunas, recuérdense las ya mencionadas *Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023*, aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2019, o el anterior *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2013-2016*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En el ámbito autonómico, y sin entrar aquí en una valoración de los mismos, pueden analizarse, por mencionar solo algunos ejemplos añadidos a los ya señalados en otras partes de este trabajo la *Estrategia de Inclusión Social de la Comunidad de Madrid 2016-2021*, -disponible en https://www.comunidad.madrid/transparencia/sites/default/files/plan/document/865_655_estrategia_de_inclusion_social_cm0_0.pdf - o la *Estrategia de Inclusión Social de Galicia, 2014-2020*, disponible igualmente en https://politicassocial.xunta.gal/sites/w_polso/files/arquivos/programas/estrategia_inclusion_social_galicia_2014-2020_version_2016_cas.pdf Un estudio de los mismos en la primera década de este siglo en CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, *Los planes de inclusión social en las Comunidades Autónomas y en las Corporaciones Locales*, Ministerio de Educación, política social y Deporte, 2008, disponible en https://sede.educacion.gob.es/publiventa/descarga.action?f_codigo_agc=12518_19.

y personales a las que hace referencia el art. 14 CE exige por tanto aplicar esta prohibición de discriminación a las relaciones entre particulares, con todo lo que ello supone de prohibición no solo de discriminaciones directas o indirectas, sino también de acosos o de órdenes de discriminar por este mismo motivo.

Es más, la propia evolución del concepto y la jurisprudencia europea relativa a otras causas nos permite interpretar que la presencia de este comportamiento antidiscriminatorio no reclama necesariamente que el sujeto discriminado se integre realmente en este colectivo, bastando con que la discriminación se produzca por error en su encuadramiento, por su mera conexión o asociación con otros sujetos económicamente vulnerables, por ejemplo, familiares⁸⁴ o por habitar en un barrio o zona en donde estén presentes mayoritariamente estos sujetos (a pesar de que, por ejemplo, el sujeto no se incardine específicamente en dicho colectivo)⁸⁵. De hecho, en estos casos ni tan siquiera existiría la necesidad de que este comportamiento peyorativo se actualizarán realmente, siendo suficiente con las simples expresiones o declaraciones que lo auguran o avisan⁸⁶.

Desde esta perspectiva de eficacia horizontal, seguramente resulta inevitable destacar cómo la reciente modificación del Código Penal por la LO 8/2021 no solo ha venido a incluir expresamente la aporofobia o exclusión social entre los motivos agravantes del art. 22.4 CP o a considerar ilícitas las asociaciones que fomenten, promuevan o inciten directamente o indirectamente el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por motivos de aporofobia o exclusión social.

⁸⁴ Véase la tantas veces citada STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman, ECLI:EU:C:2008:415.

⁸⁵ Sería el supuesto, bien conocido, de la STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, CHEZ. C-83/14, Razpredelenie Bulgaria AD/Komisija za zashtita ot diskriminatsia "dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida" (instalación de los contadores eléctricos en los postes del tendido eléctrico a una altura de seis metros).

⁸⁶ Véanse, STJUE (Sala Segunda) de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV, ECLI:EU:C:2008:397 (manifestaciones públicas de uno de los administradores en el sentido de que su sociedad no deseaba contratar a personas «extranjeras»); STJUE (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, ECLI:EU:C:2013:275 (declaraciones públicas pronunciadas por quien se presenta como el directivo de un club de fútbol profesional y así lo percibe la opinión pública, en las que excluía la contratación por dicho club de un futbolista al que se presentaba como homosexual).

Dando un paso más allá, esta misma norma también ha incorporado a la aporofobia o a la exclusión social al elenco cerrado⁸⁷ de las causas discriminatorias que cualifican la denegación -debe entenderse injustificada⁸⁸ y motivada en dicha causa⁸⁹- no ya solo de las prestaciones de servicios públicos (art. 511 CP), sino también de una prestación “a la que (se) tenga derecho”⁹⁰, derivada, en general, del ejercicio de actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP).

Es más, esta misma Ley Orgánica ha introducido igualmente esta misma causa entre los supuestos de discriminación grave en el empleo, ya sea público o privado incriminados por el art. 314 CP⁹¹. Lo que sí resulta llamativo es que, seguramente por lo apresurado de esta reforma, no se haya aprovechado esta ocasión para incorporar expresamente estas mismas causas de discriminación -aporofobia y exclusión social- a los puntos 12 y 13.bis del artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que, como se recordará, tipifican como infracciones muy graves las decisiones unilaterales y discriminatorias de la empresa y, específicamente, ciertos acosos discriminatorios. Esta cuestión resulta

⁸⁷ Por todos, GARROCHO SALCEDO, A. “Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 5, septiembre 2013 - febrero 2014, pp. 242 y 243.

⁸⁸ Por ejemplo, por el incumplimiento reiterado por el solicitante de las condiciones generales justificadas y preestablecidas de concesión y mantenimiento de la prestación (limpieza e higiene de los menores en el caso de una guardería (SAP de Málaga (Sección 3ª) de 15 abril 1999 -Procedimiento abreviado núm. 228/1998, ARP 1999\4417-). En relación con la imposibilidad de seguir una clase de gimnasia de mantenimiento, debido a las limitaciones propias de la discapacidad psíquica SAP de Madrid (Sección 2ª) núm. 295/2002 de 12 julio (Recurso de Apelación núm. 4/2002, JUR 2002\278854).

⁸⁹ Véase la discutible SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) núm. 256/2000 de 30 diciembre (Recurso de Apelación núm. 209/2000, JUR 2001\96461) en un caso en el que se denegó un servicio de cafetería a un grupo de personas con discapacidad, pero “movidos por razones de comodidad, ájenos a cualquier idea discriminatoria”. En esta misma línea, destacando la ausencia de prueba de que “que la dirección o la propiedad de la discoteca tuvieran establecidos unos criterios de admisión discriminatorios por razones de etnia o de discapacidad” Auto de la AP de Sevilla (Sección 4ª) núm. 7/2004 de 9 enero (Recurso de Apelación núm. 7269/2003, JUR 2004\68791).

⁹⁰ Coincidimos con GARROCHO SALCEDO, A. “Delitos de denegación...”, cit., p. 245 al señalar que con esta confusa expresión se quiere hacer referencia a situaciones en la que inicialmente todo ciudadano puede ser beneficiario en principio de la prestación como, por ejemplo, la compraventa de un vehículo expuesto al público -STS (Sala de lo Penal) núm. 1089/1998 de 29 septiembre. (Recurso de Casación núm. 3352/1997, RJ 1998\6467)-, una reserva de hotel -SAP de Almería (Sección 2ª) núm. 390/2017 de 17 octubre (ECLI:ES:APAL:2017:547, JUR 2018\205203)- o el acceso a una sala de fiestas -SAP de Alicante (Sección 1ª) núm. 440/1999 de 11 junio (Procedimiento abreviado núm. 77/1997, ARP 1999\1480); SAP Valencia (Sección 4ª), núm. 153/2003 de 3 junio. (Recurso de Apelación núm. 112/2003, ARP 2003\754); SAP Barcelona (Sección 7ª), núm. 613/2002 de 4 septiembre (Recurso de Apelación núm. 559/2002, JUR 2002\280145)-.

⁹¹ Anteriormente era común considerar el elenco de causas como cerrado -AAVV. *Nociones fundamentales de Derecho Penal Parte Especial*, Vol. II, (GÓMEZ RIVERO dir.) Tecnos, Madrid, 3 ed. 2019, p. 441.

especialmente trascendente ya que, como se recordará, el art. 314 CP -a diferencia, por cierto, de lo que ocurre en otros preceptos como los arts. 511 y 512 CP⁹²- sí incorpora, como requisito típico (con todo lo que ello supone de limitación en su aplicación), el que no se haya restablecido “la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa”. Sin embargo, consideramos que, al menos nuestro juicio, tampoco debería darse mayor importancia a esta omisión. Y ello ya que, incluso esta misma inclusión de la aporofobia en el tipo penal, debería fortalecer una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento en virtud de la cual esta causa de discriminación debe ser incluida entre las “condiciones sociales” a las que sí hace referencia el art. 8.12 LISOS. Esta interpretación integradora es necesaria, como decimos, no solo para dotar de la necesaria coherencia interna a nuestro ordenamiento, sino también para no hacer inviable la nueva regulación del art. 314 CP sin que ello suponga, al menos a mi juicio, una violación de los principios de tipicidad y legalidad que, si bien aplicables en el ámbito del derecho sancionador administrativo, no impiden una actividad integradora perfectamente posible desde el previo marco normativo internacional y constitucional en el que se integran.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que una conclusión similar puede aplicarse, por ejemplo, en el ámbito del empleo y de la relación laboral. Si la vulnerabilidad por causa económica, la aporofobia y la consiguiente exclusión social deben incluirse entre las condiciones sociales o personales del art. 14 CE, es igualmente evidente que deben incluirse entre las condiciones sociales que, como cláusula abierta, contempla el art. 17 ET. Y ello con los consiguientes y conocidos efectos de nulidad, no solo de los preceptos reglamentarios, sino también de las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que afecten al empleo o a la relación laboral, y sus consiguientes tutelas en el ámbito procesal.

Cuestión distinta es que finalmente, esta misma lucha contra la pobreza y la discriminación pudiera ser igualmente uno de los objetivos no solo de la negociación colectiva, sino también de la propia responsabilidad social de las empresas en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU; del mismo modo que esta peculiar causa de discriminación requeriría una especial atención por parte de los organismos administrativos de lucha contra la discriminación, en especial en los tantas veces comentados supuestos de discriminación interseccional, ligados a situaciones de múltiple vulnerabilidad al integrarse con otros factores como la raza, el género o la edad.

⁹² Véase, por todos, BAYLOS GRAU A., TERRADILLOS J. *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, p. 130.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL VALOR DE LA APOROFOBIA Y LA IMPORTANCIA DE TRAER A PRIMER PLANO NO YA SOLO EL ODIO AL POBRE SINO TAMBIÉN SU CONSIDERACIÓN COMO VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN

Tras todo lo ya dicho, parece evidente que si bien es cierto que la aporofobia no viene seguramente a crear una nueva causa de discriminación -al conectarse básicamente con la vulnerabilidad económica implícitamente asumida por el derecho antidiscriminatorio internacional desde la propia Declaración Universal- sí ha tenido el enorme mérito, entre otros muchos, de por un lado, volver a traer a colación esta causa de discriminación, relativamente olvidada dentro del derecho nacional y, del otro, de destacar su carácter no meramente relacional, sino conectado con aquellos grupos que, como consecuencia de su pobreza, normalmente extrema, sufren la cosificación, el olvido, el prejuicio y la postergación que lo cualifican y que reclaman el tratamiento antidiscriminatorio impuesto por nuestra Constitución.

Así interpretada, como un problema no ya solo de mera igualdad material, sino, y sobre todo, como un factor específico y normalmente interseccional de discriminación, la vulnerabilidad económica -trasunto en el campo discriminatorio de la aporofobia, conceptualmente quizás más cercana al discurso y al tratamiento penal de los delitos de odio- debe ser incluida entre las condiciones sociales y personales a las que hace referencia el art. 14 CE, con la consiguiente aplicación del conjunto de instrumentos conceptuales y de reacción que es posible extraer en otros campos, señaladamente el laboral.

OBESIDAD Y SOBREPESO, ¿CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL AUTÓNOMA O NECESARIA VINCULACIÓN CON LA DISCAPACIDAD O LA PROPIA IMAGEN?¹

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Universidad de Sevilla

Orcid: 0000-0003-0345-5046

1. INTRODUCCIÓN

A mi modo de ver, el estudio de la obesidad como causa de discriminación exige situarse ante la condición física “peso” como elemento de la persona que el empresario puede tener en cuenta a la hora de proceder tanto a la contratación del trabajador como a la extinción del vínculo laboral². Creo que así se consigue una perspectiva más amplia, en lugar de centrar el análisis exclusivamente en la obesidad, que, habitualmente, se entiende como la de carácter “mórbido” y que puede justificar un rechazo más sencillo del trabajador. Lo que se puede

¹ Este estudio es resultado del Proyecto de Investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

² Como en Derecho el significado que se dé a los términos es especialmente relevante, advertiré al lector que no siempre y en todo caso la “discriminación” va a tener en este Estudio el sentido peyorativo que con gran maestría le atribuyeran -atendiendo a diversos precedentes y usos sociales- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ en la señera y conocida obra *Igualdad y discriminación* (Edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 81-88). Es más, en no pocos casos, me inclinaré por el mero significado de “seleccionar entre varios” o “elegir a unos en lugar de a otros”, lo que subrayaré añadiendo el calificativo de “prohibida”. Así, por ejemplo, utilizaré las expresiones “causa de discriminación prohibida” o “causa prohibida de discriminación”.

considerar “discriminación” se da con mucha más frecuencia en los casos de sobrepeso o de mero peso que en los de obesidad mórbida, pese a ser estos últimos los que aparecen reflejados en las resoluciones judiciales. El estudio tiene también de interés su cierta actualidad, dado que, en estos tiempos de pandemia por COVID-19 que estamos atravesando, los periodos de confinamiento contribuyen a un aumento de peso de las personas, por sedentarismo y ansiedad, al verse obligadas a permanecer en sus domicilios y abstenerse de su vida laboral y social ordinaria³.

Según la OMS, la obesidad es “una compleja enfermedad multifactorial no transmisible, que se define por una adiposidad excesiva que puede perjudicar la salud”. Se considera un factor de riesgo de otras enfermedades, como la cardiopatía coronaria, la hipertensión, el accidente cerebrovascular, determinados tipos de cáncer, la diabetes tipo 2, etc⁴. Como marcador de la adiposidad se utiliza el Índice de Masa Corporal (IMC). En el caso de los adultos, “la obesidad se define por un IMC mayor o igual a 30 Kg/m². Un IMC comprendido entre 25 y 29,99 kg/m² también se asocia a un mayor riesgo de enfermedad y se denomina preobesidad. Este espectro continuo de riesgo se reconoce al considerar el sobrepeso, que afecta a los adultos con un IMC superior a 25,00 kg/m². En el caso de los niños de 5 a 19 años, la obesidad se define por un IMC para la edad de más de dos desviaciones típicas por encima de la mediana de los patrones de crecimiento de la OMS⁵. En el caso de los niños menores de 5 años, se utiliza como indicador el sobrepeso, que se define como un peso para la estatura de más de dos desviaciones típicas por encima de la mediana de los patrones de crecimiento infantil de la OMS⁶”.

³ LÓPEZ DE LA TORRE, M., “Ganancia de peso durante el confinamiento por la COVID-19; encuesta de la Sociedad Española de Obesidad”, *BMI Journal*, vol. 10, nº 2/2020, pp. 2774-2781.

⁴ Un Estudio realizado entre los pacientes de obesidad del Hospital Universitario “Infanta Leonor” muestra que suele ir acompañada de trastornos de tipo psíquico, como “depresión, ansiedad, trauma grave, trastorno por déficit de atención e hiperactividad y trastorno por atracón”: BACETE CEBRIÁN, S., *et al.*, “Obesidad, ¿es un trastorno mental?”, *BMI Journal*, vol. 9, nº 2/2019, pp. 2587-2590.

⁵ “Los patrones de crecimiento de la OMS son una serie de valores de peso y altura correspondientes a cada edad, que se utilizan como referencia para determinar la evolución del crecimiento del niño... Los patrones de crecimiento infantil de la OMS son superiores a los patrones de referencia que se manejan actualmente. Permiten comparar parámetros del crecimiento importantes, como el peso y la talla/estatura de los lactantes y niños, con un valor de referencia óptimo. Hay gráficos para varones y para hembras y también gráficos para lactantes (hasta un año de edad) y para niños de hasta cinco años”. (https://www.who.int/childgrowth/1_que.pdf).

⁶ “Proyectos de Recomendaciones para la prevención y el tratamiento de la obesidad a lo largo del curso de la vida, incluidas las posibles metas”. *Documento de debate de la OMS* (versión de 19 de agosto de 2021). Versión española, p. 1.

La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) utiliza el término “sobrepeso” como equivalente a “preobesidad”, lo cual hace que aquel tenga también un significado equivalente a “enfermedad”, si bien más leve, como ya se ha dicho. Ambas se consideran enfermedades endocrinas, ligadas a trastornos nutricionales. El “peso normal” se identifica con un IMC entre 18.5-24.9; el “sobrepeso” cuando el IMC se sitúa entre 25.0-29.9; la “obesidad Grado I” en un IMC entre 30.0-34.9; la “obesidad Grado II” en un rango entre 35.0-39.9; finalmente, la “obesidad Grado III” cuando el IMC alcanza 40 o más⁷. De este modo, desde un punto de vista médico, a partir de un IMC de 25 kg/m² estaríamos en el umbral de la enfermedad, menos grave en la franja 25-30 kg/m² y más grave a partir de 30 kg/m². Sería esta última la que se calificaría de “mórbida”. Sobre esto, no hay una absoluta unanimidad, ya que hay quienes sitúan el umbral de la obesidad mórbida en el IMC igual a 40 kg/m² o en 35 kg/m², siempre que en este último caso existan otros problemas de salud concurrentes⁸. También encontramos opiniones críticas con la utilización exclusiva del IMC para determinar la obesidad, ya que “no tiene en cuenta si el exceso de peso se debe al tejido adiposo (grasa) o al tejido magro (músculos) o por un problema de retención de líquidos (edema)”, ni “contempla la complexión de la persona (delgada, media o fuerte), sus perímetros corporales (cintura o cadera), la distribución de la grasa en el organismo ni las diferentes formas de adiposidad (algunas de las cuales pueden conllevar riesgo cardiovascular)”, por lo que se propone utilizar el “Índice Cintura/Cadera” (ICC), que consiste en el cociente entre “el perímetro de la cintura a nivel de la última costilla flotante, y el perímetro máximo de la cadera a nivel de los glúteos”. El riesgo de la salud, según el ICC, se inicia en la mujer a partir de 0,80 cm y en los hombres a partir de 0,96 cm⁹.

Pues bien, como ya puede constatarse, el Estudio no va a ser fácil, ya que, desde el momento inicial, existen dificultades de tipo terminológico-semántico, al menos en nuestro país. Me refiero a que el uso, en el lenguaje coloquial, del calificativo “(con) sobrepeso” no significa que la persona esté enferma, ni tampoco, claramente, el de “obeso/a”; suele ser necesaria una expresión del tipo “padece obesidad mórbida” para tomar conciencia de que existe un trastorno de cierta importancia. Pero, además, si analizamos las fotografías que internet proporciona de personas con sobrepeso, pero no obesas (25-30 kg/m²), resulta

⁷ <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2ficd%2fentity%2f1664144906>

⁸ BAILE AYENSA, J. I., HERREROS LÓPEZ, J. M., “Discriminación por obesidad en el ámbito laboral”, *TyD*, nº 74/2021, consultado *online*, quienes se remiten a MORENO, B., MONEREO, S., y ÁLVAREZ, J., *Obesidad, la epidemia del siglo XXI*, Edit. Díaz de Santos, 2000. El IMC, también llamado *Body Mass Index* (BMI) o Índice de Quetelet (IQ), se obtiene dividiendo el peso, expresado en kilogramos, entre la estatura, en metros cuadrados (Kg/m²).

⁹ DÍAZ RICO, J. J., *El libro negro de los secretos de la obesidad*, Edit. Bubok Publishing, 2012, pp. 48-50.

difícil que podamos considerarlas enfermas. Pese a todo, tomaré la referencia de 25 kg/m² para identificar a la persona con sobrepeso y, por tanto, con una leve enfermedad de trastorno nutricional.

Si avanzamos ya hacia la perspectiva laboral, en una primera aproximación, en cuanto la obesidad es una enfermedad bien visible externamente, parece complejo que se pueda obligar a un empresario a contratar a un candidato/a con dicho perfil. Y ello, básicamente, porque será indicio de dificultad de movimiento, de posibles enfermedades futuras, etc. Todo ello podrá contribuir a su no selección, optando por otro/a con un peso menor. Esta puede ser la reacción lógica del empresario, quien, habitualmente, tratará de resolver el problema del reclutamiento con la máxima rapidez y seguridad posibles. Es cierto que puede tratar de comprobar la capacidad concreta del obeso, pero esto puede conllevarle un plus que, en principio, no se sentirá inclinado a dar o realizar. No significa esto que su libertad de elección en materia de contratación sea siempre absoluta y sin límite alguno, pues, como es sabido, existe la obligación de contratar a un 2% de trabajadores discapacitados (y los obesos, en determinado grado y circunstancias, podrán entrar en esta calificación), siempre que su plantilla supere los cincuenta trabajadores. Cabe pensar que el empresario utilizará de modo habitual la entrevista personal como una prueba más de selección, lo que le permitirá el descarte de candidatos tras su visualización física. En caso de que un trabajador cuestione el criterio de selección seguido, la entrevista es la prueba que permite un mayor margen de discrecionalidad empresarial a la hora de justificar su opción por un candidato en lugar de otro¹⁰.

También podemos encontrar trabajos o actividades, en donde el peso se indique como un requisito de selección. Lógicamente, tal condición debe estar expresamente mencionada en la oferta de empleo y ser justificada. Si se cumple inicialmente por el trabajador, pero, una vez iniciado el contrato, la deja de respetar, no resultará especialmente difícil la justificación de la extinción contractual anticipada. En cambio, todo lo anterior resultará más complejo si dicho requisito no aparecía de modo explícito como condición de obligado

¹⁰ Sobre la cuota de puestos para personas con discapacidad: arts. 17.3 ET y 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante: LGDPD). En la doctrina, con detalle: PÉREZ PÉREZ, J., *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Edit. Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2015; y CAVAS MARTÍNEZ, F., "Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual", en VVAA (FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., Dtor.), *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 252-265. En cuanto al frecuente recurso a la entrevista para perfilar todo proceso de selección en la empresa privada: JABBOUR, R. E., *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain: approche comparatiste*, Tesis Doctoral, pp. 119-120 (localizada en <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01085673/document>).

cumplimiento para el desempeño de la actividad. Por lo demás, tampoco será igual el tratamiento de un supuesto de obesidad, muy probablemente de extinción contractual más sencilla, que otro de sobrepeso. Incluso cabrá admitir que se podrán dar supuestos de exigencias empresariales de lo que se denomina “infrapeso” o “peso bajo”. Será en este último caso donde la justificación empresarial se complicará aún más, ya que el trabajador podrá alegar la defensa de su derecho al trabajo, y, en especial, a la propia imagen, que será fácil que puedan prevalecer sobre la libertad de empresa¹¹.

En cualquier caso, ni el concepto de sobrepeso-obesidad, en cuanto enfermedad, está absolutamente determinado, ni coloquialmente existe un uso de términos distintos y utilizados con rigor y unívocamente por toda la sociedad, ni pueden darse reglas o leyes generales al respecto; dado que el enfoque del problema podrá variar mucho de unas actividades profesionales a otras. Veamos todo esto con mayor detenimiento.

2. LA OBESIDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO

Ni la Directiva 2000/78 ni los arts. 14 CE y 17 ET mencionan la obesidad ni el sobrepeso como causas de discriminación prohibidas¹². Ahora bien, precisamente porque la obesidad es una enfermedad y esta, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, puede, en determinados casos, equipararse a “discapacidad”, puede encontrar acomodo en la Directiva mencionada. Esto supondría que un trabajador aquejado de discapacidad por obesidad tendría derecho a que su empresario llevara a cabo los ajustes razonables precisos antes de proceder, por ejemplo, a la extinción de su contrato por una ineptitud sobrevenida a resultas de dicha obesidad. Así se establece también en la LGDPD¹³.

En cuanto al art. 14 CE, este no menciona la obesidad como causa de desigualdad prohibida. No obstante, resulta un precepto bastante problemático *per se*, ya que parece referirse a la igualdad de todos ante la ley, en un sentido pasivo, y no a un derecho de igualdad de oportunidades para todos, sin que

¹¹ Arts. 35.1, 18.1 y 38 CE, respectivamente.

¹² En relación con la constatación de la ausencia en Derecho Comunitario de una prohibición de discriminación por motivo de obesidad; y, más en concreto, en el ámbito del empleo y la ocupación, v. STJUE 18 de diciembre 2014, Asunto C-354-13, FOA, apdos. 32-40: “Por lo que se refiere más en concreto al artículo 19 TFUE, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que no contiene sino una regulación de las competencias de la Unión y que, al no contemplar la discriminación por motivo de obesidad como tal, no puede ser fundamento jurídico de medidas del Consejo de la Unión Europea destinadas a combatir ese tipo de discriminación” (ap. 34).

¹³ Arts. 63 y ss.

quepan limitaciones arbitrarias o injustificadas¹⁴. A mi juicio, esta igualdad material estaría mejor reflejada en el art. 9.2 CE, cuando señala que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Pese a todo, el art. 14 CE se viene interpretando como integrado por dos partes: una primera, consagrando el derecho a la igualdad en sentido amplio, y otra segunda, dedicada a la mención de las causas que podrán dar lugar a la discriminación prohibida. Se entienden tales las enunciadas explícitamente por el precepto. La referencia contenida en su final a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” deja abierta la posibilidad de ampliar el número de causas¹⁵. Ahora bien, cuando

¹⁴ La complejidad del precepto se comprueba, igualmente, si atendemos a las consideraciones de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *op.cit.*, pp. 64-78. Una complejidad que también hace suya GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en VVAA (CASAS BAAMONDE, M^a. E., DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J., Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Edit. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2006, pp. 385-386.

¹⁵ Algo tempranamente observado por la doctrina, si bien exigiendo el aspecto “social” en la característica considerada: “Bajo ningún concepto es admisible que las palabras “condición”, “situación” o “status” (las dos últimas propias de los ordenamientos francés y británico, respectivamente) puedan ser utilizadas para hacer referencia exclusiva a actos puntuales de diferenciación desfavorable, cuando estos actos no repercuten globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad; fuera de estos casos podrá haber desigualdad de trato, e incluso podrá estar prohibida, pero no se trata de discriminación (...) Se trata así de dar cabida a supuestos de discriminación jurídica o social frente a grupos sociales o culturales especialmente desconsiderados en cuanto tal grupo” (RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *op.cit.*, pp. 239-240). Con claridad: STC 269/1994, 3-10: “La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas” (FJ 4^o). En la doctrina, más recientemente: GARCÍA MURCIA, para quien “la «condición personal o social» alude...o bien a rasgos de la persona, o bien a su pertenencia a un colectivo social muy singularizado, o bien al ejercicio de derechos básicos o fundamentales” (*op.cit.*, p. 397); y ÁLVAREZ DE LA ROSA: “la enumeración del artículo 14 CE, aunque amplia, es enunciativa y se presta a una lectura abierta, ya se trate de las discriminatorias originadas por las propias condiciones de una persona (raza, sexo, circunstancia personal), ya por las heredadas o adquiridas (situación económica, religión, opinión, (...))

se ha analizado si la “enfermedad” podría entenderse incluida en dicha mención, la postura del TC ha sido restrictiva, pues se ha interpretado como requisito para la protección del art. 14 CE que se trate de un rasgo que haya estigmatizado históricamente a un sector de la población española o que la enfermedad se esté considerando al margen del trabajo en cuestión. De este modo, de manera ordinaria -y por la influencia de la jurisprudencia comunitaria-, tan solo la enfermedad intrínsecamente ligada a la discapacidad alcanzaría el carácter de causa discriminatoria¹⁶. Por su parte, la postura del TS ha sido más restrictiva todavía¹⁷. En conclusión: si consideramos la obesidad como enfermedad, será

pertenencia o no pertenencia a un grupo) y casi siempre en mezcla con la vulneración de otros derechos y libertades” (cfr. *El valor de la Igualdad y el Derecho del Trabajo*, Edit. Comares, Granada 2020, p. 61). Ese carácter abierto de los motivos de discriminación es observado por BARRERO ORTEGA en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (“Artículo 21. No discriminación”, en VVAA, LÓPEZ CASTILLO, A., Dtor., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 651, 656).

¹⁶ STC 62/2008, 26-5: “Pues bien, *no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo*. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, *así ocurrirá singularmente*, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado*, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que *en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo*. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla” (FJ 6º). La cursiva es mía.

¹⁷ “Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa” (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación” (STS 3 de mayo de 2016, recud. 3348/2014, FJ 3º.3). Con posterioridad: SSTS de 22 de febrero de 2018 (recud. 160/2016), 15 de marzo de 2018 (recud. 2766/2016), 22 de mayo de 2020 (recud. 2684/2017), 15 de septiembre de 2020 (recud. 3387/2017).

pues, preciso, que la misma ocasione esa discapacidad, entendiendo este último concepto como lo hace la jurisprudencia comunitaria, lo que será objeto del siguiente apartado. Solo si esa obesidad ocasiona una limitación funcional de larga duración recibirá la tutela antidiscriminatoria; lo que, curiosamente, produce el paradójico efecto de que obesidades no limitantes van a quedar sin protección. Y lo mismo ocurrirá en el caso del sobrepeso¹⁸.

Si atendemos al ET, como núcleo de la legislación laboral, el art. 17 ET no menciona la enfermedad, ni tampoco la obesidad, como causas prohibidas de discriminación. Pero sí la discapacidad, lo que vuelve a situarnos en la Directiva comunitaria y su transposición más perfeccionada llevada a cabo por la LGDPD.

Ahora bien, el planteamiento que yo propongo en este Estudio es diverso: considero que cuando nos referimos a la obesidad como causa de discriminación laboral no estamos hablando de la enfermedad en general o con carácter neutro respecto del conjunto global de enfermedades, que es lo que yo entiendo que el TC ha venido a excluir como causa o motivo de discriminación prohibida, sino que se trata de una enfermedad concreta, que goza de ese estigma y de un prejuicio real -muchas veces subjetivo e inconsciente en su producción-, pero existente y de fácil aplicación como recurso para el descarte. Según esta consideración, se podría defender su carácter de enfermedad provista de dicha segregación histórica, particularmente para los casos más graves¹⁹. Pero, por otro lado, también es cierto que, en sus grados más leves, y teniendo presente igualmente la perspectiva social, resultaría difícil su encuadre en esta categoría estigmatizadora (me refiero al sobrepeso). Lo anterior no significa que un empresario particularmente exigente en la condición física de sus trabajadores pueda utilizar el mero sobrepeso, sin límite alguno, como condición de descarte de candidatos. Al control de su decisión va a contribuir que en el acervo legislativo español disponemos de una prohibición clara de la discriminación por sobrepeso y obesidad, como de inmediato se verá, así como la posible invocación del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador.

En oposición al carácter de causa de discriminación del sobrepeso-obesidad, existe la tesis que limita el "listado" a condiciones de las personas que son inamovibles, es decir, que no pueden experimentar una mutación, como la raza, el sexo, la edad... Se trataría de circunstancias que sobrevienen al individuo y que este no puede modificar como fruto de su libre albedrío. Este planteamiento se

¹⁸ Coincido con GARCÍA ÁLVAREZ, M^a. J., "Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física", *TyD*, n^o 35/2017, consultado *online*. La atribución de responsabilidad por la obesidad al trabajador, sin matiz alguno de tipo patológico, no es tan extraño, como lo demuestran la STSJ C. Valenciana, 22-10-2019, rec. 2283/2018, y la SAP Madrid, 24-6-2008, rec. n^o 787/2007.

¹⁹ Un Estudio de carácter esencialmente divulgativo el de ÁLVAREZ CORDERO, R., *¡Me caes gordo! La discriminación "light"*, Edit. Plaza y Valdes, México 2004.

topa hoy día con la dificultad de que los avances médicos están permitiendo, por ejemplo, el cambio de sexo de quien lo solicita (a través de un tratamiento hormonal y quirúrgico de cambio en los órganos sexuales, etc.); también tiene más años de historia el cambio de color del artista Michael Jackson, o la cirugía estética como forma de modificar los rasgos faciales o corporales...etc. De seguirse esta tesis, la enfermedad equiparable a discapacidad debería tener siempre carácter definitivo, lo que -como se verá- no se adecúa plenamente al concepto comunitario. También se debate el carácter mudable o no del sobrepeso-obesidad: la genética o lo que conocemos como “metabolismo” o “constitución física originaria” influye, pero no con una intensidad tal que se deba considerar irreversible; es más bien el resultado de una historia personal de malos hábitos alimenticios o una falta de control de la ansiedad y del estrés la que desemboca en este trastorno alimenticio²⁰.

Una vez superado el obstáculo anterior, el art. 37 Ley sobre Seguridad Alimentaria y Nutrición, lleva por título “Prohibición de discriminación” y se refiere expresamente a la obesidad y al sobrepeso²¹. El esquema del mismo es similar al seguido por la Directiva comunitaria para otras causas de discriminación, como la edad, la discapacidad, etc. Es cierto, como ha observado la doctrina pionera en la repercusión laboral de la obesidad, que el enfoque de la Ley es generalista²², abarcando los casos de discriminación en la escuela, o en otros lugares, de los menores de 18 años, pero no creo que el ámbito laboral se deba considerar excluido de su aplicación. No tendría mucha lógica la protección en unos ámbitos de la vida pero no en otros. También es cierto que hay aspectos que están poco perfilados a los efectos que a nosotros interesa (posibilidad de la exigencia del peso como requisito profesional, cierta volatilidad de la sanción ante el acto discriminatorio, indicándose tan solo su nulidad sin determinación de multa alguna, ausencia de desarrollo a través de reglamento, etc.)²³. Pero, al

²⁰ A esta conclusión llego tras mi entrevista con el Dr. Francisco Javier González Mejías, nutricionista, titular de la Clínica NES en Sevilla (19-1-2022), a quien le expreso mi agradecimiento por su atención. En la doctrina, GONZÁLEZ BIEDMA menciona el peso entre los rasgos inmutables (“La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema”, en VVAA, CASAS BAAMONDE, M^o. E., ... *op.cit.*, p. 678).

²¹ Ley 17/2011, 5-7 (en adelante: LSAN). Se trata de una realidad legal que no es compartida por otros países de nuestro entorno, como puede ser el caso de Francia o de Italia, ni tampoco -como he indicado- por el Derecho Comunitario.

²² RIVAS VALLEJO, P., “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”, *IUSlabor*, nº 1/2015, consultado *online*.

²³ Muy críticos con la norma se manifiestan BAILE AYENSA y HERREROS LÓPEZ, tanto por su ubicación en una Ley de corte técnico, que les hace dudar “sobre su conocimiento por los aplicadores del Derecho”, como por la indefinición de las consecuencias discriminatorias por obesidad, al no establecerse “ni una graduación (faltas leves, graves o muy graves) ni el tipo de sanción que acarrearía”. Igualmente observan que, pese a la antigüedad de que goza ya, “no ha sido la (...)

mismo tiempo, el precepto es muy similar a la clásica estructura comunitaria, en particular cuando, al referirse a la discriminación directa contempla que una disposición, criterio o práctica, pueda ocasionar una desventaja a las personas con sobrepeso u obesidad, siempre que respete el juicio de proporcionalidad (justificación objetiva, fin legítimo, y medios necesarios y adecuados).

Todo lo anterior me lleva a concluir que se trata de una norma cuya aplicación, hasta ahora desconocida en el ámbito laboral, podría proteger al trabajador con sobrepeso-obesidad²⁴; al menos, a quien no llegara a alcanzar la tutela procedente de la consideración de la obesidad como discapacidad.

3. LA INCLUSIÓN DE LA OBESIDAD EN EL CONCEPTO COMUNITARIO DE “DISCAPACIDAD”

El TJUE, en Sentencia de 18 de diciembre de 2014, confirmó que, pese a no existir en el Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por obesidad, sí resultaba posible calificar como “discapacidad” el exceso de peso de un trabajador, siempre que le supusiera una serie de dolencias físicas o psíquicas que, a su vez, le limitaran, durante un largo periodo de tiempo, su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores. Dicha carencia de igualdad podría ser debida a la movilidad reducida o a otras patologías que le impidieran trabajar de modo pleno o que le ocasionaran un esfuerzo particular para desarrollar su actividad profesional²⁵.

En dicha sentencia, el TJUE hace algunas observaciones que merecen ser comentadas:

a) En primer lugar, recuerda que no es obstáculo para que pueda existir una discapacidad, el hecho de que el trabajador pueda tener alguna responsabilidad en la limitación que padece; en el ámbito de la obesidad, esto es ciertamente importante, ya que obvia la cuestión que siempre está presente y que se identifica con atribuirle parte de culpa de la obesidad al propio trabajador²⁶ (cuando esto no es habitualmente así);

referencia legal por excelencia en los contenciosos judiciales, cuando su rotunda prohibición de la discriminación es una base legal de enorme fuerza” (*op.cit.*, consultado *online*).

²⁴ Coincido con VELASCO PORTERO, M^o. T., “La discriminación por razón de apariencia física”, en VVAA (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), *El Principio de Igualdad en la negociación colectiva*, Edit. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid 2016, pp. 593-594.

²⁵ Asunto C-354-13, FOA, cit.

²⁶ “...en lo que respecta a la obesidad, a efectos de la Directiva 2000/78 carece de pertinencia que la obesidad haya sido producida simplemente por una ingesta de calorías excesiva frente a la energía consumida o si se debe a un problema fisiológico o metabólico, o constituye un efecto secundario de una medicación” (*Conclusiones*, ap. 58).

b) tampoco es óbice para que la prohibición por discapacidad despliegue su protección, el hecho de que el trabajador lleve siendo obeso durante un periodo de tiempo amplio; es decir, no es imprescindible que la obesidad sea sobrevenida o, dicho de otra forma, que la discriminación por discapacidad puede activarse pese a que durante años la empresa haya recibido la prestación de servicios del trabajador obeso²⁷ (para el TJUE esto más bien es indicativo de limitación duradera); y

c) al tratarse de un juego de presunciones, basta que el trabajador ofrezca indicios de la posible discriminación por discapacidad (en el Asunto: preocupación del empleador por la obesidad, acometimiento de un plan de adelgazamiento que no prospera, posible imagen inadecuada para los niños de un cuidador obeso cuando existe una alta preocupación social por la obesidad infantil,...etc.), para que la empresa deba demostrar que el despido no guardó relación con la obesidad (en el Asunto: selección del trabajador obeso como el cuidador infantil del que se prescindiría al disminuir el número de niños del municipio).

Por su parte, el Abogado General JÄÄSKINEN también añade algunas ideas de interés en sus *Conclusiones* previas al fallo, como son: el hecho, por un lado, de que el concepto de discapacidad que se utiliza en el Derecho Comunitario no tiene que estar necesariamente ligado con el trabajo profesional que se venía realizando (se vincula a barreras de muy diverso tipo y no necesariamente del lugar de trabajo: arquitectónicas, sociales, etc.) y, por otro lado, que tampoco es identificable como una imposibilidad absoluta para trabajar, siendo suficiente con que existan dificultades físicas para desempeñar las tareas laborales²⁸. Ya en una perspectiva más subjetiva, llega a afirmar que “con toda probabilidad, únicamente la obesidad de clase III conforme a la clasificación de la OMC (*sic*; es probable que se refiera a la OMS), que constituye obesidad severa, extrema o mórbida, crearía limitaciones como problemas de movilidad, resistencia y estado anímico que pueden constituir una «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78”²⁹.

El Tribunal danés, tras la respuesta recibida del TJUE, falló en contra del trabajador, apoyándose en que había desempeñado su trabajo sin que su obesidad se lo hubiera impedido y que en el momento en que se producía su despido no se le podía considerar “discapacitado”. Las dificultades que alegaba no alcanzaban, a

²⁷ Según las *Conclusiones* del Abogado JÄÄSKINEN, el trabajador “en ningún momento, mientras estuvo trabajando en el Ayuntamiento de Billund, pesó menos de 160 kg”, siendo su estatura de 1,72 metros; lo que arroja un IMC de 54,08 (Obesidad de Grado III; luego severa, extrema o mórbida).

²⁸ *Conclusiones*, aps. 33, 38, 42 y ss.

²⁹ *Conclusiones*, ap. 56. Paréntesis mío.

juicio del tribunal nacional, la entidad suficiente para impedirle trabajar como cuidador infantil tal como había hecho durante más de catorce años³⁰.

Más recientemente, se ha recordado por el TJUE que la discriminación indirecta por discapacidad puede ser soslayada si la empresa ha adoptado los “ajustes razonables” a que se refiere el art. 5 Directiva 2000/78³¹.

En nuestro Derecho, una aplicación de la tesis de inclusión de la obesidad en el concepto comunitario “discapacidad” la encontramos en el Asunto *Ruiz Conejero*, el cual, tras una cuestión prejudicial planteada al TJUE, fue resuelto de modo favorable al trabajador (consideración de su despido como nulo por atentar a la prohibición de discriminación por discapacidad) tanto por el JS nº 1 de Cuenca como por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha³². Pero lo cierto y verdad es que el concepto de discapacidad que utiliza la LGDPD -de transposición de la Directiva 2000/78 en materia de “discapacidad”- es más amplio, lo que resulta positivo en el sentido de que el sobrepeso y la obesidad no mórbida podrían quedar protegidas en determinados supuestos. En concreto, se consideran personas con discapacidad las que:

a) hayan recibido tal calificación por los órganos autonómicos encargados de tal función en orden al posible derecho de aquellas a una pensión no contributiva de invalidez, el ingreso mínimo vital u otras prestaciones que puedan existir en la Comunidad Autónoma de que se trate; y

b) las que hayan sido calificadas como beneficiarias de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez³³.

Si las personas anteriores están contratadas y dadas de alta -lo que no será muy frecuente, pero tampoco es algo utópico o imposible³⁴-, y el empresario

³⁰ BOESEN, M., NARV PEDERSEN, S. (2016), “Denmark: Judgment in the ‘Kaltoft case’ regarding obesity considered as a handicap”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=31d04955-1ba9-4b8d-98a4-78a9899592f7>

³¹ STJUE 11 de septiembre de 2019, Asunto C-397/18, DW, ap. 66 y ss.; SJS Barcelona nº 3, 4-11-2019, y STSJ Cataluña, 7-10-2020, rec. 2173/2020.

³² En este conocido Asunto, se sostiene la discriminación indirecta que el despido por absentismo -ya derogado- ocasionaba a los trabajadores discapacitados. V. STJUE 18 de enero de 2018, Asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*, SJS nº 1 Cuenca 7-3-2018, y STSJ Castilla-La Mancha 10-4-2019, rec. 664/2018. En la doctrina: MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa «rozando» el filtro de la Directiva 2000/78 (Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto *Ruiz Conejero*)”, *RDS* nº 81/2018, pp. 141-152; CANO GALÁN, Y., “El despido del trabajador en incapacidad temporal: descifrando el enigma”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2021, consultado online.

³³ Art. 4 LGDPD, teniendo como punto de partida la definición de discapacidad que da el art. 2.a) LGDPD.

³⁴ V. mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Edit. Bomarzo, Albacete 2017, pp. 39-63.

considera que, por su sobrepeso-obesidad, no pueden continuar realizando su prestación de servicios, antes de proceder a la extinción deberá considerar si resulta posible llevar a cabo los ajustes razonables. De lo contrario, el despido será nulo por discriminatorio³⁵.

Por otro lado, el hecho de que el planteamiento comunitario sea restrictivo no impide que la protección frente a la discriminación llevada a cabo por los Estados Miembros pueda ser más intensa o en mayor grado. Esto es lo que entiendo ocurre en el Derecho español en el caso del sobrepeso-obesidad, a partir de la interpretación de la cláusula final del art. 14 CE y del art. 37 LSAN, si bien sería muy recomendable la inclusión del “aspecto físico” y de la “obesidad” como causas de discriminación prohibidas, si carentes de justificación, en el art. 17 ET.

4. EL PESO COMO CONDICIÓN DE ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO

No descubro nada nuevo si refiero que existen profesiones o trabajos en donde se exige -y se controla- un determinado peso, como algo ligado a lo que se conoce como “estado físico de forma”. El ámbito probablemente más conocido es el ligado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como a los vigilantes de seguridad, bomberos, deportistas profesionales, etc. Se trata de actividades que exigen una determinada agilidad de movimientos, resistencia física, etc.; y esto no solo por una cuestión de desempeño eficaz de la tarea de proteger a otros o de velar por el bien común, sino también como medio de garantizar la propia seguridad personal. Y esto es bueno subrayarlo: a veces, la exigencia de un determinado “peso” aparece ligada no solo a aspectos de productividad sino también a cuestiones de prevención de riesgos laborales del propio trabajador. Además, se suelen exigir otros requisitos de la altura, elasticidad, etc. Todas estas condiciones, en muchas ocasiones, aparecen mencionadas en las convocatorias de plazas para ingreso en la Guardia Civil, Policía -Nacional, Autonómica y Local-, etc. La misma se suele comprobar en la denominada “prueba de reconocimiento médico”, al tiempo que también queda, de algún modo, asegurada en las “pruebas de carácter físico” que se deben realizar. Veamos con algo más de detalle el requisito “peso” en relación con estas profesiones:

a) Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil: se prevén una serie de pruebas para la comprobación de las facultades psicofísicas: pruebas físicas; reconocimiento médico y entrevista personal. Se indica que el IMC estará comprendido entre 17 y 30 kg/m², pudiendo, excepcionalmente, ser superior a 30 kg/m² si, objetiva y claramente, se debe no a un aumento de la grasa corporal, sino a un desarrollo muscular marcado, y el candidato no presenta patología ni factores

³⁵ Art. 40.2 LGDPD, teniendo presente el concepto de “ajustes razonables” que da el art. 2.m) LGDPD.

de riesgo sobreañadidos. Se menciona un listado amplio de enfermedades endocrinometabólicas como causas de exclusión del aspirante³⁶.

b) Cuerpo Nacional de Policía: El IMC no sobrepasará 28 kg/m² ni será inferior a 18 kg/m². Se podrán aceptar IMC superiores a 28 kg/m² en circunstancias similares a las indicadas para Cabos y Guardias Civiles. Igualmente, es causa de exclusión estar afectado por “procesos endocrinometabólicos que produzcan alteraciones morfológicas o funcionales de importancia pronóstica”³⁷.

c) Vigilantes de Seguridad y Escoltas Privados: no parece existir un requisito de IMC concreto, aunque sí se prevén unas pruebas de aptitud psicofísica, detallando enfermedades del Sistema endocrino y mencionando el síndrome obesidad-hipoventilación como trastorno del Sistema respiratorio³⁸.

d) Bomberos: existen convocatorias que realizan los Ayuntamientos para sus Cuerpos de Bomberos del Servicio de Extinción de Incendios, Salvamento y Protección Civil. Hacen referencia al requisito de titulación determinado en el art. 76 del EBEP y añaden otros requisitos y pruebas a superar³⁹.

Como vemos, se trata de Ofertas de Empleo Público, en donde el respeto de lo establecido sobre el acceso en condiciones de igualdad, y de acuerdo con criterios de mérito y capacidad, obligan a la publicación de unas Bases que puedan ser conocidas por todos. Por otro lado, las Bases en donde el peso determinado aparece como un requisito específicamente mencionado, no utilizan

³⁶ Art. 12 y Anexo Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los Centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

³⁷ Anexo. Cuadro Médico de exclusiones. B.1. “Parámetros biológicos”, y B.2. “Enfermedades y causas generales” RD 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional. Constituye el desarrollo de lo previsto en el art. 26.d) LO 9/2015, 28-7, de Régimen de Personal de la Policía Nacional (“No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional”), y complementa la existencia de pruebas médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía (art. 8 RD 614/1995, de 21 de abril).

³⁸ Art. 3 y Anexo RD 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas, y para prestar servicios de seguridad privada.

³⁹ Un ejemplo es la convocatoria publicada por el Ayuntamiento de Valladolid, donde no se exigen requisitos de altura ni de peso, pero sí se hace mención de un reconocimiento médico y de unas pruebas físicas que habrán de superarse. Como suele ser habitual, se determinan una serie de causas de exclusión para el acceso ligadas al estado de salud. Es ahí donde puede aparecer la obesidad. No obstante, en el ejemplo que doy, la determinación de la exclusión ligada al aparato digestivo es enormemente vaga: “Cualquier proceso digestivo que dificulte el desempeño del puesto de trabajo”. No parece difícil que tanto el sobrepeso como la obesidad puedan justificarse en esta cláusula de exclusión. <https://www.valladolid.gob.es/es/tablon-oficial/ayuntamiento-valladolid-tablon-oficial/convocatoria-publica-provision-19-plazas-bombero-servicio-e.ficheros/678426-BOCYL-19%20BOMBEROS.pdf>

el referente del IMC equivalente a 25 kg/m², lo que vuelve a subrayar la duda de que estemos ante un indicador homogéneo en cuanto a un indicador de una determinada enfermedad.

Si nos situamos en el mundo del deporte profesional, el estado físico de forma es algo lógicamente exigido. No obstante, no suele ser fácil conocer en detalle los requisitos de dicha condición y, en concreto, de peso, altura, etc. Habría que hacer un estudio por especialidad deportiva concreta. Pero se trata de algo absolutamente sabido y que, además, en el caso del peso, es controlado con frecuencia, existiendo la figura concreta del nutricionista⁴⁰.

Por otro lado, existen empresas que también establecen requisitos de peso para sus trabajadores, especialmente para los que actúan en contacto directo con el público, lo que se entiende ligado a una determinada imagen que quieren dar ante sus clientes. A veces, se busca una cierta uniformidad -no solo de uniforme en sentido estricto, en cuanto a prenda laboral- sino entre la propia plantilla de trabajadores, ya sean hombres o mujeres, en aspectos de estatura, peso, etc. De nuevo aquí se exige un estudio pormenorizado por actividad, pues existirán casos en donde el sobrepeso-obesidad será un claro y lícito obstáculo para la contratación, en tanto en otros se podrá cuestionar su implantación. Se trata de conciliar el derecho de la empresa a determinar las condiciones psicofísicas de sus trabajadores -que se podría considerar incluido dentro de la libertad de empresa- y el derecho al trabajo, que requiere que no se impida el acceso a un puesto por meras razones caprichosas, sin justificación alguna. En algunos casos en los que se apreciara que el deseo empresarial está muy poco justificado, cabría dar entrada al derecho a la propia imagen. Podemos pensar en los trabajos de: tripulación de cabina en compañías aéreas; igualmente pilotos y comandantes de vuelo; camareros/as de establecimientos; modelos de pasarelas; actores, actrices, tanto de películas como de anuncios; clínicas de nutrición o dietética; atención al cliente en centros deportivos y monitorización... etc. Pese a que se propone, como medio de equilibrio, el empleo de parámetros como "la actividad concreta y el contexto", el "objetivo legítimo" o la "proporcionalidad" de la exigencia, la decisión final no se consigue aislar por completo de algún elemento volitivo, luego subjetivo⁴¹.

⁴⁰ Agradezco a Alberto García Delgado, jugador de fútbol-sala de El Pozo Murcia Costa Cálida, y a Alejandro Ruiz García, estudiante de 4º Grado de Derecho de la Universidad de Sevilla, su asesoramiento en este punto. La prensa digital aporta algunas noticias sobre esta cuestión, en este caso en relación con el baloncesto: www.elconfidencial.com/deportes/baloncesto/nba/2017-11-17/nba-porzingis-lebron-james-peso_1478391/

⁴¹ En la doctrina esta dificultad es señalada por ARRÚE MENDIZÁBAL: "La realidad es tan rica que aconseja una búsqueda del equilibrio y ponderación según las circunstancias concretas. Así, resulta coherente que quien vaya a vender o asesorar sobre determinados productos (dietas para adelgazar, productos anticáncre...) posea una apariencia física que no repercuta de manera negativa en el mensaje y en la propia actividad. En un establecimiento de productos dietéticos, ¿quién (...)

Además, es ciertamente difícil de controlar su oportunidad, salvo que el empresario indique expresamente y por escrito dicho requisito de peso.

El TJUE se ha pronunciado al respecto de modo bastante restrictivo, afirmando que por “requisito profesional esencial y determinante” debe entenderse “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que esta se lleve a cabo”, debiendo quedar al margen de “consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”⁴².

De este modo, lo habitual será que esos requisitos no se mencionen y, si se consideran, se haga de modo interno y discreto, ya se trate por la empresa directamente o por la empresa de selección a la que aquella pueda confiar esta tarea.

Un caso especialmente conocido, si bien sin una referencia expresa al peso pero sí a la altura y a la “buena imagen”, se produjo en relación con la Compañía Iberia, en relación con una convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo (tripulación de cabina de pasajeros: TPC), que tuvo tanta publicidad. Iberia recibió un fallo favorable en relación con su convocatoria tanto por parte de la AN como del TS. Y ello porque, por parte de los órganos judiciales, se consideró que la exigencia de una estatura determinada y de una buena imagen eran aspectos que quedaban justificados tanto por las exigencias del trabajo que se debía realizar, como por el hecho de participar en un ámbito de competencia con otras compañías de transporte aéreo de pasajeros que procuraban transmitir, mediante dicha buena imagen de sus empleados, la idea de confianza y seguridad. En relación con el requisito de la estatura, el TS se pronunció de este modo:

contrataría a un dependiente para vender productos de dieta o a un asesor dietista con sobrepeso?” (*El derecho a la propia imagen de los trabajadores*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor-Navarra 2019, pp. 149-150). Para GONZÁLEZ ORTEGA “es legítimo que la empresa quiera transmitir ciertos valores: seguridad, confianza, corrección, discreción, fiabilidad, organización, eficacia, etc., y es cierto que la apariencia externa de los trabajadores puede contribuir a esa imagen, por lo que deben aceptarse las decisiones empresariales en este plano siempre que la forma de hacerlo sea realmente funcional a estas finalidades, que no haya imposiciones o elementos superfluos o excesivamente limitadores de la libertad personal, que los valores que se pretendan transmitir sean aceptables como tales y que, finalmente y puesto que son valores unilaterales de quien impone la regla, tengan la confirmación externa como valores a partir de la opinión más extendida acerca de ellos y de la forma de transmitirlos”, añadiendo que “la opinión de la clientela no debe funcionar sin más como argumento que justifique la limitación del derecho fundamental” (“Una cuestión de faldas. A propósito de la STS de 19 de abril de 2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4/2011, consultado *online*, que aborda la discriminación en relación con el uniforme de las enfermeras de un hospital y su trato diverso del de otras que desempeñan otras funciones, a quienes se les permite el uso de pantalón-pijama, así como del de los enfermeros).

⁴² Art. 4.1 Directiva 2000/78. Se trata de la Sentencia 14 de marzo de 2017, Asunto *Bougnaoui*, C-188/2015: v. ap. 41.

“La segunda de las condiciones de la convocatoria que se impugna se refiere al establecimiento de unas condiciones generales de estatura mínima y máxima, distinta según se trate de hombres y mujeres, para tomar parte en el proceso de selección y eventualmente ocupar uno de los puestos de trabajo. En primer lugar, debe decirse que *no es discriminatorio determinar en la actividad aérea esas condiciones, por cuanto que las aeronaves, sus dependencias, pasillos, cabinas, etc., tienen unas determinadas dimensiones, que impiden llevar a cabo el trabajo adecuadamente por encima o por debajo de ellas*, tal y como argumenta el Ministerio Fiscal en su informe, teniendo en cuenta, por ejemplo, la altura a la que están situadas las repisas de equipajes o la de las puertas de acceso o de emergencia. Por otra parte, *el requisito ahora examinado se relaciona íntimamente con una imagen de homogeneidad de talla que se precisa también en otros ámbitos de actividad, al margen de las compañías aéreas, como son aquellos para los que se exige una uniformidad en la vestimenta, Fuerzas de Seguridad del Estado, vigilantes jurados, etc.*”⁴³.

Lo anterior podría servir también para el descarte de trabajadores con sobrepeso u obesos, ya que esta condición puede ser un impedimento si se tiene en cuenta que las cabinas de los aviones poseen dimensiones predeterminadas, por lo que puede ser lógico exigir al trabajador que respete determinadas medidas en su físico para poder desenvolverse con agilidad y rapidez.

También el TS consideró admisible el requisito de la “buena imagen” y lo hizo en base a que se trataba “de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad”⁴⁴.

El pronunciamiento favorable a Iberia recibió diversas críticas por parte de la doctrina, centradas en la falta de justificación de los requisitos señalados y entendiéndose -incluso- que tal actuación empresarial podría incurrir en infracciones administrativas. La exigencia de una “buena imagen” fue el aspecto más criticado por ser el menos objetivo y entenderse como no necesario para la actividad profesional a desempeñar⁴⁵. A mi juicio, no es tan fácil decantarse por la

⁴³ STS 27 de diciembre de 1999, rec. 1959/1999, FD 2º.

⁴⁴ FD 2º.

⁴⁵ “...no parece razonable rechazar las candidaturas que presenten una mala imagen física por tratarse de un trabajo en contacto directo con el público, pues como hemos dicho anteriormente más que un requisito profesional constituye una exigencia estética marginal al puesto de trabajo (...) Así pues, las exigencias organizativas de la empresa que pudieran restringir el ejercicio de los derechos fundamentales deben establecerse por razones de “necesidad organizativa estricta” de manera que su adopción sea “la única solución apreciable para el logro del legítimo interés (...)”

prevalencia del derecho a la propia imagen, siempre y en todo caso por encima de la libertad de empresa. Habrá que analizar el caso concreto. En lo que sí coincide con las críticas que se hicieron a este pronunciamiento es en la conveniencia de que, si se menciona tal requisito, debe procurarse su concreción con el máximo detalle posible, haciendo, por ejemplo, referencia a la armonía de los rasgos faciales o a determinada proporción de medidas corporales. Es la única forma de que se pueda controlar la actuación empresarial si se decanta por exigir algún requisito concreto -entre los que puede estar el peso- pero pretenda diluirlo en una expresión ambigua⁴⁶. Por otro lado, es lógico suponer que los empresarios no están “fuera” de las influencias sociales, sino que van percibiendo cómo estos requisitos que, en un momento histórico concreto, se podían exigir y defender, hoy día resultan obsoletos y desproporcionados. Por lo que cabe suponer que los pronunciamientos judiciales que se están analizando podrían haber presentado divergencias o matices de haberse dictado en los tiempos actuales. Finalmente, también parece aceptable que la exigencia de la prohibición de discriminación por peso se realice con mayor intensidad si nos situamos en la relación laboral que lleva ya un tiempo desarrollándose, sin especiales controversias ni dificultades, mientras que ese control será menos contundente si la consideramos en los llamados estadios previos del contrato de trabajo. Esto también lo puso de manifiesto -a mi juicio con acierto- la Audiencia Nacional⁴⁷.

Por lo demás, y por cerrar el caso de los auxiliares de vuelo (TPC), actualmente no resulta fácil acceder a las convocatorias de plazas para conocer todos los detalles, ya que el candidato ha de iniciar una solicitud *online* en la que ya introduce determinados datos personales. No obstante, las “páginas de inicio”

empresarial” (AYALA DEL PINO, C., “Discriminación en el acceso al empleo: por razón de la edad y por condiciones subjetivas. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo”, *Saberes*, vol. 3, 2005, pp. 30-31, con referencia a la doctrina de la STC 94/1994, de 11 de abril). V. también ARRÚE MENDIZÁBAL, M., *op.cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶ En todo caso, la cuestión está alcanzando cotas de complejidad extrema, si tenemos presente que en la labor de selección de trabajadores están interviniendo ya las nuevas tecnologías que utilizan datos personales del trabajador que se encuentran en las redes sociales: v. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Redes Sociales y Derecho del Trabajo. El lento tránsito desde la diferencia legislativa a la necesaria regulación legal o convencional*, Edit. CSIF y Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2020; v., en especial, su Capítulo tercero, titulado “La utilización de las redes sociales como mecanismo de selección de trabajadores”, así como la bibliografía en él referenciada.

⁴⁷ “La discriminación o desigualdad de trato dentro del dominio empresarial, a diferencia del público, no experimenta tanta intensidad en el momento inicial, cuando se concede el empleo a uno o a varios trabajadores en competencia con otros candidatos, por las razones que se han expuesto, sino durante el desarrollo del contrato de trabajo que es cuando pueden surgir con frecuencia y en toda su plenitud las diferenciaciones en el trato o discriminación que, ante supuestos de hecho iguales, no son aceptables constitucionalmente en armonía con lo dispuesto en el art. 10.2, que remite a las Declaraciones Internacionales de Derechos, entre ellas las de la OIT, que tienen el rango de derecho interno prevalente una vez ratificadas por el Estado Español” (SAN 31/1999, de 24 de marzo, FD 5^o).

de dichas ofertas (de las distintas Compañías) que ofrece internet refieren algunos requisitos que deben reunirse y, en su caso, aportarse en la solicitud, como: reconocimientos médicos, el tener una altura proporcional al peso, buena salud o buena forma física, alcanzar con el brazo determinada altura estando de puntillas, capacidad natatoria o aspecto impecable (en referencia a tatuajes visibles y/o perforaciones en el cuerpo)⁴⁸. Como puede verse, se omite la referencia a la “buena imagen” o “buena presencia”, pero no hay una eliminación absoluta de las mismas; particularmente llamativa me resulta la expresión “aspecto impecable” citada en último lugar⁴⁹.

El mismo argumento que el indicado para las cabinas de pasajeros de los aviones -en relación con la estatura y el peso, básicamente-, podría darse para espacios similares en el caso de conductores de vehículos de transporte de mercancías (camiones), trenes, taxis, vehículos de transporte de pasajeros (tipo *Uber* o *Cabify*), mensajeros, *riders*, etc. Así, por ejemplo, se planteó una controversia judicial en relación con la altura necesaria para conducir los autobuses metropolitanos de Barcelona, respaldando el TSJ catalán la exigencia de dicho requisito, al ser el tipo de asiento diverso del utilizado por otros autobuses destinados a otras actividades⁵⁰. De nuevo, se trata de una problemática extrapolable a los casos de sobrepeso-obesidad. Tal como se indicó cuando se analizó la equiparación de la obesidad a la discapacidad, si al trabajador en cuestión se le pudiera calificar de persona con discapacidad, cabría demandar la introducción de los “ajustes razonables”, que, en tal caso, podrían consistir en el cambio del tipo de asiento en algunos autobuses de la flota. De hecho, convendría que la prohibición de discriminación por sobrepeso y obesidad del art. 37 LSAN se hiciera eco de la obligación de realizar los ajustes razonables, pues no hay una referencia a este deber, y -precisamente porque median pronunciamientos del TJUE que la impiden- no cabe una aplicación analógica de la Directiva 2000/78.

⁴⁸ <https://air-hostess.net/ofertas-de-empleo/gmx-tag170.htm>

⁴⁹ Otro ejemplo, relativo a actores y actrices, puede verse en <https://www.casting.es/castings/cine-ficcion/179162-se-seleccionan-hombres-y-mujeres-de-26-a-28-anos-para-rodaje-en-madrid>, donde en el perfil buscado se exige tener “buena presencia” (fecha de consulta: 11-1-2022).

⁵⁰ STSJ Cataluña 22-9-2010, rec. 1024/2010, FD 2º: “El hecho de que la empresa establezca una talla mínima o máxima a la hora de contratar a los trabajadores, no es algo que se fundamente en ningún capricho arbitrario, sino que encuentra su justificación en un problema de seguridad y de salud, siendo plenamente libre para acordar los criterios o requerimientos de manera unilateral. Por último, el hecho de que la trabajadora disponga de la correspondiente habilitación administrativa para conducir autobuses no permite concluir, por sí sola, que su estatura es compatible con el manejo seguro del vehículo, dado que no es el carnet de conducir lo que va a determinar la idoneidad para el puesto, al tratarse éste de un requisito indispensable, pero nunca suficiente. Su experiencia previa como conductora de autobuses se correspondía con vehículos que no coinciden con los requerimientos de los autobuses de línea metropolitana, al tratarse de autobuses de jardinería o de transporte escolar, en que el conductor queda situado en una altura distinta del vehículo”.

Esto puede resultar enojoso para la empresa y ahí se tratará de alcanzar de nuevo un equilibrio a la hora de determinar si esta obligación empresarial supera o no “lo razonable”, medible, en parte aunque no solo, por el coste económico (habría que estudiar, por ejemplo, si los asientos adaptables permiten su uso por diversos conductores o solo por los que tienen sobrepeso-obesidad). Esta adaptación parece más difícil de acometer en el caso del actual diseño de las cabinas de los aviones.

Como vemos, todo esto supone complejidad para la empresa, por lo que será muy conveniente que se le den facilidades para este objetivo de inclusión social: ayudas económicas para la financiación de los ajustes, campañas dirigidas a favorecer la contratación de las personas con estas limitaciones mediante disminuciones en la cuota a la Seguridad Social, etc; de lo contrario, será siempre difícil que en el proceso de selección aquella opte por trabajadores de dicho perfil.

Por otro lado, algún caso se encuentra en donde se puede producir un daño al trabajador si, inicialmente, es admitido al puesto de trabajo, pero, al exigirse que porte un determinado uniforme y no adecuarse su constitución física a una determinada talla, se opta bien por no formalizar o extinguir el contrato o bien por darle, como alternativa, la posibilidad de acudir al trabajo con otro uniforme distinto, lo que hace que quede “señalado” delante de sus demás compañeros y de los clientes⁵¹. Estamos ante un supuesto parecido al anterior, donde el ajuste razonable podría ser exigible, pero para lo que hace falta una gran sensibilidad empresarial, lo que tampoco resulta fácil en una sociedad enormemente guiada por los beneficios económicos y en donde todo se decide con una rapidez vertiginosa. Desde luego, el caso relatado, y que está actualmente en las redes sociales, merecería una indemnización a dicha trabajadora por daños morales; algo que debería extenderse cuando el requisito de peso queda disimulado en la exigencia de uso de un uniforme de determinada talla, porque en tal caso cabe considerar que el empresario no está actuando de buena fe.

5. LOS EFECTOS DEL SOBREPESO O LA OBESIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Indudablemente, si el no superar un determinado peso es un requisito claro y justificado para el ejercicio de determinadas profesiones, el hecho de que el trabajador se encuentre con sobrepeso, o devenga obeso, se podrá considerar como un impedimento para la continuidad del contrato de trabajo⁵². En principio,

⁵¹ www.datadiario.com/sociedad/grave--una-joven-consiguio-trabajo-y-la-echaron-porque-no-le-entro-el-uniforme_a60a9721feb2cb14c195f5d15

⁵² En el mismo sentido, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, quien, partiendo de la premisa de que la relación entre el “sobrepeso” y la discriminación “es muy compleja y pueden darse posibilidades diversas en función de las circunstancias concurrentes”, afirma que “un sobrepeso de cierta entidad podría ser contrario a determinados requisitos estéticos del puesto de trabajo y, por tanto, en los casos en los (...)

la extinción por este motivo, si no es por mutuo acuerdo, podría encauzarse por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, que difícilmente plantearía problemas de justificación o procedencia. Solo si ese sobrepeso-obesidad puede calificarse de “discapacidad”, en los términos de la Directiva 2000/78, el empresario estaría obligado a establecer los ajustes razonables.

Si, por el contrario, no estamos ante una actividad que en sus requisitos de contratación mencione el peso, el despido deberá ser debidamente justificado por la empresa, para que, en caso de impugnación judicial, reciba la calificación de “procedente”. Es aquí donde se podrá plantear la posible “nulidad” de dicho despido, tesis que será la que voy a defender a partir tanto de la equiparación de la obesidad a discapacidad (criterio jurisprudencial comunitario) como de la prohibición de la discriminación por sobrepeso u obesidad del art. 37 LSAN.

5.1. El trabajador de baja médica por sobrepeso u obesidad: incapacidad temporal y/o permanente

Existen resoluciones judiciales que ponen de manifiesto que la obesidad puede ser un motivo de baja médica y, por tanto, de suspensión temporal del contrato de trabajo, así como de percepción por el trabajador del subsidio por incapacidad temporal. Igualmente, se puede llegar a la extinción del contrato y al reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente.

Además, estos pronunciamientos tienen de interés el hecho de que manifiestan que la protección de la salud del trabajador obeso incluye tanto que se pueda someter a una intervención quirúrgica con el objetivo de mejorar su estado (sin que esta pueda considerarse una operación fuera del catálogo de prestaciones médicas ordinarias al no tratarse de cirugía estética), como que decida no ser intervenido, sin que, por ello, se le pueda negar el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente⁵³. También, aunque más remoto en el tiempo, encontramos un pronunciamiento, en materia de atribución de culpa, y ventilado en Orden jurisdiccional diverso al social, en el que se hace al trabajador (obeso) parcialmente responsable del resultado dañoso, por no haber seguido la dieta de adelgazamiento que debía⁵⁴.

que la apariencia física es relevante podría considerarse como una circunstancia objetiva que justifica la diferencia de trato si no existe discriminación” (“Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación”, *TyD*, nº 10/2015, consultado *online*).

⁵³ STSJ C. Valenciana, 22-10-2019, rec. 2283/2018, y SJS Murcia nº 173/2020, 9-9-2020, respectivamente.

⁵⁴ SAP Madrid, 24-6-2008, rec. nº 787/2007.

5.2. El despido disciplinario por disminución voluntaria del rendimiento pactado, por desobediencia o por transgresión de la buena fe contractual

Es posible que el incremento de peso tenga como consecuencia la disminución del rendimiento en el trabajo. La complejidad del ejercicio de esta causa de despido es que la misma, por definición, se encuentra ligada a una voluntad dolosa del trabajador, lo que puede ser de difícil prueba. ¿Hasta qué punto debe un trabajador seguir la indicación dada por su empresario de seguir una dieta para reducir peso? ¿Se le puede hacer responsable de no seguir las indicaciones dadas por el médico si no consigue dominar la ansiedad? El empresario podrá hacer advertencias en este sentido, pero el trabajador será libre de modificar sus hábitos alimenticios o no. Por otro lado, no siempre las dietas son un remedio seguro para las situaciones de sobrepeso, ni resulta fácil lograr resultados a corto plazo. En determinados trabajos, donde se debe el trabajador someter a revisiones médicas periódicas, se puede plantear la objeción de si dichas revisiones son obligatorias o si la cuestión del peso se debe incluir como aspecto a considerar dentro de las mismas. Y es que, como es sabido, las extinciones de contratos o las modificaciones de funciones suelen fundamentarse en los informes médicos de “apto con limitaciones”, o de “no apto”, emitidos por los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁵.

Tampoco puede considerarse el sobrepeso o la obesidad como una transgresión de la buena fe contractual o el resultado de la desobediencia a una orden empresarial. El poder de dirección empresarial no puede llegar hasta ese extremo. La única excepción se produciría en actividades como las del deporte profesional, cuyos actores están sometidos (al formar parte del pacto contractual) a un control exhaustivo de su forma física y donde el poder de dirección empresarial abarca, incluso, la esfera privada del trabajador. Se trata de trabajadores en los que se han podido invertir cuantiosas sumas de dinero, por lo que se considera que el empresario sí podría alegar esta causa como justificativa de un despido disciplinario⁵⁶.

⁵⁵ Al respecto, v. mi *La extinción...*, *op.cit.*, pp. 89-92, y mi “El despido por ineptitud sustentado en el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales”, *TyD*, nº 46/2018, pp. 31-52.

⁵⁶ Podría ser este el caso del jugador del Sevilla Gnagnon, en el que el despido se justifica en la “falta de profesionalidad” del jugador: “Gnagnon mide 1,81 metros y ha superado en varias ocasiones los 100 kilos de peso en las dos últimas temporadas. Los técnicos del Sevilla han intentado en muchas ocasiones que Gnagnon cumpliera con los planes físicos diseñados para mejorar su peso, sin éxito alguno según afirman desde la entidad (...). El Sevilla considera que el despido, poco usual en el mundo profesional, es ajustado a derecho y está a la espera de la decisión que pueda adoptar el entorno del jugador”. De momento, el jugador ha demandado al Sevilla Club de Fútbol por despido improcedente y, en el acto de conciliación, celebrado el pasado 30 de noviembre de 2021, no se llegó a ningún acuerdo. V. <https://elpais.com/deportes/2021-09-21/el-sevilla-despide-a-gnagnon-por-sobrepeso.html>.

5.3. La causa ya no vigente: el despido objetivo por absentismo

Si en su momento fue una de las causas que motivaron la calificación de nulidad del despido por obesidad (Asunto *Ruiz Conejero*), su eliminación hoy del repertorio de causas del art. 52 ET obligaría a la reconducción del supuesto al despido objetivo por ineptitud sobrevenida (letra “a” de dicho precepto). Se recordará que el TJUE se pronunció sobre la discriminación indirecta por discapacidad del art. 52.c) ET, en cuanto a la mayor probabilidad de que una persona con obesidad se ausentara de su puesto de trabajo por razones médicas.

5.4. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida

Resulta la causa de extinción más adecuada⁵⁷. Cabría intentar que el trabajador pudiera estar de baja por IT o, incluso, si fuera el caso, que pudiera ser calificado en algún grado de IP, con los efectos extintivos correspondientes en su caso⁵⁸. Como ya se ha señalado, la posibilidad de que el trabajador sea considerado “persona con discapacidad” abre la obligación empresarial de acometer los ajustes razonables. Habitualmente, la empresa buscará también el respaldo del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

Conforme a la tesis que vengo defendiendo en este Estudio, considero ahora que esta obligación de los ajustes razonables puede entenderse ampliada no solo a personas que hayan recibido una declaración administrativa por algunas de las vías indicadas por la LGDPD⁵⁹ -el Derecho Comunitario no exige ni siquiera tal declaración-, sino que la prohibición de discriminación por sobrepeso u obesidad señalada por la LSAN⁶⁰, si esta tiene carácter sobrevenido y no es requisito condicionante del acceso al puesto de trabajo, obliga al empresario a descartar si, mediante algún ajuste razonable, el trabajador puede continuar desempeñando su actividad. Por tanto, tampoco aquí sería preciso que el trabajador dispusiera de un certificado médico que acreditara dicha condición. Y es que considero que la obesidad, como sucede también con la edad, y puede ocurrir en el futuro con otras causas nuevas, merece la consideración de causa de discriminación prohibida, salvo que la empresa pueda justificar que el peso constituye un requisito profesional de la actividad en cuestión. De no actuar así la empresa, el despido deberá ser calificado judicialmente como nulo. Lógicamente, operaría la tutela procesal de la inversión de la carga de la prueba, a partir del indicio aportado por el trabajador.

⁵⁷ Art. 52.a) ET.

⁵⁸ Los efectos extintivos automáticos de los grados de total, absoluta y gran invalidez no están hoy día absolutamente claros: v. mi *La extinción del contrato...*, op.cit., pp. 54-63.

⁵⁹ Art. 4.

⁶⁰ Art. 37.

6. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

En USA, el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito interpreta en el Asunto *Richardson v. Chicago Transit Authority* que la obesidad padecida por un conductor de autobuses, con un peso cercano a las 600 libras⁶¹, no lo sitúa automáticamente bajo el ámbito de protección de la Ley americana de Discapacidad (*Americans with Disabilities Act-ADA*), sino que es preciso, aparte de que exista obesidad, que esta sea el resultado de otro trastorno fisiológico intercurrente (como la diabetes, la hipertensión o alguna enfermedad cardíaca). No obstante, no es una cuestión pacífica, ya que el Tribunal Supremo de Washington mantiene que la obesidad siempre equivale a discapacidad bajo la Ley federal de dicho Estado, en tanto que la Ley estatal de Pensilvania se alinea con la tesis que se sostiene en el Asunto *Richardson*.

Por su parte, la Corte del Tercer Circuito no ha alcanzado un pronunciamiento definitivo sobre si la obesidad es una discapacidad que limita substancialmente la vida ordinaria⁶². Por otro lado, a la hora de la selección de trabajadores, se permite al empresario invocar el principio de la *bona fide occupational qualification* (cualificación profesional de buena fe); es decir, atender a una determinada condición o rasgo (prohibido en principio como criterio válido) que debe darse o no en el trabajador porque así lo exige un puesto concreto. En la Ley laboral de Discriminación por razón de Edad se admiten “otros factores razonables diversos de la edad” (“reasonable factors other than age”: RFOA) como criterios de justificación de la actuación empresarial discriminatoria; no obstante, no existe claridad sobre cómo interpretar dicha referencia, pues, si se hace de modo expansivo -entendiendo dichos factores como muy próximos a ocasionar perjuicios a personas de más de cuarenta años-, se podría aceptar el “peso” como criterio de discriminación válido en todo caso, con lo que se vendría abajo todo intento de establecer una norma contraria a la discriminación basada en la apariencia externa del trabajador. Otro criterio, como es el de “lo que prefieren los

⁶¹ No. 18-2199 (7th Cir. 2019). Lo que equivaldría a 270 Kg.

⁶² BOURIAT, C., GLUNT, J. (2019), “Is extreme obesity a physical characteristic or a disability?”; www.employmentlawwatch.com/2019/09/articles/employment-us. Los otros Asuntos mencionados son: *Taylor v. Burlington N. R.R. Holdings, Inc.*, 444 P.3d 606, 608 (Wash. 2019); *Philadelphia Electric Co. v. Pennsylvania Human Relations Commission*, 68 Pa. Cmwlt. 212, 448 A.2d 701 (1982); y *Lescoe v. Pa. Dept. of Corr.*, 464 Fed.Appx. 50, 53 (3d Cir. 2012). Una relación de asuntos judiciales, hasta 2011, relativos a la protección del sobrepeso-obesidad por su equivalencia a discapacidad en TRAVIS, M. A., “Impairment as protected status: a new universality for disability rights”, *Georgia Law Review*, vol. 46, 4/2012, pp. 961-967. Una visión de la regulación vigente en 2013 en los Estados Federales de USA, en materia de prohibición de la discriminación en general, en JABBOUR, R. E., *op.cit.*, pp. 104-113.

clientes”, no se acepta, por lo general, ni por los tribunales ni por la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de EEUU (EEOC)⁶³.

En Francia, el art. L1132-1 *Code du Travail* reconoce la prohibición de discriminación por la apariencia física, el estado de salud, la pérdida de autonomía o la discapacidad. En el primero de los términos debe considerarse incluido el sobrepeso, a la luz del contenido del debate previo a la aprobación de la versión actual del mismo⁶⁴. Por su parte, el Código Penal sanciona con tres años de prisión y 45.000 € de multa la discriminación en la contratación o en la extinción del contrato de trabajo por los motivos señalados⁶⁵. También se hace eco la doctrina francesa de la STJUE de 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, *Meister*, donde un informático ruso presentó una candidatura de empleo en una empresa alemana, la cual fue rechazada sin que realizara ninguna entrevista ni se le diese ninguna justificación del rechazo; el Tribunal de Luxemburgo hace una interpretación favorable al trabajador para que se produzca la inversión de la carga de la prueba en relación con la posible discriminación por razón de sexo, raza y edad: basta que el trabajador aporte elementos que muestren que se ha sido discriminado para que la empresa deba proporcionar la información sobre el proceso de selección (algo a lo que no está obligada en condiciones normales). Se destaca que es suficiente para activar dicha tutela que el trabajador aporte “meros indicios de discriminación y diferencia de trato”, lo que se interpreta como un principio de mayor favor que el que establece la Directiva 2000/78, que literalmente se refiere a “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, lo que invita a pensar en algo de más consistencia⁶⁶. Además, el art. L1131-2 CT establece que en todas las empresas de más de trescientos trabajadores, así como en aquellas cuyo objeto sea la mera selección de aquellos, los trabajadores cuya actividad consista precisamente en ocuparse de dicha selección “deben recibir una formación sobre la no discriminación en la contratación al menos una vez cada cinco años”.

⁶³ GUMIN, M., “Ugly on the inside: an argument for a narrow interpretation of employer defenses to appearance discrimination”, *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 5/2012, pp. 1769 y ss., quien se decanta por permitir la discriminación por aspectismo en negocios empresariales exclusivamente basados en la apariencia física o externa, y hacer una interpretación muy restrictiva del criterio de “necesidad empresarial” o de la “seguridad de los clientes”. Resulta un Estudio interesante que ofrece abundante cita bibliográfica de los diversos principios señalados.

⁶⁴ JABBOUR, R. E., *op.cit.*, p. 81, remitiéndose a GARNER-MOYER H., “L’esthétisation du travail: la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement”, en *L’apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, colloque du 16 novembre 2009, à Lille.

⁶⁵ Arts. 225-1 y 225-2.

⁶⁶ Art. 10 Directiva. V. JABBOUR, R. E., *op.cit.*, pp. 122-123.

Igualmente, en el país galo desempeña un papel importante en materia de sancionar los comportamientos discriminatorios de las empresas la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y por la Igualdad (HALDE), cuyas Resoluciones plantean transacciones penales con las empresas que han incurrido en dichas actitudes. Así, existen varios ejemplos en materia de anuncios donde se entiende que se ha conculcado la no discriminación por aspectos físicos, al demandarse mujeres de determinada talla de cintura⁶⁷.

En Italia no puede hablarse de la existencia de una prohibición de discriminación por obesidad. Solo si esta es equiparable a “discapacidad” cabrá que reciba la protección establecida por la Directiva 2000/78, que el ordenamiento italiano ha hecho suya en el Decreto n. 216, de 9 de julio de 2003. De este modo, los motivos de discriminación ilícita están tasados y, entre ellos, no se mencionan ni la obesidad, ni el aspecto físico, ni otras condiciones o circunstancias personales⁶⁸. Algún estudio relativamente reciente, centrado en los efectos de la obesidad sobre la satisfacción laboral de jóvenes italianos (16-35 años), pone de manifiesto que los trabajadores obesos de sexo masculino se encuentran insatisfechos con el ambiente laboral, la jornada de trabajo, el salario y su desarrollo profesional, mientras que las trabajadoras de igual condición se consideran minusvaloradas por las funciones que realizan y las escasas oportunidades de promocionar⁶⁹.

En general, sin referirme en concreto a ningún país, resulta más fácil encontrar Estudios llevados a cabo por economistas, centrados en ofrecer datos sobre los efectos de la obesidad sobre el trabajo, particularmente sobre los salarios⁷⁰, mientras que se presenta mucho más complicado encontrar una bibliografía jurídica actualizada sobre la discriminación por obesidad.

⁶⁷ *Décision du Défenseur des droits n°2020-163, 25 novembre 2020*, relativa a un anuncio (repcionista) discriminatorio por motivos de sexo, edad, apariencia física y nacionalidad: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=39222&opac_view=-1.

Desde otro punto de vista, la web <https://www.casting.fr/castings/2-mode-beaute> recoge anuncios en materia de moda y belleza donde podría ser más discutible que se pudieran limitar los requisitos que en ellos se indican.

⁶⁸ SANTORO-PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, G. Giappichelli Editore, Torino 2020, pp. 324-328; v., en especial, nota n° 71 a pie de p. 326. Anteriormente, manifestó ese mismo carácter tasado, sin perjuicio de su posible ampliación legal: BOLEGO, G., “Nozioni di discriminazioni e tutela delle differenze nel rapporto di lavoro”, en VVAA (VISCOMI, A., Ed.), *Diritto del Lavoro e Società Multiculturale*, Editoriale Scientifica, Nápoles 2011, pp. 560-562.

⁶⁹ BRUNO, G. S. F., CAROLEO, F. E., DESSY, O., “Obesity and economic performance of young workers in Italy”, en VVAA (COPPOLA, G., O’HIGGINS, N., Edit.), *Youth and the Crisis. Unemployment, education and health in Europe*, Edit. Routledge, Abingdon Oxon 2016, p. 142.

⁷⁰ Por ejemplo, en Alemania: CALIENDO, M., GEHRSTZ, M., “Obesity and the labor market: a fresh look at the weight penalty”, *IZA Discussion Paper*, n° 7947, 2014; o en Dinamarca: GREEVE, J., “Obesity and labor market outcomes in Denmark”, *Economics & Human Biology*, vol. 6, 3/2008, pp. 350-362.

7. LA GESTIÓN EMPRESARIAL DE LOS TRABAJADORES OBESOS A TRAVÉS DE UN CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

Parece adecuado llevar a cabo un tratamiento de ayuda al trabajador obeso antes de optar por la expedita vía del despido. La obesidad, como se ha puesto de manifiesto, pueda tener muchas causas diversas y no debe resolverse por la rápida y simplificada alternativa de considerar a quien la padece como una persona destemplada en el comer o como un holgazán que no quiere trabajar. Quizás, incluso, puede ser necesaria una ayuda psicológica para tratar de detectar el problema de fondo, si este está ligado a cuestiones familiares, de autoestima, afectivas, profesionales, etc.

Es cierto que, en el momento de la contratación, y pese a que la actividad no exija un determinado nivel de peso, puede haber una inclinación a seleccionar al trabajador no obeso o sin sobrepeso -se trata de aspectos externos que con facilidad pueden ser observados o detectados por el empresario- y ello porque se piensa que quien ofrece ese desequilibrio en su constitución física tenderá a padecer enfermedades o las padecerá ya, aunque no estén diagnosticadas⁷¹. Generalmente, el juicio no parece errado y tampoco va a ser fácil que se le pueda obligar al empresario a actuar de forma diversa, salvo que su imprudencia le lleve a justificar, de manera explícita, su rechazo del trabajador por su sobrepeso-obesidad. Estas circunstancias que se han descrito no se aceptan por la sociedad y también parece acertada esta actitud, al defenderse la delicadeza con la que las personas -sea cual sea su situación o condición- deben tratadas, y cómo no se debe juzgar por la mera apariencia sino por lo que el candidato es capaz de hacer.

La perspectiva cambia si el trabajador, tras ser admitido y llevar un tiempo desempeñando su actividad, deviene en situación de sobrepeso u obesidad, y es, quizás, en este supuesto en el que el empresario puede aplicar en su tarea de gestión toda una serie de buenas prácticas (*good practice*). El hecho de que haya estado vinculado a la empresa durante un tiempo exige un trato diverso por el empresario, en el sentido de una mayor implicación por su parte para ayudar al trabajador a encontrar soluciones si de una enfermedad o de una reacción a problemas variados se trata. Ese trato humano siempre será algo que el trabajador agradecerá y valorará, con independencia de que, tras un tiempo prudencial, se determine que la solución más conveniente sea el abandono de la empresa. Podrá ser oportuno, si la vía de suspensión del contrato por incapacidad temporal no

⁷¹ Así lo observa JABBOUR, quien ofrece también el dato de que la obesidad en los Estados Unidos suponía en 2008 un coste para las empresas de cuarenta y cinco millones de dólares (gastos médicos y absentismo). V. *op.cit.*, p. 174, remitiéndose a BARRINGTON L., ROSEN B., "Weights & measures: What employers should know about obesity", *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.

fuera posible, recurrir a la suspensión del contrato por mutuo acuerdo⁷², para ofrecer al trabajador un poco más de tiempo para intentar alcanzar un peso razonable; igualmente, habría otras opciones que el empresario podría estudiar: desde el cambio de puesto a la reducción de jornada vía art. 41 ET. Aunque lo mejor sería que fuera algo consensuado con el trabajador, lo que facilitaría, en su caso, la posible conversión de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial⁷³. Como he indicado antes, son situaciones que a la empresa le pueden ocasionar una cierta alteración, por lo que el respaldo de ayudas públicas siempre resultaría oportuno. Incluso se podría intentar, si se diera una situación de discapacidad, que el trabajador con sobrepeso u obesidad pudiera ocupar uno de los puestos considerados dentro de la cuota de reserva para personas con dicha limitación⁷⁴. Otra vía de apoyo podría consistir en descuentos en las cotizaciones del trabajador contratado temporalmente, mediante el contrato de interinidad rebautizado ahora como contrato “por sustitución de persona trabajadora”, para ocupar el puesto del trabajador en tratamiento por sobrepeso-obesidad. Todos esos medios -remedios-merecerían, a mi modo de ver, la denominación de “ajustes razonables” y no se le podría achacar al empresario ninguna discriminación por obesidad.

En relación con lo anterior, cabe recordar el ejemplo de buenas prácticas ofrecido por el Ayuntamiento de Billund implicado en el Asunto FOA, no en cuanto a la solución final empresarial sino en relación con la decisión que se adopta para prestar asistencia económica al cuidador infantil que padece obesidad desde enero de 2008 hasta el mismo mes de 2009, “a fin de que pudiera participar en cursos para recuperar la forma y otras actividades físicas”⁷⁵. En diversos Estudios se hacen sugerencias sobre posibles vías de gestión de problemas de obesidad; así, por ejemplo, se indica que es mucho más positivo invertir en Programas de bienestar que provoquen modificaciones culturales y de conducta en los lugares de trabajo, como la oferta de menús saludables y tiempo de trabajo y sitios adecuados para realizar actividad física, en lugar de resolver el problema de manera frontal (mediante Programas que concedan premios por haber logrado una reducción de peso). Otros enfoques de mayor profundidad llevan a contar con el apoyo de los poderes públicos, en orden a desmentir, de una forma positiva, los estereotipos que se vinculan con la obesidad (pereza, baja inteligencia, carácter asocial); es decir, ofreciendo datos que muestren las capacidades de las personas

⁷² Art. 49.1.a) ET.

⁷³ Tal como exige el art. 12.4.e) ET.

⁷⁴ V. nota 10 y la bibliografía allí mencionada.

⁷⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, ap. 19.

obesas. Igualmente, parece necesario que los medios de comunicación y de entretenimiento ayuden a evitar esos estereotipos negativos⁷⁶.

Dentro de la gestión de la obesidad, conviene tener presente que suele ser el sexo femenino el más afectado por la discriminación por peso, con lo que la discriminación termina por ser múltiple. Así acontece cuando, para los mismos puestos, la empresa exige a las mujeres un determinado IMC “o bien cuando existe una desproporción entre los requisitos de peso o altura demandados a hombres y mujeres”⁷⁷. No obstante, esto último -en concreto, en relación con la altura- a veces se hace precisamente como medida de discriminación positiva, en *pro* de la igualdad, ya que se suelen atender a datos estadísticos para conocer si en uno u otro sexo es más frecuente alcanzar el requisito de altura exigido⁷⁸. La obesidad se entiende más perjudicial para la mujer que para el hombre, en cuanto que el atractivo femenino va ligado a un aspecto físico armónico⁷⁹.

8. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, cabe, en primer lugar, afirmar la dificultad de determinar la naturaleza de la obesidad, dado que, aunque es prevalente considerarla una enfermedad más, no está claro ni en qué punto exacto adquiere

⁷⁶ Por ejemplo, el Programa que ofrece en internet la Sociedad Española para el Estudio de la Obesidad (SEEDO): V. también WATSON, L., LEVIT, T., LAVACK, A., “Obesity and stigmatization at work”, en VVAA (THOMSON, S., B., GRANDY, G., Edits.), *Stigmas, Work and Organizations*, Edit. Palgrave McMillan, 2019, pp. 22-26.

⁷⁷ ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., *op.cit.*, consultado *online*. Afortunadamente, siguen creando polémica y ocasionando, ante las críticas de la opinión pública, la desaparición de anuncios dirigidos a la utilización de la mujer como mero objeto sexual, vinculando la selección a una determinada “forma física” (Por ejemplo, el caso de las animadoras deportivas: <https://smoda.elpais.com/belleza/animadoras-polemica-29-requisitos-belleza/>); si bien, en mi opinión, el propio planteamiento de la intervención de este grupo de mujeres en eventos deportivos tiene poco o ningún sentido.

⁷⁸ Esto ha llevado a establecer diferencias en los requisitos para optar a plazas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

⁷⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, M^a. J., *op.cit.*, consultado *online*; FERNÁNDEZ-RAMÍREZ, B., BALERIOLA ESCUDERO, E., ESQUIROL ARIAS, E., “Desplazamiento y normalización del rechazo laboral hacia las mujeres por cuestiones de talla”, *Prisma Social*, nº 7/2011-2012, pp. 145-193; GONZÁLEZ BIEDMA cita una investigación llevada a cabo por PAGAN y DAVILA, de acuerdo con la cual “las mujeres sí eran penalizadas en términos salariales por su obesidad, mientras que los varones iban siendo dirigidos a trabajos que neutralizaban esa condición”, y otra de FAHR, según la cual los hombres obesos eran penalizados en su salario en distinto porcentaje según el país europeo de que se tratara (*op.cit.*, p. 676). En una perspectiva más general, ÁLVAREZ DEL CUBILLO considera que “nuestra sociedad exige de manera muy clara a las mujeres una especial dedicación al trabajo estético y una responsabilidad específica en la proyección de una imagen determinada: maquillaje, peinados, trabajo con las uñas, cuidado de la piel, depilación, selección del vestuario, sometimiento a las pautas cambiantes de la «moda», zapatos de tacón, joyas, control del peso o exaltación de la delgadez, etc.” (*op.cit.*, consultado *online*).

tal condición en cada sujeto que la padece, ni tampoco se llega a poder determinar sin resquicio de dudas si se trata de algo crónico, ya que parece más bien reversible en muchos casos. Esta incertidumbre en torno a su concepto, así como su vinculación con otras enfermedades intercurrentes que son realmente las causantes de la obesidad, dificultan cualquier Estudio que sobre la discriminación ligada al peso se pretenda llevar a cabo. En este sentido, la falta de consenso y de unanimidad sobre su carácter de enfermedad se pone de manifiesto en el hecho de que para determinadas plazas de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (como Cabos y Guardias Civiles o Policías Nacionales), se permite la admisión de candidatos/as con un IMC que, según la tabla de la OMS, ya podría considerarse como enfermedad siquiera leve. Realmente, la condición física que está sirviendo de elemento de discriminación es el peso, y este, por naturaleza, es variable, lo que parece debe merecer un régimen más flexible que el establecido para otras causas de discriminación.

El planteamiento seguido por el Derecho Comunitario es ciertamente interesante y permite que determinados supuestos de obesidad puedan recibir la tutela antidiscriminatoria prevista para la discapacidad por la Directiva 2000/78: justificación de la disparidad de trato si estamos ante un requisito profesional obligatorio para la actividad en cuestión, realización por el empresario de los ajustes razonables, inversión de la carga de la prueba, nulidad del despido realizado sin la consideración de ajustes. No obstante, el concepto comunitario de "discapacidad" deja muchos supuestos de sobrepeso y obesidad fuera de su ámbito protector.

El Derecho español presenta algunos aspectos de especial relevancia, ya que en la transposición de la Directiva mencionada utiliza un concepto de discapacidad más amplio y tanto la Constitución (art. 14 en su parte final) como la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición permiten reivindicar la vigencia de una explícita prohibición de discriminación por sobrepeso y obesidad. Pese a que no existe unanimidad en la doctrina laboral sobre la posibilidad de aplicar en dicho ámbito tal prohibición, la conclusión que ofrecemos en este Estudio es que se debe poder invocar en defensa de los trabajadores discriminados, alcanzando así la condición de causa de discriminación autónoma, al tiempo que se propone al legislador laboral a proceder a su inclusión en el art. 17 ET.

La aplicación de lo hasta aquí señalado al terreno de la práctica va a exigir un análisis concreto de la actividad, pues es cierto que algunas de ellas (las citadas vinculadas a la defensa y seguridad del Estado u otras del sector espectáculos, modas, negocios relativos al control del peso o al ejercicio físico, deporte profesional...etc.) requieren que quienes trabajen en ellas dispongan de una determinada constitución física, siendo el peso una condición relevante. Igualmente, existirán otros sectores de actividad donde habrá que valorar si la

“imagen de la empresa” o la exigencia de “uniformidad” en el conjunto de sus empleados, en cuanto manifestaciones de la libertad de empresa (art. 38 CE), alcanza la relevancia suficiente como para dar entrada a dicho requisito.

Junto a lo anterior, el régimen de tutela de la obesidad será diverso del propio del sobrepeso, ya que en este último caso se podrá considerar afectado el derecho fundamental del trabajador a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Finalmente, parece necesario adoptar una perspectiva de mayor rigor en el control de posibles actos discriminatorios cuando la obesidad se presenta como condición sobrevenida en la vida del trabajador, en orden a evitar una inmediata decisión de despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Un control que se presenta más complejo de realizar en los estadios previos de la contratación.

ADICCIONES: DROGAS, ALCOHOL Y TABACO. ¿CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL?¹

ANA DOMÍNGUEZ MORALES
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

El consumo alto o frecuente de cualquier tipo de sustancia psicoactiva como el alcohol, el tabaco y otras drogas, puede generar riesgos para la salud, para el desarrollo físico y mental, así como para el desenvolvimiento de las relaciones interpersonales, en la esfera más íntima de la vida, o en cualquier ámbito formal o profesional en el que nos insertemos. No solo en relación a tales sustancias descansa esta afirmación, sino que también resulta extrapolable a otros elementos que originan dichos efectos perniciosos en la persona como puede ser el juego, el consumo de televisión o internet.

Nuestro trabajo se centrará, en cambio, en los efectos del consumo de las sustancias mencionadas en el entorno laboral, adentrándonos en el concepto o la aproximación terminológica de las mismas -drogas, alcohol y tabaco- de forma suficiente para sentar las bases del posterior análisis acerca de las causas que pueden afectar o contribuir a su consumo desmedido, abusivo, su impacto en el desarrollo de la actividad profesional y las repercusiones laborales que tales pautas conductuales pueden desencadenar, analizando si las mismas podrían ser calificadas como discriminatorias.

¹ Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

Este estudio se circunscribe pues a los problemas de adicción y los efectos que puede provocar en la relación laboral, así como las respuestas que ante eventuales episodios de consumo en el trabajo -o con efecto en el mismo- podrán darse a tales personas trabajadoras. Por tanto, adquiere especial relevancia delimitar el concepto de adicción, dependencia y enfermedad, sin ánimo de exhaustividad científica, sino a los efectos oportunos para discernir las repercusiones que ocasionan en el entorno laboral y evaluar el correcto tratamiento de las mismas.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante), la adicción *«es el consumo repetido de una o varias sustancias psicoactivas. Se trata de un consumo repetido hasta el punto de que el consumidor que se intoxica periódicamente o de forma continua, muestra tanto un deseo como un consumo compulsivos de la sustancia (o las sustancias) preferida. Además tiene una enorme dificultad para interrumpir voluntariamente o modificar el consumo continuo de la sustancia»*².

En puridad, la OMS no ha reconocido oficialmente a las adicciones como enfermedades, pero si se contemplan como tal en la Clasificación Internacional de Enfermedades en su onceava edición (en adelante, CIE-11)³. Dentro de la alusión a la misma, figuran los términos trastorno y dependencia a distintas sustancias, siendo la segunda resultado de la primera. Así, según la CIE-11, la dependencia por el consumo de sustancias como el alcohol o el cannabis -drogodependencia-, supone la existencia de un trastorno de la regulación de su consumo que surge cuando este es repetido o continuo y provoca un fuerte impulso interno para consumir, lo que se manifiesta, a su vez, como una incapacidad de controlar el consumo, aumentando la prioridad otorgada a este sobre otras actividades, a pesar del daño o las consecuencias negativas. Estas experiencias suelen ir acompañadas de una sensación subjetiva de necesidad o deseo de consumir tales sustancias. Además, las características fisiológicas de la dependencia pueden estar presentes en la aparición de los síntomas de abstinencia después del cese o la reducción en el consumo, el consumo repetido para prevenir o aliviar los síntomas de abstinencia, incluida la tolerancia a los efectos que provocan el alcohol y otras sustancias. Se pone de manifiesto que las características de la dependencia suelen ser evidentes durante un período de al menos 12 meses, pero el diagnóstico puede realizarse si el consumo de alguna de esas drogas es continuo (diario o casi diario) durante al menos 3 meses.

Sentados los conceptos de adicción y dependencia, podemos advertir que ambos se identifican con un consumo repetido e incesante, que provoca la

² Organización Mundial de la Salud "Glosario de términos de alcohol y drogas". Ministerio de Sanidad y Consumo, 1994.

³ Accesible en: <https://icd.who.int/es>.

necesidad de seguir e incluso aumentar la ingesta. Por esta razón, se usarán como términos sinónimos e intercambiables en este trabajo.

Cuando hablamos de un consumo constante, o también llamado abusivo, la persona se convierte entonces en dependiente, esto es, se encuentra en un estado de necesidad de consumir algunas de estas sustancias para evitar el malestar físico y/o mental⁴. La dependencia, en los términos examinados, se alcanza cuando se dan acumuladamente una serie de factores de tipo ambiental, social, económico, cultural o laboral, que propician el consumo de sustancias psicoactivas, a los que debemos sumar hoy las consecuencias de la crisis provocada por el COVID-19, cuyo impacto sobre el aumento de las adicciones se está comenzando a evidenciar⁵.

Si como bien se ha afirmado, la dependencia a las drogas crea un trastorno en la persona y este no cae bajo el paraguas técnico de las enfermedades según la OMS -aunque se encuentra catalogada en la CIE-11-, solo queda por evaluar la definición de enfermedad y valorar si cabe incorporar a las adicciones dentro de este concepto cuya relevancia radica en que le sean aplicadas las medidas pertinentes para impedir que el mero hecho de su existencia pueda causar perjuicios injustificados a quien la padece, esto es, discriminación. Pues bien, según la RAE, la enfermedad es un «estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo». Precisamente la droga -concepto sobre el que volveremos a continuación- causa alternaciones en el sistema nervioso y, por tanto, afecta a parte del organismo. Por tanto, un consumo abusivo, dependiente de estas sustancias, puede generar una enfermedad basada en la alteración orgánica de la persona. Por ello, no habría óbice en tratar la adición desde el punto de vista de la enfermedad, lo que sugiere un cambio en la perspectiva de análisis de su impacto en el medio laboral tal y como hoy día se encuentra planteado.

⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española, en su acepción octava, la dependencia constituye la «necesidad compulsiva de alguna sustancia, como alcohol, tabaco o drogas, para experimentar sus efectos o calmar el malestar producido por su privación». Nótese que las categorías de «abuso» o «dependencia» han desaparecido en la actualidad de la última del Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 5ª edición (DSM-5), sustituyendo ambos términos por el de «trastorno». Vid un análisis sobre el mismo en PORTERO LAZCANO, G., "DSM-5. Trastornos por consumo de sustancias. ¿Son problemáticos los nuevos cambios en el ámbito forense?". *Cuadernos de Medicina Forense* nº 21 (3-4), 2015, pp. 96-104.

⁵ Vid. sobre esta cuestión, SIXTO-COSTOYA, A., LUCAS-DOMÍNGUEZ, R., AGULLÓ-CALATAYUD, V., "COVID-19 y su repercusión en las adicciones". *Health and Addictions, Salud y Drogas*, 2021, nº 21(1), pp. 259-278. Aunque muchas asociaciones y organizaciones han alertado de este hecho, por el momento se desconocen datos oficiales sobre el impacto del COVID-19 sobre las adicciones dado que la última de las Encuestas EDADES se realizó antes del periodo de confinamiento.

En fin, un importante sector de la doctrina científica sostiene que las conductas adictivas constituyen un trastorno mental/cerebral, tal y como han demostrado la investigación científica y las neurociencias ⁶, cuya catalogación como tal ha permitido la implantación de medidas preventivas, abordajes terapéuticos y políticas de salud pública eficaces para hacerle frente⁷, área de actuación preferente que también tiene su reflejo en el ámbito laboral, en el que convive con el enfrentamiento a dicha cuestión desde el prisma sancionador, como se verá más adelante.

2. SUSTANCIAS ADICTIVAS

2.1. Drogas

En virtud de lo recogido en el glosario de términos sobre alcohol y drogas publicado por la OMS, *«droga es toda sustancia terapéutica o no que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración (inhalación, ingestión, fricción, administración parenteral, endovenosa), produce una alteración, de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas, de acuerdo con el tipo de sustancia, la frecuencia del consumo y la permanencia en el tiempo»*. Se trata de una definición que engloba no solo aquellas sustancias que en el ideario social y colectivo se asimilan como tal y que suelen coincidir con las de tráfico ilegal, sino de cualesquiera que puedan alterar nuestro sistema nervioso y causar dependencia, como son también el alcohol y el tabaco. Nos referimos en este trabajo, por tanto, a las situaciones derivadas de la ingesta de sustancias por parte del ser humano -v.b. trabajador- que alteren sus patrones de conducta, excluyendo así aquellos otros supuestos que también causan dependencia pero que no están ligados al consumo de ninguna sustancia.

No todas las drogas producen el mismo efecto en la persona que la consume, pudiendo ser anestésicas y depresivas unas (cannabis, barbitúricos) o estimulantes otras (cocaína). Además de las más comunes, proliferan otros términos, como los de precursores de drogas y el desarrollo de sustancias

⁶ Tanto la Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 5ª edición (DSM-5), como la CIE-11 conciben como categoría genérica que engloba las consecuencias del consumo de drogas y alcohol como «trastornos», lo que define la Real Academia de la Lengua Española como «alteración leve de la salud».

⁷ Declaraciones de la Sociedad Española de Patología Dual, Función Patología Dual, la World Association on Dual Disorders, la WPA Section on Dual Disorders (Asociación Mundial de Psiquiatría), el National Institute on Drug Abuse y la Associação Portuguesa de Patología Dual. "La adicción es un trastorno mental y no un acto voluntario y vicioso". Vid nota de prensa. https://patologiadual.es/prensa/np/2016junio28_NdP_decalogo-posicionamiento-patologia-dual.pdf.

químicas alternativas⁸. No obstante, siguiendo con el enfoque terminológico sentado por la OMS, la condición de drogodependiente genera diferentes resultados para el cuerpo humano que se pueden sintetizar en los siguientes: un deseo invencible o una necesidad de continuar consumiendo droga; una tendencia a aumentar la dosis progresivamente; una dependencia de origen psíquico y en ocasiones físico, lo que origina el síndrome de abstinencia⁹.

Para evaluar cuál es el verdadero impacto de las drogas en la sociedad, debemos observar los datos sobre su consumo que se reflejan en la XIII Encuesta sobre Alcohol y otras Drogas en España (EDADES) 2019/2020¹⁰. En ella se manifiestan porcentajes de consumo de sustancias tanto legales como ilegales, siendo el de estas últimas relativamente bajo. Se señalan como las más consumidas el cannabis -10,5% en el último año- y la cocaína- 2,5% en el último año-, mientras que las restantes están por debajo del 1% -éxtasis, anfetaminas, alucinógenos, setas psicodélicas, metanfetaminas o heroína-.

No obstante, si nos atentemos al plano laboral, el instrumento más adecuado para evaluar la incidencia de las drogas en este entorno es la Encuesta 2019/2020 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España¹¹. Centrándonos en las dos sustancias más consumidas por la sociedad en general, en primer lugar vemos reflejado un porcentaje algo superior en el consumo de cocaína en la población activa en los últimos 12 meses, ascendiendo al 3,1% de la población de 16 a 64 años empleada o parada con trabajo, constituyendo los colectivos de mayor consumo los hombres con menos de 35 años y bajo nivel educativo, así como las personas en paro. En cuanto a los sectores de actividad, su consumo prevalece en los de construcción y actividades artísticas, recreativas y deportivas. En cambio, se advierte un porcentaje ligeramente inferior con relación al consumo de cannabis en la población en general, siendo un 8,5% la prevalencia de consumo de esta sustancia en los últimos 30 días entre la población de 16 a 64 años empleada o parada con trabajo previo. Los grupos de mayor consumo son los hombres menores de 25 años, los parados y, en relación con los sectores de actividad, el artístico, actividades recreativas y deportivas.

⁸ Sobre las mismas, Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT), «Drug Precursor Development in the European Union», 2019. Accesible en: https://www.emcdda.europa.eu/publications/emcdda-papers/drug-precursor-developments-eu_en.

⁹ Comité de expertos de la OMS en Drogas Toxicomanígenas. 13º informe. OMS, serie de informes técnicos, nº 273, 1964, pp.13-17. Accesible <https://apps.who.int/iris/handle/10665/37554>.

¹⁰ Accesible en: https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_EDADES.htm.

¹¹ Accesible en: https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_LABORAL.htm

A mayor abundamiento, se reflejan dos preocupantes datos relativos, por un lado, a que la edad de inicio en el consumo de estas sustancias es cada vez más temprana -también de las legales como el alcohol y el tabaco-, al tiempo que aumentan los casos de policonsumo, esto es, el referido a dos o más sustancias en el mismo periodo de tiempo¹². Además, se demuestra que en todas ellas el consumo es más elevado en hombres que en mujeres, salvo en el caso de hipnosedantes, más utilizado por las segundas.

2.2. Alcohol

El alcohol, como producto apto para el consumo humano, tiene muchísimas manifestaciones en el mercado, encontrándose bebidas alcohólicas de muy alta a muy baja graduación. Su ingesta es altamente tolerada por la sociedad, en especial la de aquellas bebidas que forman parte de nuestra cultura productiva, como son el vino o la cerveza. Dicha aceptación se debe a los efectos que en ocasiones produce su consumo moderado o no dependiente, tales como la sensación de euforia, diversión, desinhibición los que conectan con momentos de ocio o celebración. Es más, en muchas ocasiones, se oye hablar de los «*bebedores sociales*». Esto se debe a que, a veces, la necesidad de consumir bebidas alcohólicas constituye una manifestación de la pertenencia a un grupo social¹³. Pero a pesar de esta percepción, también por los efectos que causa el alcohol en el organismo, la OMS lo califica como droga causante de dependencia, en cuyo caso se denomina «*alcoholismo*».

El alcohol, por lo contrario que pueda parecer dada la percepción general acerca de sus efectos, se define como una droga depresora del sistema nervioso central¹⁴. Por ello, los expertos en el análisis de su impacto sobre el cuerpo humano, así como sobre las relaciones sociales advierten, de sus consecuencias perjudiciales. Asimismo, lo contemplaba la OIT en el año 1996 en referencia a esta sustancia como perniciosa para la salud y las relaciones personales, favoreciendo situaciones perjudiciales para las relaciones laborales, dado el potencial riesgo de absentismo, disminución del rendimiento laboral, conflictos con otros compañeros o incluso terceros-clientes, proveedores, etc. - y de la productividad, aumento de

¹² En últimos 12 meses, en relación al momento en que la encuesta se realizó, el 40,4% de la población consumió dos o más sustancias psicoactivas diferentes.

¹³ UGT, "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *op.cit.* p. 6.

¹⁴ Por su contenido de etanol, «el alcohol es una droga depresora del Sistema Nervioso Central que inhibe progresivamente las funciones cerebrales. Afecta a la capacidad de autocontrol, produciendo inicialmente euforia y desinhibición, por lo que puede confundirse con un estimulante». Información sobre Drogas y otras conductas adictivas. Plan Nacional Sobre Drogas, Ministerio de Sanidad. <https://pnsd.sanidad.gob.es/ciudadanos/informacion/alcohol/home.htm>

siniestralidad laboral o de consecuencias disciplinarias¹⁵. Constituye, solo en Europa, el causante del 10% de las muertes, teniendo en cuenta que no solo se producen por el mero hecho del consumo abusivo, sino también de la interacción con otras enfermedades de las que son causa, como algunos tipos de cáncer¹⁶.

Volviendo a la Encuesta EDADES, se evidencia que el 4,2% de la población de 15 a 64 años presenta un posible consumo de riesgo de alcohol¹⁷-cifra que ha ido disminuyendo con el paso de los años-, aunque el número de encuestados que había consumido alcohol en el último año de referencia -con carácter previo a la pandemia originada por la COVID-19- ascendía a 77,2%, constituyendo esta la sustancia legal más consumida. Correlativamente, el alcohol se percibe como menos peligroso: solo la mitad de la población considera que consumir 5-6 cañas/copas el fin de semana causa muchos o bastantes problemas.

Si nos fijamos en la población activa, la Encuesta 2019/2020 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, demuestra que el 4,3% de la población de 16 a 64 años, empleada o parada con trabajo previo, es consumidora de riesgo de alcohol, mientras que la prevalencia de consumo de alcohol a diario en los últimos 30 días se sitúa en el 9,6% de los mismos. Finalmente, el 67,5% de la población laboral ha consumido alcohol en los últimos 30 días. También en el consumo de esta sustancia los hombres superan notablemente en cifra a las mujeres, siendo el porcentaje más alto según el sector de la actividad el de la construcción, seguido de agricultura, pesca, ganadería y/o extracción y la hostelería¹⁸.

¹⁵ MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral*. Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 51-63.

¹⁶ Según datos de la ficha informativa sobre ODS publicado por la OMS «Consumo de alcohol y Desarrollo sostenible (2020)»-Disponible en inglés: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/464642/Alcohol-consumption-and-sustainable-development-factsheet-eng.pdf. Más recientemente, ha publicado la ficha informativa sobre «5 hechos sobre alcohol y cáncer (2021)»-disponible en inglés: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0013/502312/alcohol-and-cancer-factsheet-eng.pdf.

¹⁷ Consumidor de riesgo es el que ha consumido alguna bebida alcohólica en los 12 meses previos a ser encuestado y en la escala AUDIT1 (Alcohol Use Disorders Identification Test), obtiene una puntuación igual o superior a 8 puntos. SAUNDERS, JB., AASLAND, OG., BABOR, TF., DE LA FUENTE, JR., GRANT, M., "Development of the Alcohol Use Disorders Identification Test (AUDIT): WHO Collaborative Project on Early Detection of Persons with Harmful Alcohol Consumption". *Addiction*, nº 88, 1993, pp. 791-804.

¹⁸ Sobre el consumo de alcohol en tales sectores, UGT "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *Comisión Ejecutiva Confederal de UGT*, 2011, p.13.

2.3. Tabaco

Aunque también disfruta de gran tolerancia por parte del tejido social, el tabaco es considerado como una droga causante de dependencia¹⁹, que se produce por la adicción que genera a la nicotina -*tabaquismo*-, sustancia química del tabaco, que crea la necesidad de dicha sustancia para obtener efectos placenteros en el cerebro, aunque al mismo tiempo actúa sobre el sistema cardiovascular aumentando la frecuencia cardíaca y la posibilidad de arritmias. En Europa, el tabaquismo provoca cada año 1,2 millones de muertes. Está directamente relacionado con la aparición de 29 enfermedades (de las cuales 10 son diferentes tipos de cáncer) y es la principal causa de buena parte de muertes por cáncer de pulmón y de más del 50% de las enfermedades cardiovasculares.

En la actualidad, al referirnos a dicho elemento, no podemos pensar únicamente en el tabaco vendido en cajetillas en cualquier establecimiento habilitado al efecto. También debemos incluir otras formas de tabaco, como el denominado tabaco de liar, el que se usa en cachimbas o incluso los vapeadores o cigarrillos electrónicos, aunque a veces estos últimos se consumen sin nicotina.

El tabaco constituye la segunda sustancia psicoactiva más consumida en España, por detrás del alcohol. Según la última encuesta EDADES, que ya contempla como estudio específico el uso del cigarrillo electrónico-mientras que evalúa el uso de cachimba en relación al consumo de cannabis-, el 32,3% de la población española entre 15-64 años consume tabaco habitualmente. Si bien se pone de manifiesto el descenso del número de fumadores con respecto a encuestas anteriores, se trata de una cifra nada desdeñable. Si nos fijamos en la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, vemos como la cifra aumenta ligeramente, alzándose al 35,6% el nivel de población con edades entre 16 y 64 años empleada o parada con trabajo previo, que ha fumado diariamente en los últimos 30 días, cifra que se mantiene en ascenso desde la muestra de 2007.

Finalmente, los grupos de mayor consumo son los hombres menores de 25 años con bajo nivel educativo, las personas en paro, los trabajadores manuales y de servicios de restauración, servicios personales, de protección, vendedores, así como las personas trabajadoras en los sectores de la construcción y hostelería.

¹⁹ Según el Ministerio de Sanidad, «el tabaco es una droga estimulante del sistema nervioso central. Uno de sus componentes, la nicotina, posee una enorme capacidad adictiva, y es la causa por la que su consumo produce dependencia». Fuente: <https://pnsd.sanidad.gob.es/ciudadanos/informacion/tabaco/home.htm>

3. EFECTOS DE LAS ADICCIONES EN LA RELACIÓN LABORAL

La drogodependencia proviene, no únicamente del consumo de alguna de las sustancias antes señaladas, sino que es fruto de un proceso de interrelación entre las características o condiciones personales, la propia sustancia y el entorno en el que aquella se desenvuelve²⁰, atravesando por varias fases que se inician por el consumo, en muchas ocasiones tolerable y tolerado, hasta alcanzar el abuso o dependencia, que propicia la adicción²¹.

La última encuesta EDADES advierte que la población concibe de manera generalizada que el consumo de sustancias como la cocaína, el cannabis o el tabaco acarrearán problemas de salud aunque en menor medida se asimila como dañino el consumo de alcohol. En términos similares se manifiesta la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, en la que el 77,5% de los encuestados confiere importancia al problema que supone el consumo de alcohol u otras drogas en el medio laboral, porcentaje que ha descendido casi 10 puntos con respecto al dato obtenido en 2013.

El consumo de aquellas sustancias a las que nos venimos refiriendo, tiene repercusiones en la relación laboral, unas más evidentes que otras. Especialmente relevantes serán aquellas que se desencadenan cuando ya la persona trabajadora consume peligrosamente, desarrollando una adicción a una de ellas, pero la incidencia del consumo de sustancias psicoactivas en la labor profesional puede provenir tanto de aquel que es considerado dependiente como de aquellos en quienes causa estragos esta sustancia a pesar de tener un consumo moderado.

Tales manifestaciones tendrán repercusiones, tanto en lo que respecta al trabajador como a la propia empresa. Si para el primero de ellos pueden generar problemas evidentes de salud, en la empresa puede provocar perjuicios, en especial económicos o productivos. Tanto es así, que incluso el conocimiento previo por parte de la empresa sobre la adicción de un candidato a un puesto de trabajo ofertado podría provocar que el contrato de trabajo nunca llegue a formalizarse.

En cambio, en el seno de la relación laboral podrán desarrollarse situaciones que redunden en una bajada del rendimiento y por ende, de la productividad del trabajador, tales como el absentismo, las bajas por enfermedad, o incluso las interrupciones durante la jornada laboral. Las sustancias descritas provocan que, su uso abusivo provoque cambios conductuales en la persona en todos sus ámbitos de actuación, incluido el laboral, de modo que, dependiendo de la

²⁰ UGT, "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *op.cit.*, p.5.

²¹ Para una mejor comprensión de los términos relacionados con el consumo y efectos de las drogas, vid. el Glosario de términos de alcohol y drogas, Organización Mundial de la Salud, 1994. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44000>.

intensidad o grado de las ingestas, puede producir disminución o incluso pérdida de la capacidad laboral, constituyendo una fuente de riesgos para si mismo y para terceros²². Al mismo tiempo, la actitud derivada de su consumo, o de la abstinencia del mismo, pueden influir en la organización del trabajo provocando un mal ambiente entre compañeros. A todo lo anterior se suma el aumento de potenciales accidentes de trabajo, tanto *in itinere*²³, como durante la jornada laboral, lo que generará, no solo menoscabo para la empresa, sino también para el sistema de Seguridad Social en la medida en que acceda a incapacidades temporales o incluso, en el más grave de los casos, permanentes, y también para el sistema de salud pública.

El impacto del consumo de sustancias adictivas no se puede observar únicamente desde la perspectiva de las consecuencias que el mismo provoca sobre la actividad profesional y en los ámbitos conectados a ella, sino también se ha de valorar en qué medida el propio medio laboral actúa como elemento de riesgo. Así, se ha puesto de manifiesto en las últimas décadas, que, además de aspectos sociales, personales, económicos o culturales, determinadas condiciones laborales o procesos organizativos dentro de la propia empresa aumentan el riesgo en el consumo de sustancias: la jornada laboral, el horario, las condiciones climáticas, en caso de trabajadores expuestos a las mismas²⁴, en virtud de las cuales, el trabajador buscará en el consumo de drogas o tabaco el efecto inmediato estimulante para sobrellevar condiciones extenuantes, o del alcohol, cuando es usado como sedante o relajante para combatir el estrés²⁵. A las anteriores se unen las derivadas de las nuevas formas de trabajo en las que, a priori, la subordinación se difumina en cuanto a la organización del tiempo de trabajo, pero que en realidad esconde el sometimiento del trabajador, en ocasiones, a extenuantes jornadas laborales que combinan periodos de actividad y de no actividad, pero en alerta -trabajadores en plataformas-; o bien en aquellos casos en los que el trabajador posee la facultad de elegir en qué ubicación van a desarrollar sus

²² GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*. Cizur menor, Navarra, 2015, consultado online.

²³ La STSJ de Castilla y León 17 diciembre 2020 (JUR 2021\97855), consideró accidente laboral *in itinere* la colisión mortal de un trabajador por no estar acreditado que el fallecido incurriese en imprudencia temeraria al conducir bajo los efectos de sustancias tóxicas, a pesar de haber dado positivo en cannabis, anfetaminas y alcohol, FJ 2.

²⁴ Entre otros, ESTEBAN VALENCIA, J. y PÉREZ GÓMEZ, A., "Ausentismo laboral y su relación con el consumo de alcohol y otras sustancias psicoactivas", 2008, en www.cidac.oas.org/OID/Mainlage/Costs/Protocol/Ausentismo.pdf. UGT, "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *op.cit.*, pp. 24-39. Un estudio en profundidad sobre el consumo de alcohol como consecuencia del desempeño de la actividad laboral en MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral*, *op.cit.*, pp. 101-136.

²⁵ GARCÍA-DÍAZ, V., FERNÁNDEZ-FEITO, A., ARIAS, L., LANA, A., "Consumo de tabaco y alcohol según la jornada laboral en España". *Gaceta Sanitaria*, nº 29 (5), 2015, p. 365.

tareas, pudiendo por tanto acceder y consumir cualquier sustancia de forma mucho más sencilla-trabajadores a distancia-. Todo lo anterior se ve influido por las circunstancias psicosociales que rodean al trabajo precario que también impactan sobre el riesgo de acudir al consumo de tales sustancias como medida de evasión ante las preocupaciones relacionadas con el futuro laboral incierto o la dificultad para adquirir condiciones laborales dignas.

Tal y como se advierte de la lectura de la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, en relación con todas las sustancias cuyo consumo ha sido evaluado, los encuestados afirman que las condiciones laborales relativas a la mayor peligrosidad, carga de trabajo, jornadas largas o partidas, afectan al aumento del consumo. En particular, en relación a las sustancias que se han analizado en el epígrafe anterior, entre quienes consumen cocaína se pone de relieve que la prevalencia es mayor, desde el punto de vista de los efectos de los riesgos en el trabajo, la existencia de largos desplazamientos o ausencias de su casa, la sensación de estar mal pagado, o las jornadas sometidas a condiciones climáticas extremas de calor o frío. Sobre cómo afectan las condiciones de trabajo al consumo de cannabis, se acentúa su prevalencia entre quienes están empleados con jornada continua nocturna. Asimismo, es más acusada la ingesta de alcohol entre la población trabajadora con jornadas partidas, turnos rotatorios y de noche. Por último, destacan entre los sujetos que más consumen tabaco quienes tienen jornadas de trabajo continuas de noche o basadas en turnos rotatorios

La interacción del medioambiente laboral juega, pues, como un elemento relevante en la aparición de este fenómeno, ya que puede contribuir a incitar, coadyuvar o potenciar al consumo abusivo de sustancias psicoactivas²⁶.

4. CONSECUENCIAS LABORALES DE LA ADICCIÓN A DROGAS, ALCOHOL O TABACO ¿CAUSAN DISCRIMINACIÓN?

El consumo de drogas, incluyendo alcohol y tabaco, puede ser enfocado principalmente desde dos ángulos en lo que respecta a las medidas que se pueden arbitrar en el seno de la relación de trabajo para atajar los problemas que desencadena. Se trata de dos enfoques que, a priori, podrían parecer contradictorios, por ir referidos a ámbitos de actuación aislados, pero que en la práctica pueden tener una fuerte conexión. Nos referimos al terreno de la seguridad y salud laboral en primer lugar, incluyendo la asistencia, tratamiento y rehabilitación, asistido por la empresa, o en colaboración con organismos públicos, tendentes a la potenciación de la prevención de la drogadicción y su recuperación

²⁶ GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas, op.cit.* consultado online. Un estudio sobre la incidencia del alcohol en función del sector de actividad y tipo de empresa en MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral, op.cit.*, pp.43-47.

y propiciando la reintegración social y laboral del sujeto; y por otro lado, el de su castigo, en aplicación de la potestad disciplinaria que ampara al empresario en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), que aplicado en su forma más disruptiva, puede conllevar el despido.

4.1. Perspectiva preventiva

En cuanto a la primera línea de actuación frente a las adicciones en el medio laboral, debemos partir del análisis del régimen regulador de la prevención de los riesgos laborales en nuestro ordenamiento jurídico. En este marco, se distinguen las normas imponibles a los empresarios para prevenir cualquier tipo de riesgo, incluyendo los que afecten a los trabajadores que consumen sustancias psicoactivas o padecen una adicción a las mismas; pero además de ello, implica el estudio de aquellas condiciones generales y particulares de trabajo que de algún modo pueden potenciar o fomentar el consumo de drogas, alcohol y tabaco, constituyendo en algunos casos, concausas de la adicción, como puede ser el estrés laboral, el ritmo frenético o el acoso en el trabajo²⁷.

Términos clave como la prevención, el riesgo o el daño son definidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). El primero de los términos señalados se refiere al «conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo», mientras que el riesgo laboral se define como la «posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo» y finalmente se considera daño el derivado del trabajo incluyendo las «enfermedades, patologías y lesiones sufridas con motivo y ocasión del trabajo»²⁸.

La responsabilidad de cumplir con tales mandatos preventivos, de minimización de los riesgos y evitación del daño corresponde, de forma objetiva y al margen de otros sujetos responsables, al empleador, dado que la Ley garantiza a los trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo -art. 14 LPRL-. En este sentido, el empleador puede actuar desde dos planos diferentes cuando se trata de prevenir y eliminar riesgos en la seguridad y salud derivado del consumo de sustancias psicoactivas. En primer lugar, en los casos en los que el trabajador presente una adicción necesitada de tratamiento y asistencia, deberá evitar que la esfera laboral pueda intervenir en perjuicio de tal circunstancia, en consideración de los mismos como trabajadores especialmente sensibles, dado que no existe medida específica alguna en relación a la prevención

²⁷ MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral*, op.cit., p. 57.

²⁸ Arts. 4 y 5 respectivamente de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

del consumo de drogas-incluyendo alcohol y tabaco- o de los efectos negativos de las mismas en el lugar de trabajo²⁹.

En virtud de lo dispuesto en el art. 25 LPRL, se consideran trabajadores especialmente sensibles aquellos que «*por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*»³⁰. Se trata de un concepto lo suficientemente amplio como para cobijar los supuestos aquí tratados, esto es, la adicción a sustancias como el alcohol, el tabaco y otras drogas en la medida en que, como se ha visto de la definición antes apuntada, constituye un estado biológico, que parte de la alteración del organismo ante la presencia de las mismas³¹.

En cambio, más difícilmente cabrá definir como tales quienes, en ocasiones, consumen drogas, beben alcohol o fuman cigarrillos de manera esporádica o no abusiva, por no encajar en el concepto de característica personal o estado biológico, salvo que de este último quepa advertir que en él no se precisa que dicho estado biológico sea estable, sino solo conocido, lo que podría permitir incluir como trabajador sensible a quien puntualmente se encuentra sometido a los efectos de una de estas sustancias, con las dificultades de gestión de la prevención que dicho reconocimiento pudiera desencadenar. La cuestión más delicada será, por tanto, aplicar medidas específicas y adecuadas en estos supuestos, habida cuenta de que el empleador no puede prever el consumo esporádico que pueda derivar en embriaguez, o cualquiera alteración significativa originada en el consumo de drogas, incluyendo el tabaco y dirimir si estaría obligado a llevarlas a cabo de forma preferente a la aplicación del poder sancionador.

En todo caso, la objetivización de la responsabilidad empresarial sobre la seguridad y salud de sus trabajadores no obsta al debido cumplimiento de los estándares preventivos impuestos por parte de estos, pudiéndose dar la circunstancia de que los mismos tiendan a olvidar medidas o a confiar en sus aptitudes aún bajo los efectos de alguna de estas drogas, lo que hace altamente necesaria la educación preventiva y sanitaria en la medida en que resultan

²⁹ Solo algunas normas en materia de prevención aplicables a sectores concretos, como la construcción, la minería o los buques de pesca, mencionan el derecho de los no fumadores a no recibir molestias por el humo del tabaco, mencionadas en, CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Incidencia de la prohibición del tabaco en la relación laboral". *Temas Laborales*, nº 83, 2006, p.30.

³⁰ Un estudio en profundidad sobre el particular en LÓPEZ AHUMADA, J.E., "Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral". *Anuario de la Facultad de Derecho*, Madrid, núm. 3, 2010.

³¹ GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, op.cit., consultado online.

especialmente relevantes aquellos riesgos derivados de su actitud³², que pueda afectar al propio entorno laboral y perjudicar a terceros.

Por otro lado, el empleador deberá evitar que las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral sean propensas al consumo de ciertas sustancias. Desde esta vertiente preventiva, en la que se trata de examinar cuáles son los riesgos que el trabajo puede producir sobre el consumo de tales sustancias, la clave se sitúa en averiguar si existen una o varias condiciones laborales que, al interactuar con el estado de la persona trabajadora, haga aumentar el riesgo de que este pueda sufrir un daño. En tal caso, el empleador deberá disponer de las medidas oportunas para reducir dicho riesgo, ya sean de tipo técnico u organizativo, inspiradas en los principios de la acción protectora vigentes en el art. 15 LPRL, en particular en lo referido a la adaptación del trabajo a la persona³³, así como la evaluación preceptiva de los riesgos para detectar en qué medida las condiciones de trabajo puedan estar potenciando el consumo de sustancias psicoactivas.

En suma, para tratar de evitar que la adicción a cualquiera de las sustancias mencionadas deriven en la aplicación de las normas sancionadoras vigentes en la empresa en la que presta servicios el trabajador, se proponen, desde diversas fuentes de análisis, una serie de medidas, recomendaciones y orientaciones en aras a prevenir, reducir y tratar los problemas que se relacionan con dicha práctica.

Desde el plano internacional, la OIT trabaja por elaborar propuestas para el mejor y más adecuado tratamiento de las adicciones en el entorno laboral, exhortando a poderes públicos e interlocutores sociales a procurar la mayor protección de las personas trabajadoras afectadas³⁴.

Precisamente, en el terreno de las políticas públicas, han proliferado actuaciones de prevención, atención sanitaria y recolocación social de las personas drogodependientes que parten de estrategias a nivel comunitario, dirigidas al objetivo de reducción de la demanda de drogas, en virtud de las cuales se persigue mediante una serie de instrumentos de igual importancia y que se refuerzan mutuamente, como son la prevención (ambiental, universal, selectiva e indicada), la detección e intervención tempranas, la orientación, el tratamiento, la rehabilitación y la reinserción social y el restablecimiento³⁵.

³² UGT, "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *op.cit.* p. 15.

³³ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., "La consideración de los «trabajadores especialmente sensibles» a determinados riesgos laborales como trabajadores discapacitados: supuestos y consecuencias". *Trabajo y Derecho*, nº 66, 2020, consultado online, p. 18.

³⁴ Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, 1996.

³⁵ Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga 2021-2025 (2021/C 102 I/01).

A nivel interno, España creó en el año 1985 un Plan Nacional sobre Drogas y una Delegación del Gobierno para dicho Plan, en cuyo marco se han elaborado Estrategias Nacionales sobre Drogas -término este último sustituido por el de Adicciones³⁶- cuya duración es de ocho años. La última de ellas permanecerá vigente entre los años 2017-2024. En lo que respecta al medio laboral, en dicha estrategia se propone intervenir en el lugar de trabajo con el fin de prevenir y reducir los factores de riesgo que contribuyen a la creación de adicciones, incidiendo en los llamados «factores de riesgo ambiental»³⁷. Además, siendo conscientes de que el tratamiento terapéutico no sirve por sí solo para procurar la efectiva recuperación de quienes presentan problemas de adicciones, se exige una intervención integral en relación a otros aspectos de la vida como el personal, el relacional, el educativo, el formativo o el laboral-haciendo hincapié en que no solo en este último debe procurarse la integración-, a través de servicios y programas que tengan en cuenta itinerarios individualizados³⁸. También destacan los planes de acción de las distintas Comunidades y ciudades autónomas que coinciden en identificar al entorno laboral como propicio para insertar medidas orientadas a la prevención de la drogodependencia³⁹.

A pesar de su incidencia en el universo laboral, como se ha manifestado de los datos ofrecidos por la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España, las adicciones a las diferentes sustancias mencionadas son consideradas escasamente desde la perspectiva de la salud laboral en las empresas. Generalmente se asocian a comportamientos voluntarios, responsabilizando indiscutiblemente a los propios trabajadores consumidores o dependientes, lo que aumenta el riesgo de segregación de los mismos, al serle

³⁶ Accesible en: <https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/home.htm>.

³⁷ UGT destaca este nuevo enfoque de la Estrategia Nacional sobre Drogas, basado en la prevención, en su informe elaborado por MOLINA NAVARRETE, C., MIÑARRO YANINI, M., GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Adicciones y negociación colectiva en sectores primarios (agricultura) y terciarios (seguridad privada): miradas preventivas". *Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC*, 2018, p. 7.

³⁸ Objetivo estratégico 10.1 de la Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024.

³⁹ Plan regional sobre adicciones de Murcia, 2021- 2026; Plan de Prevención de Adicciones de la Rioja 2018-2024; Plan de Adicciones de Extremadura 2018-2023; Plan de Drogas y Adicciones Comportamentales de Cataluña 2019-2023; III Plan de Prevención: Drogas y Adicciones de la Comunidad de Navarra 2018-2023; VII PLAN REGIONAL SOBRE DROGAS 2017-2021 de Castilla y León; III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones ,2016-2021;VII Plan sobre Adicciones Euskadi 2017-2021; Plan Regional de Castilla La Mancha de Drogodependencias y otras Adicciones, Horizonte 2018; Estrategia sobre drogas de Cantabria 2014-2018 II Plan sobre Drogas y Adicciones. Ciudad Autónoma de Melilla, 2014-2017; I Plan sobre Drogas y otras Conductas Adictivas de Ceuta 2012-2016; Plan sobre Drogas del Principado de Asturias 2010-2016; III Plan Estratégico de Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad Valenciana 2014-2015; Plan de Actuación en Drogodependencias y Adicciones de las Islas Baleares 2007-2011. Plan Estratégico 2006-2009 de la Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid.

plenamente aplicables todas las normas que amparan la ejecución del poder disciplinario, incluyendo el despido, como más adelante se verá.

Es frecuente que en el seno de las empresas la actividad preventiva vaya dirigida a la detección de consumo indebido que pueda afectar al desarrollo de la actividad laboral y al estado de salud del propio trabajador⁴⁰. En ocasiones, las mismas utilizan el recurso a los reconocimientos médicos usando la información obtenida reveladora de dicho consumo, para tomar decisiones drásticas pasando por la de no contratar hasta la extinción contractual. Tales mecanismos de control, sin embargo, están diseñados para advertir los factores de riesgo que el puesto de trabajo pudieran afectar al trabajador -art. 22.1 LPRL-, que han de ser contemplados en la evaluación de riesgos y ejecutados manera voluntaria, consentida y debidamente informada. De este modo, es preciso un acto expreso de información sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a la integridad o intimidad corporal de la persona trabajadora para no atentar a estos derechos constitucionalmente reconocidos. Así mismo, el reconocimiento médico podría conllevar la realización de pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, si conciernan al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad, como ocurre con el consumo habitual de drogas⁴¹. En efecto, ha reconocido el Tribunal Constitucional que el *«conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal»*⁴².

Excepcionalmente, los reconocimientos médicos pueden ser obligatorios. En primer lugar, cuando la realización de los mismos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. En segundo, para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Por último, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad⁴³. Es en el segundo de los supuestos mencionados, donde podría tener cabida la realización de test de drogas o alcohol en casos sospechosos,

⁴⁰ Destaca esta doble vertiente de la vigilancia de la salud en el ámbito laboral, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: "El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 6, 2000, p. 581.

⁴¹ STC 196/2004 de 15 noviembre (RTC 2004\196), FJ 9.

⁴² STC 207/1996 de 16 diciembre (RTC 1996\207), FJ 3.

⁴³ Un análisis de tales excepciones en PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.), *Memento práctico de prevención de riesgos laborales 2022-2023*. Francis Lefebvre, Madrid, 2021, pp. 293-298.

situación en la que se antepone el derecho colectivo a la protección de la salud, al propio derecho del trabajador afectado a preservar su intimidad⁴⁴, siempre que se trate de una prueba proporcionada por advertirse factores objetivos o indicios racionales de la peligrosidad o riesgo de la conducta sobre la persona del trabajador o sus compañeros y no existieran opciones alternativas de menor impacto y sea indispensable⁴⁵.

Pero al margen de los supuestos anteriores, el empresario tiene derecho a conocer los resultados de las pruebas médicas efectuadas, en cuanto tengan que ver con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que pueda desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva. Por tanto, tales medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deben llevarse a cabo respetando los derechos fundamentales al derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador así como la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud⁴⁶. Lo anterior se traduce en la innecesaridad de averiguar datos relacionados con el consumo momentáneo de sustancias si de ello no deriva un riesgo para el propio trabajador o para el entorno laboral en la medida en que solo se prevé la vigilancia del estado de salud del trabajador para verificar si este «*puede constituir un peligro para los demás trabajadores o para personas relacionadas con la empresa*», tal y como señala la norma legal.

4.2. Perspectiva sancionadora

Desde otro ángulo, la dependencia al alcohol y a otras drogas, como ya se ha mencionado, puede desencadenar incumplimientos laborales cuando el consumo se produce o afecta a la actividad laboral. Constituye el plano sancionador, precisamente, el ámbito en el que de forma más clara se evidencia la toma en consideración de tales situaciones problemáticas en la legislación laboral⁴⁷.

⁴⁴ TALENS VISCONTI, E.E., "La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto su intimidad en el supuesto de consumo de drogas". *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 2, nº 38, p. 184.

⁴⁵ STC 196/2004 de 15 noviembre (RTC 2004\196).

⁴⁶ De lo que se deduce que los resultados no pueden ser facilitados por el personal médico a terceras personas, ni siquiera al empresario, en su totalidad, sin consentimiento del trabajador, GOÑI SEIN, J.L., "Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador", MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., (Dir.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. Edisafer, Madrid, 2009, p. 61.

⁴⁷ Lamenta que sea la sancionadora la línea en la que el legislador estatal se centra para solventar el problema del consumo de sustancias psicoactivas en el trabajo, poniendo en valor algunas iniciativas autonómicas, MIÑARRO YANINI, M., "El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España, contradicciones y propuestas de cambio". *Temas Laborales*, nº 134, 2016, pp. 111-112 y 124-122.

Son los convenios colectivos los encargados de tipificar las sanciones imponibles frente a incumplimientos contractuales derivados del uso de cualquier tipo de drogas, que irán desde las más leves hasta las más graves -art. 58ET-. No obstante, el legislador prevé que en supuestos de embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo, se puede acudir al despido disciplinario en aplicación del 54.2 f) ET. En suma, la drogodependencia, en tanto resida en la base de tales incumplimientos, constituye la única enfermedad que contempla la norma como justificativa de un despido, a pesar de no ser la única enfermedad que puede repercutir negativamente en el trabajo⁴⁸, sobre las que no se propone la misma solución. En cambio, poco común resulta admitir que la vía idónea para la extinción del contrato en supuestos de consumo patológico de alcohol o drogas que conlleven repercusiones negativas en el trabajo podría ser la ineptitud sobrevenida recogida en el art. 52. a) ET⁴⁹.

Como bien se aprecia del precepto mencionado, se trata en realidad de la configuración de dos supuestos de incumplimiento diferenciados en virtud de la sustancia consumida. En primer lugar, la embriaguez⁵⁰, ya definida como causa de despido desde 1941⁵¹, ha de ser habitual así como repercutir negativamente sobre el trabajo -siendo este último requisito la única novedad prevista en el ET con respecto a lo que establecía la norma citada y recogían las posteriores a ella-, requisitos exigidos de forma acumulativa. Sobre la habitualidad, esta se refiere a la continuidad o asiduidad, excluyendo episodios de embriaguez esporádicos o puntuales⁵², salvo en casos excepcionales, en los que nos será requisito exigible, cuando las propias características de las funciones a realizar implican una

⁴⁸ Así lo pone de manifiesto el Informe de la Ponencia sobre Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. 573/000003 (S) "Claves para el Futuro", elaborado en el seno de la Comisión Mixta para el Estudio del Problema de las Drogas del Senado. Boletín Oficial de las Cortes Generales 31 de mayo de 2011, nº 432, p. 35.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo-asistencial)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 35, 2013, p. 56.

⁵⁰ Definida por la RAE como «trastorno temporal de las capacidades físicas y mentales a causa del consumo excesivo de alcohol o de algún tipo de narcótico».

⁵¹ Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modifica el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931. Posteriormente recogido en el Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo y en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, [art. 77 h) y art. 33 g), respectivamente]. Sobre la evolución legal histórica de la misma, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo asistencial)", *op.cit.*, p. 32.

⁵² Admitida la enmienda nº 98 de Coalición Democrática al texto estatutario que en su texto originario no hacía hincapié en dicha reiteración de la conducta sancionable. Recogido en SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., (Dir.): *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores, T. II, Zaragoza*. IES, 1981, p. 477.

conducta de tal gravedad que es merecedora de la máxima sanción a pesar de la inexistencia del hábito siempre que se evidencie «*claramente la repercusión negativa que tal conducta tuvo en el trabajo por ser ésta una consecuencia lógica de aquel estado*»⁵³. Por otro lado, ha de tener efectos negativos en la empresa de tipo material, productivo, en el ambiente de trabajo o sobre la imagen de la empresa, tanto si el consumo se produce durante la jornada laboral, como si se produce fuera de la misma⁵⁴.

Dentro del concepto de embriaguez, descansan, por tanto, dos alternativas: o bien la misma es fruto de un consumo ocasional que aparece en momentos puntuales o esporádicos, aunque continuados, o bien se refiere a un consumo habitual y abusivo que proviene de personas que ya han desarrollado el trastorno o adicción⁵⁵. En cualquier caso, el precepto no distingue entre el origen de la embriaguez, pudiendo ser sancionado en cualquiera de las circunstancias concurrentes.

La toxicomanía, en cambio, aparece en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 como consecuencia del aumento significativo del consumo de drogas y la relevancia social que alcanzó esta circunstancia en aquella época⁵⁶. La misma se define como el «*hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor*»⁵⁷, lo que implica necesariamente la habitualidad y no el mero consumo⁵⁸. También en este supuesto, se han de manifestar consecuencias negativas en la empresa como las anteriormente mencionadas.

En ambos escenarios -el de la embriaguez y toxicomanía- se deben proporcionar por la empresa los suficientes elementos de juicio objetivos para que el despido sea procedente, lo que puede incluir testimonios de otros compañeros o terceros ajenos a la empresa, o el resultado médico que evidencie el consumo, control que, como se ha advertido, debe ser consentido. Las dificultades probatorias de la alegación de esta causa de despido conduce a que, en la práctica, sea frecuente acudir a otras causas de despido disciplinario, en particular, a la

⁵³ STS de 29 mayo 1986 (RJ 1986\2748), FJ 2.

⁵⁴ CISCART BEA, N., *El despido por embriaguez y toxicomanía*. Bosch, Barcelona, 1998. p. 58.

⁵⁵ GOÑI SEIN, J.L., "Embriaguez del trabajador", BAYLOS GRAU, A.P., (Coord.) *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 832.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivoasistencial)", *op.cit.*, p. 33.

⁵⁷ Según la definición ofrecida por la Real Academia Española de la Lengua.

⁵⁸ Un estudio jurisprudencial sobre esta cuestión en PÍREZ LEDESMA, A., "Dependencias: entre la enfermedad y el despido disciplinario". *Revista Trabajo y Derecho*, nº 37, 2018.

transgresión de la buena fe contractual o indisciplina o desobediencia indicados en las letras b y d del mismo precepto estatutario⁵⁹.

Las conductas, en todo caso, deben ser graves y culpables, esto es, han de provenir de la voluntad del sujeto de incumplir el pacto contractual, siendo conocedor de las consecuencias que derivan del consumo habitual de tales sustancias. En este punto se plantea el mayor de los interrogantes, esto es, la valoración del criterio de la culpabilidad exigida por la conducta tipificada, lo que incluye no solo aquellos comportamientos dolosos o intencionados, sino también aquellas conductas culposas y negligentes, siempre que las mismas sean graves e inexcusables⁶⁰. La doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que, en efecto, el trabajador es plenamente consciente de sus actos en el momento en el que consume a sabiendas de la actividad laboral que ha de desarrollar, a pesar de que de ello derive una adicción⁶¹; otros consideran que precisamente no se contempla el requisito de la culpabilidad en los casos de personas trabajadoras con problemas de adicción⁶², por lo que sí se advertirá esta cuando el sujeto consume de forma habitual, pero no resulta dependiente de la sustancia en cuestión. En nuestra opinión, no parece tener cabida en la persecución de los fines tuitivos del ordenamiento jurídico laboral que la propia actitud de la persona dependiente sea suficiente y determinante para atender y reducir este asunto problemático a la facultad sancionadora⁶³. Por tales razones, se defiende la falta de sentido del mantenimiento de la letra f del art. 54.2 ET, salvo si lo que se sanciona es en sí mismo el comportamiento desleal o incorrecto y las consecuencias que de ello

⁵⁹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, A., "Aproximación al abuso de sustancias en el lugar de trabajo en los Estados Unidos y en España: comparación de ambos sistemas". *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, p.267. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21457>).

⁶⁰ Entre otras, cita la STS de 14 febrero 1990 (RJ 1990\1086), POQUET CATALÁ, R., "Doctrina consolidada: el consumo aislado de drogas se incardina en el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y no por toxicomanía (A propósito de la STSJ Castilla y León, de 1 de octubre de 2018, rec. núm. 1371/2018)". *Derecho de las relaciones laborales*, nº 8, 2019, p. 841.

⁶¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *El poder disciplinario y la negociación colectiva*. Comares, Granada, 2008, p. 146.

⁶² FITA ORTEGA, F., "La relación laboral y el consumo de alcohol o sustancias, tóxicas: en torno a la conveniencia de suprimir la embriaguez habitual o toxicomanía como causa autónoma de despido disciplinario", PÉREZ AMORÓS, F., (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo*. Bomarzo, Albacete 2001, pp. 173 y 180. MIÑARRO YANINI, M., "El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España, contradicciones y propuestas de cambio", *op.cit.*, p. 114. POQUET CATALÁ, R., "Doctrina consolidada: el consumo aislado de drogas se incardina en el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y no por toxicomanía (A propósito de la STSJ Castilla y León, de 1 de octubre de 2018, rec. núm. 1371/2018)", *op.cit.*, p. 843. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, A., "Aproximación al abuso de sustancias en el lugar de trabajo en los Estados Unidos y en España: comparación de ambos sistemas", *op.cit.*, p. 269.

⁶³ En particular, sobre el alcohol, POQUET CATALÁ, R., "¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº 2, 2017, p. 20.

derivan, como casuística particular y diferenciada de las más genéricas transgresión de la buena fe contractual, indisciplina o desobediencia, pues de valorarse como efecto negativo el mero consumo, el propio precepto podría atentar contra el principio de igualdad⁶⁴. Adviértase que incluso las restantes causas de despido disciplinario podrían ser aplicables cuando ellas derivan de la embriaguez o toxicomanía -retrasos o faltas injustificadas, ofensas verbales o físicas a compañeros o al empleador o la bajada de rendimiento-.

En el precepto citado no se contempla la dependencia y el comportamiento que puede suponer el consumo -o ausencia del mismo- del tabaco. La explicación puede residir en que no existe parangón en la legislación anterior, siendo en todos los tiempos la droga más socialmente aceptada, a pesar de que del exceso de consumo o síndrome de abstinencia devienen importantes consecuencias negativas, que pudieran afectar trabajo y a su entorno. Nos preguntamos, por tanto, si podrá constituir el tabaquismo o el mero consumo de tabaco causa de despido disciplinario. La respuesta ha de ser afirmativa. En primer lugar, podría ser subsumido en la toxicomanía, por ser el tabaco un tipo de droga. Pero además, del mismo modo, pudiera constituir un motivo de despido por las demás causas mencionadas por el art. 54 ET si atendemos a que tal consumo puede constituir una conducta incumplidora de efectos graves que pudiera transgredir la buena fe contractual o ser consecuencia de la desobediencia o indisciplina en el trabajo -por ejemplo, por incumplir las órdenes de no fumar-⁶⁵, consecuencia de lo cual se produzca una bajada de rendimiento, faltas o retrasos injustificados, e incluso que la alteración en el organismo debido de su abstinencia sean la causa de ofensas verbales o físicas hacia compañeros o el propio empleador.

En última instancia, incluso el tabaco podría ser fuente de despido disciplinario precisamente de quienes no lo consumen. Pensemos en aquel trabajador, no fumador, que se negara a prestar sus servicios en áreas en las que la clientela o los propios compañeros pudieran fumar. A menos que su comportamiento estuviera fundando a su derecho de resistencia frente a órdenes del empresario que atenten a su seguridad y salud, lo que ha de ser justificado en base a un riesgo grave e inminente y no parece que en este supuesto tenga cabida⁶⁶, podría ser motivo de despido disciplinario por indisciplina o desobediencia, lo que eclosiona con el derecho del trabajador a prestar servicios en

⁶⁴ PÉREZ AMORÓS, F., *La guía del trabajador*. Primera Plana, Barcelona 1993, p. 115.

⁶⁵ Lo que podría venir acompañado de una sanción administrativa por falta leve, art. 19.2 a) Ley 28/2005 de 26 de diciembre, al tiempo que el empresario incurriría en una falta grave si permitiera fumar en los lugares en que exista prohibición total, como es el centro de trabajo cerrado, art. 19.3 b) del mismo texto legal.

⁶⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Incidencia de la prohibición del tabaco en la relación laboral", *op.cit.*, p. 25.

condiciones libre de riesgos, suponiendo la inhalación de humo de tabaco, uno evidente.

Sea cual sea la posición aceptada y la causa de despido alegada, la jurisprudencia ha ido desarrollando la teoría gradualista o de la proporcionalidad que exige al empresario realizar un análisis *«individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción»*⁶⁷. Se trata, en consecuencia, de una medida que será adecuada en tanto se justifique en base a la gravedad de la conducta, lo que podría resultar desproporcionado cuando no viene precedido de sanciones previas tales como apercibimientos o suspensiones de empleo y sueldo o ante la negativa de no ofrecer al trabajador adicto una alternativa para su recuperación, adaptación o cambio de puesto cuando así lo disponga el convenio colectivo aplicable.

4.3. Análisis de la cuestión desde la perspectiva del principio de no discriminación

Analizadas las dos perspectivas de actuación del Derecho laboral frente al tratamiento de adicciones en el trabajo, podemos plantear si es exigible reconocer la preponderancia de la aplicación de la solución preventiva en lugar de la sancionadora, no ya solo en virtud de la declaración genérica de la LPRL según la cual se debe atacar frente a cualquier riesgo laboral y proteger al empleado adaptando el trabajo a sus circunstancias personales, sino en aras al cumplimiento de los principios de dignidad personal e igualdad y no discriminación. Lo anterior se materializaría en la prohibición de fijar condiciones diferenciadas entre trabajadores adictos y los que no lo son, exigiría el restablecimiento de las mismas cuando se constatará dicha diferencia de trato -incluida la readmisión en caso de despido-, por tratarse de una actuación nula de pleno derecho e incluso admitiría las medidas de acción positiva para la integración de quienes se encuentren en ese colectivo. Junto a los anteriores, otros derechos fundamentales podrían verse conculcados cuando se trata de evaluar la capacidad de un trabajador que consume drogas, alcohol o tabaco, como son el derecho a la integridad física y/o moral -art. 15 de la Constitución Española (CE en adelante)-, en la medida en que se exijan controles de salud desproporcionados; a la intimidad -art. 18.1 CE-, cuando de los anteriores o de la realización de cualquier otra pesquisa cuya finalidad sea otra, se detecte tal consumo; o incluso de la propia imagen -art. 18.1 CE-, al poder ser inadmitido o rechazado del puesto de trabajo una persona por el olor a tabaco o a alcohol que desprende, el tono amarillento en dientes o manos, o

⁶⁷ STS de 2 abril 1992 (RJ 1992\2590), FJ2. Más recientemente, STS 178/2021 de 10 febrero (RJ 2021\689), FJ 1.

simplemente la exteriorización del hecho de fumar, beber o consumir alguna sustancia.

Pero al margen de estos últimos, la Constitución española, en su artículo 14, consagra los principios de igualdad y no discriminación, como derechos independientes aun interconectados entre si. Mientras que son los poderes públicos quienes están vinculados únicamente al primero de ellos, la prohibición de discriminar afecta a todos los ciudadanos y se aplica, por tanto, a las relaciones entre particulares. Son motivos de discriminación los recogidos en dicho precepto, a saber, el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión, así como *«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*. Entre las anteriores, no se advierte de forma expresa ni la adicción a sustancias psicoactivas, en particular, ni la enfermedad, en general, como en ninguna otra norma del ordenamiento jurídico⁶⁸, lo que nos lleva a cuestionarnos sobre su admisibilidad dentro de la cláusula amplia relativa a otras condiciones o circunstancias personales o sociales con la que cierra el precepto.

Precisamente, gracias a dicha cláusula de cierre del art. 14 CE, se han ido incorporando otros motivos de discriminación como la edad o la discapacidad, que hoy quedan plenamente garantizados por el ordenamiento jurídico⁶⁹. No obstante, tal y como ha sentenciado el Tribunal Constitucional *«esta cláusula genérica no puede interpretarse de tal manera que determine que todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, pueda entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación, pues en tal caso esta prohibición se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta»*.

Por consiguiente, igualdad y discriminación son dos derechos con entidad propia. En palabras del Alto Tribunal *«lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un*

⁶⁸ En el ámbito específicamente laboral, no se mencionan ni en el art. 4.2 c) ni en el art. 17.1 ET. No obstante, se prevé su incorporación al ordenamiento laboral como causa de discriminación en el art. 2 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 25 de enero de 2021 y que aún se encuentra en fase parlamentaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de enero de 2021, nº 146-1. Además, especifica el precepto que la misma no podrán *«amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública»*.

⁶⁹ Incorporadas al art. 17 ET junto con otras como ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes»⁷⁰.

En atención a dicha interpretación, cabe plantear que las personas adictas a una sustancia psicoactiva constituyen un colectivo caracterizado por dicha circunstancia biológica -como antes se defendió para considerarlos trabajadores especialmente sensibles desde el prisma de la prevención- entre cuyas señas de identidad se sitúan las de ser un grupo de población postergado o segregado social y laboralmente. Nos cuestionamos, en definitiva, si las adicciones pudieran ser valoradas o bien, como causa de discriminación autónoma, o como enfermedad, de consentir que en ambos casos puedan ser tenidas en cuenta como factores de segregación y exclusión social. En última instancia, se evaluará si la adicción resulta subsumible en el concepto de discapacidad, esta sí reconocida como causa de discriminación plenamente protegida por nuestro ordenamiento. En cualquiera de los supuestos, la prohibición de discriminar a tales sujetos supondría, naturalmente, la proscripción de toda diferencia de trato basada en dicha causa discriminatoria, tanto en la fase previa a la contratación, durante el curso de la relación laboral y el cese de la misma.

En cuanto al acceso al mercado laboral, se constata la dificultad para la inserción de las personas con trastornos por el uso y el abuso de sustancias psicoactivas⁷¹. A veces, la negativa a contratar a estos trabajadores parte de la visión o estereotipo que sobrevuela sobre quienes consumen abundantemente este tipo de sustancias y acerca de las repercusiones que ello desencadenará tanto en el ambiente de trabajo como en la productividad, en el plano operativo y también desde la perspectiva de la imagen exterior de la empresa⁷², habida cuenta de que muchos puestos de trabajo implican que las personas trabajadoras deben adecuarse a lo que la empresa pretende visibilizar⁷³.

La discriminación en el acceso al empleo en estos supuestos podría tener origen en la detección de alguna sustancia en un control previo de la salud, habida cuenta de 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»* -art. 22.4 LPRL-. Si el reconocimiento médico previo a la contratación permitiera excluir al candidato por el mero hecho del consumo⁷⁴, estaría siendo utilizado como elemento

⁷⁰ STC 36/2011 de 28 marzo (RTC 2011\36), FJ 5.

⁷¹ Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024. Ministerio de Sanidad, consumo y bienestar social, aprobado en Consejo de Ministros el 9 de febrero de 2018, p. 20.

⁷² MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral*, op.cit., pp. 61-64.

⁷³ CALVO GALLEGO, F.J., *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a la práctica en las empresas españolas*. Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 48 y ss.

⁷⁴ No en cambio, si se asienta en una justificación objetiva y razonable, que disipe cualquier apariencia de discriminación, si de ello deriva la calificación de apto para un empleo o para (...)

discriminatorio en dicho proceso de selección por varias razones. La primera es que dicha medida se dispone como un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, por tanto, una vez empleado; segundo porque ha de llevarse a cabo de forma voluntaria -a menos que pudiera ser exigible en aplicación de lo dispuesto en la normativa vigente⁷⁵-; y tercero y más evidente, porque la decisión de no contratar conculcaría el precepto por cuanto a que solo se basaría en la propia causa discriminatoria en aras a excluir a alguien de la contratación, pues de los resultados no se puede aseverar que el consumo resultante de la prueba practicada implique la carencia de aptitudes psicofísicas para realizar la prestación, ni permite poner en práctica la alternativa que brinda el precepto de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, constituyendo la vigilancia de la salud un fin preventivo, no selectivo⁷⁶.

Si del consumo de drogas o alcohol se derivan efectos evidentes sobre la capacidad y concentración del individuo, que puedan poner en peligro la actividad productiva, del tabaco no parece que puedan extraerse las mismas conclusiones, pues en este caso los cambios de comportamiento provendrán, por el contrario, del no consumo cuando ya causa dependencia. No obstante, al empleador puede no interesar contratar a un trabajador que fuma, en tanto que podría desatender su profesión para ir a fumar, a pesar de encontrarse en un establecimiento cerrado, en el que en virtud de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, resulta prohibido, salvo en zonas al aire libre o en los supuestos habilitados al efecto en lugares como bares, hoteles, teatros, aeropuertos, etc.⁷⁷; o incluso cuando el empresario no permite las pausas para ello, lo que podría generar estrés y ansiedad que repercutan negativamente sobre el rendimiento del trabajador.

La cuestión será, de nuevo, evaluar si no contratar a un trabajador por ser fumador puede ser objeto de discriminación proscrita. En los preceptos del ordenamiento jurídico que contempla la prohibición de discriminación no se

continuar en el mismo. Vid. jurisprudencia sobre esta cuestión en CARDENAL CARO, M., HIERRO HIERRO, F.J., *Efectos del alcohol y otras drogas en el entorno laboral: lectura a través de los tribunales*. Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 22-23.

⁷⁵ "Guía básica y General de orientación de la vigilancia de la salud para la prevención de riesgos laborales". Ministerio de Sanidad, 2019, p. 29. Accesible en: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/guiavigisalud.pdf>

⁷⁶ PÉREZ CAPITÁN, L. (Coord.), *Memento práctico de prevención de riesgos laborales 2022-2023*, op.cit. p. 305.

⁷⁷ Arts. 7 a) y 8 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. La norma se adapta a lo prescrito en el art. 8 del Convenio Marco de la OMS, para el Control del Tabaco, adoptado en 2003 y ratificado por España el 11 de enero de 2005, en el que se exhorta a los Estados a tomar «medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores». Accesible en: https://www.who.int/fctc/text_download/es/.

incluye el tabaquismo entre los colectivos protegidos⁷⁸. Tampoco se contempla como tal por parte de la Unión Europea, que se ha manifestado por medio de su Comisión sobre la inidoneidad del tabaquismo como motivo de discriminación protegido por el Derecho comunitario⁷⁹.

Por tanto, ni en relación a la fijación de la condición de no ser fumador para acceder al empleo, ni el establecimiento de condiciones restrictivas en cuanto al consumo de tabaco en horas y lugar de trabajo, parece poder defenderse como causa de discriminación en aplicación de la normativa y jurisprudencia vigentes. En efecto, la condición de fumador no se encuentra recogida en ninguno de los textos que sancionan la prohibición de discriminación y la jurisprudencia no considera contrario a los derechos fundamentales a la integridad ni a la intimidad la prohibición radical de un empresario de fumar en lugar de trabajo, por ser la finalidad de la norma que se aplica la de proteger de los fumadores, frente a su libertad de fumar, como fin último para erradicar el hábito del tabaquismo, así como dar cumplimiento a reglas preventivas que exigen velar por la salud de sus empleados⁸⁰. Aplicando esta doctrina de forma teleológica a la cuestión que aquí se plantea, deberemos concluir que no constituirá discriminación el establecimiento de este tipo de prohibiciones, amparadas en la normativa vigente y en principios superiores del ordenamiento jurídico como es el de la seguridad y salud de las personas -vg. trabajadoras-. Nada obstaría a defender a lo contrario si se produjese un cambio legislativo y/o jurisprudencial, lo que no resulta inimaginable en la medida en que ya el propio Gobierno español, al ser interpelado en el Congreso sobre la posibilidad de introducir trabas en el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo por la condición de fumador en el contexto de la aprobación de la Ley 28/2005, declaró de forma tajante que lo anterior sería constitutivo de discriminación en conexión con el respeto a la intimidad del mismo y a la consideración debida a su dignidad⁸¹.

⁷⁸ En este sentido, CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Incidencia de la prohibición del tabaco en la relación laboral", *op.cit.*, p. 19.

⁷⁹ Sobre el tabaquismo aseguraba de manera expresa la portavoz de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea en 2006, que no es una causa de discriminación laboral prohibida como la orientación sexual, la edad o la raza dado que la discriminación a los fumadores no cae bajo la jurisdicción comunitaria. Estas declaraciones provinieron de una pregunta de una europarlamentaria de Dublín sobre si una legislación nacional podría permitir que el empleador se niegue a contratar a personas porque sean fumadoras, pidiendo expresamente la abstención de fumadores de participar en la oferta de empleo. Fuentes: <https://www.ft.com/content/0f887cde-23df-11db-ae89-0000779e2340>; <https://www.abc.es/salud/sanidad/abci-niega-apoye-discriminacion-laboral-fumadores-insiste-este-tema-no-bajo-jurisdiccion-200608080300->.

⁸⁰ STSJ Cantabria 806/2017 de 13 noviembre (AS\2018\49), FJ 2.

⁸¹ Pregunta 184/094469. Realizada por: Campuzano i Canadés, Carles (GC-CiU). Control de la acción del Gobierno, preguntas para respuesta escrita. Boletín oficial de las Cortes Generales Serie D, nº 503, de 13 de febrero de 2007.

Sensu contrario, aquellas medidas que se predispongan para el disfrute de los trabajadores fumadores, no serán discriminatorias para el resto, como es la entrega de una cantidad de tabaco para su consumo, si bien, de ser sustituida dicha entrega por una compensación económica, se deberá conceder a todos los trabajadores, sin necesidad de acreditar si era fumador de ese tabaco y su nivel de consumo. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en una serie de sentencias que versan sobre el mismo particular⁸², atendiendo a que la supresión de la entrega de tabaco era un derecho del que disponían todos los trabajadores de ejercicio voluntario, constituyendo esta una pérdida de un derecho que podían ejercitar y que ya no se podría realizar más.

Por otro lado, se ha de analizar la virtualidad de concebir las adicciones como elemento discriminatorio a los efectos de la imposición de sanciones previstas en el convenio colectivo aplicable y, en última instancia, del despido disciplinario previsto en el art. 54.2 letra f). Analizando la capacidad para discriminar del despido disciplinario, uno de los elementos a tener en cuenta para que se considere válido, es la culpabilidad que tiene origen en el propio acto de voluntad que implica el consumir estas sustancias. En diferentes ocasiones se ha considerado por la jurisprudencia que precisamente la embriaguez del trabajador no puede ser admitida como atenuante⁸³, aunque en alguna sentencia así se haya concluido⁸⁴. Más bien al contrario, en algunos casos se considera un elemento que agrava la culpabilidad, especialmente en determinados entornos profesionales, dado que se trata de una conducta en si misma grave, que parte de la propia voluntad inicial de la persona trabajadora. Por tanto, resulta «ajeno, tanto a la norma legal como a la jurisprudencia, el origen patológico o no de la conducta sancionable»⁸⁵. En este aspecto, la única vía para evitar la aplicación de tan importantes consecuencias indistintas tanto si se es adicto como si no, sería que el trabajador

⁸² En los supuestos de hecho resueltos por sendas sentencias del TS, la empresa TABACALERA, S.A., que se escindió en la actual ALTADIS, S.A. (producción) y LOGISTA, S.A. (distribución), proporcionaba a sus trabajadores «tabaco de regalia o promocional» y «tabaco de fuma» para su consumo durante la jornada laboral. En relación con ALTADIS, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2008 (RJ 2008, 3484), declara el derecho «de todos los trabajadores activos, pasivos y prejubilados de la empresa Altadis a que ésta les abone mensualmente una compensación en metálico del tabaco cuya entrega queda suprimida equivalente al importe del coste de fabricación más el correspondiente impuesto» y ello sin necesidad de que «el trabajador acredite que era fumador». Con respecto a la empresa Logista dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1900) con fundamentación y contenido prácticamente idénticos. A las mismas siguieron otras como las SSTs de 5 febrero 2013 (RJ\2013\3369), de 24 octubre 2013 (RJ 2013\7488), de 16 octubre 2013 (RJ 2013\7242), o de e 26 diciembre 2013 (RJ 2013\8418).

⁸³ STS 11 junio 1984 (RJ 1984\3311), considerando 1.

⁸⁴ «Como consecuencia de la alteración de los elementos intelectual y volitivo, que impide pueda hablarse de la existencia de un supuesto de abierta y palmaria voluntad de incumplimiento de las legítimas decisiones empresariales». STSJ Castilla y León de 28 marzo 2000 (AS 2000\1447), FJ 4.

⁸⁵ STSJ Aragón 264/2001 de 12 marzo (JUR 2001\151966), FJ 3.

que conozca su situación de dependencia, lo ponga en conocimiento de su empleador a efectos de que pueda aplicar, en su caso, programas preventivos, o incluso ponerse en manos de los servicios públicos de salud, previa correspondiente incapacidad temporal.

La cuestión sería clara si lo que se valorara a efectos de imponer la medida extintiva fuera la mera existencia de embriaguez⁸⁶, toxicomanía o tabaquismo, dejando al margen la gravedad de la conducta y sus efectos negativos, pues de este modo el precepto podría incurrir no ya en discriminación, sino en un atentado a la igualdad que no encuentra más justificación en el propio consumo, por lo que debería ser eliminado⁸⁷. No obstante, cabe plantearse la idoneidad de su mantenimiento, habida cuenta de que en cualquier caso, lo relevante a efectos de despido es que el trabajador en tal condición etílica o derivada del consumo de otras drogas exteriorice un comportamiento culpable y del que deriven consecuencias negativas para la empresa, aunque como antes se advirtiera, bien pudiera reconvenirse en el resto de causas de despido disciplinario y, de este modo, se evitaría toda sospecha de encubrir que en realidad se trate de un castigo al mero consumo de sustancias. De hecho, la propia jurisprudencia nunca se ha pronunciado sobre la naturaleza de esta causa de despido. En alguna sentencia se ha considerado como «*un defecto de conducta derivado de la conculcación de los mínimos deberes de convivencia y comportamiento decoroso dentro de la empresa*»⁸⁸, elementos que podrían justificar un despido por desobediencia, indisciplina o transgresión de la buena fe, como ocurriría cuando el trabajador actuase de forma contraria a la imagen de la empresa, a modo de ejemplo, por no vestir de forma adecuada, por hablar en determinado lenguaje malsonante, o incluso no acudir debidamente aseado de forma repetida.

Volviendo a la cuestión planteada desde el inicio, resulta evidente que el consumo de drogas, incluyendo alcohol y tabaco, provoca la estigmatización de los afectados⁸⁹, siendo importante la marca negativa que propicia el ser percibido

⁸⁶ Lo que está en el origen de esta causa de despido disciplinario, en la medida en que desde la norma de 1941, hasta la que regulaba las relaciones de trabajo de 1977 se limitaban a recoger como causa de despido «*la embriaguez, cuando sea habitual*».

⁸⁷ En estos términos, de supresión de la letra f del apartado 2 del art. 54 se manifestaba la Proposición de Ley presentada al Congreso por el Grupo Parlamentario Popular, Boletín Oficial de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados- de 6 de octubre de 2000.

⁸⁸ Entre otras, STSJ Andalucía 1061/2000 de 9 junio (AS\2000\3501), FJ 2; STSJ del País Vasco, de 14 febrero 2006 (AS\2006\1421), FJ 3.

⁸⁹ Destacan la propuesta de reducción del estigma de la drogodependencia en la Estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2021-2025 (2021/C 102 I/01). Prioridad estratégica 6.4 o el informe "Estigma, consumo de drogas y adicciones Conceptos, implicaciones y recomendaciones", elaborado por la Red Iberoamericana de Organizaciones No Gubernamentales que trabajan en Drogas y adicciones ha publicado su estudio (RIOD), 2019. Accesible en: <https://riod.org/publicacion-estigma/>.

como consumidor habitual de este tipo de sustancias en más de lo que se considera el consumo social tolerable. Es precisamente ese consumo habitual el hecho diferencial con el resto de personas y donde se situaría el rasgo caracterizador de este colectivo y lo que los hace marginables⁹⁰. Por el momento, como antes se advirtió, la adicción, la drogodependencia, el alcoholismo o el tabaquismo no están reconocidos como causas de discriminación, como tampoco lo están, en términos generales, las enfermedades. Por tanto, aún admitiendo que el despido disciplinario tenga como único objetivo deshacerse de un trabajador enfermo, lo común será la declaración judicial de improcedencia⁹¹, a menos que la propia enfermedad- en este caso, la drogodependencia, alcoholismo o tabaquismo- hubiera sido tomada como elemento de segregación o estigmatización del trabajador implicado, en tanto que la enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, «*constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE , encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo*»⁹². Es, en definitiva, este elemento segregador el que deberá ser evaluado ante la existencia de un despido fundamentado en la embriaguez o toxicomanía o el tabaquismo. No es esta la línea que vienen siguiendo los tribunales.

De los años 60 data un pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que, modificando su doctrina precedente en virtud de la cual el alcoholismo, entendido como enfermedad, no justificaba el despido, comienza a contemplar como equiparables los conceptos de embriaguez y alcoholismo, entendiendo que esta última expresión no se encuentra aludida en el texto legal pero que resulta cercana al concepto de embriaguez, integrado también por un componente patológico. Desde entonces, ambos términos se han usado jurídicamente y jurisprudencialmente como similares y, por tanto, subsumibles en la causa de despido aludida⁹³, de suerte que el alcoholismo se eleva como causa justificativa

⁹⁰ En este sentido, RUBIO ARRIBAS, F.J., "Proceso de construcción de un estigma: la exclusión social de la drogadicción". *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, nº4, 2001, pp. 1 y 3.

⁹¹ "Partimos de una jurisprudencia que en asuntos que versan sobre la declaración de nulidad o de improcedencia de un despido efectuado en situación de incapacidad temporal, por tanto, derivado de una enfermedad, se decanta por la segunda de las opciones, al no ser considerada la enfermedad como un factor discriminatorio en el sentido estricto desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, salvo si se puede apreciar el elemento de segregación". Por todas, STS de 22 septiembre 2008 (RJ 2008\5533). Un recorrido jurisprudencial sobre la materia en POQUET CATALÁ, R., "¿Es válido el despido efectuado a un trabajador que padece alcoholismo?", *op.cit.*, pp. 6-13.

⁹² STC 62/2008 de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008\62) FJ 6.

⁹³ Solución que tiene su arranque en una relevante Sentencia de la Sala de lo Social de dicho Tribunal de 3 junio 1963 (RJ 1963\2655), lo que vino a modificar el criterio jurisprudencial seguido hasta el momento.

del despido disciplinario del trabajador, siempre que de ello derive una repercusión negativa en la empresa, equiparando netamente ambos supuestos⁹⁴.

Por otro lado, el Tribunal Supremo considera, cuando se trata de aplicar el art. 54.2 f) por toxicomanía, que no se puede admitir la tesis de la enfermedad para evitar la causa extintiva, en tanto que la persona trabajadora, al ser sancionada previamente por este mismo hecho, pudo adoptar cualquier decisión para propiciar la desaparición de su adicción⁹⁵.

En cualquier caso, resulta reiterada la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud, *«el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo»*⁹⁶, lo que no excluye que ante determinadas circunstancias, y a pesar de los pronunciamientos anteriores, la toxicomanía, alcoholismo o tabaquismo pudieran ser advertidas como circunstancias discriminatorias que motivaran la nulidad del despido, así como de cualquier otra medida empresarial contraria a este derecho fundamental.

Finalmente, podemos plantear si la drogodependencia, entendida en términos amplios puede ser reconducida a la discapacidad, esta si, admitida como causa de discriminación tanto a nivel de Derecho de la Unión europea como en la normativa interna. Precisamente, en el primer escenario regulador es donde se ha ido fraguando un concepto de la discapacidad a efectos de discriminación cada vez más abierto, referido a cualquier una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, siempre que dicha tal limitación sea de larga duración, tanto si es curable como incurable, es decir, con independencia de su reversibilidad. Aunque se trata de un concepto que pueda aproximarnos al de enfermedad, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) deja claro que la mera enfermedad como causa de discriminación no puede estar comprendida en el concepto de discapacidad, no constituyendo conceptos idénticos⁹⁷, a pesar de que la misma puede provenir incluso de una enfermedad, curable o incurable que impida a la persona participar en la vida profesional o ejercer su profesión con dificultad⁹⁸. Se constituyen pues, como

⁹⁴ STSJ de Extremadura 509/1996 de 2 julio (AS 1996\2732), FJ 2.

⁹⁵ STS de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1988\8510), FJ 2.

⁹⁶ STS 366/2016 de 3 mayo (RJ 2016\2152), FJ 3.

⁹⁷ STJUE 11 de julio de 2006, C-13/05, asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA, apdos. 43 a 47.

⁹⁸ STJUE de 11 de abril de 2013 Ring, asuntos C-335/11 y C-337/11, apartado 47; STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, asunto C-363/12, apartado 77.

piezas clave para la aplicación de la Directiva, la subsunción del supuesto fáctico en el concepto de discapacidad o persona con discapacidad deducido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya en una ocasión admitió la aplicación de dicha categoría conceptual a una trabajadora a la que se la había reconocido como especialmente sensible en virtud de la aplicación del art. 25 LPRL⁹⁹.

En el ámbito interno, esta doctrina ha sido recepcionada por el Tribunal Supremo en el sentido de no equiparar ambos términos, constituyendo situaciones con rasgos independientes y tratamiento diverso, atendiendo fundamentalmente al efecto de una y otra sobre el desarrollo de la propia vida. Mientras que la enfermedad es calificada como *«una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado»*, la discapacidad es, en cambio, *«una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada»*, lo que constituye, para el ordenamiento, un estatus no reconocido en el caso de la enfermedad¹⁰⁰. Para defender estas ideas, basa su argumentación en una jurisprudencia de la misma sala, precedente¹⁰¹, así como en una norma, la Ley 62/2003, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la discapacidad como causa de discriminación, y que posteriormente quedó refundida en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁰². Por tanto, se trata de una jurisprudencia que aún no ha podido atender a la definición de discapacidad otorgada por el máximo intérprete de la normativa europea. Sin embargo, la nueva Ley si parece incorporar esta visión amplia de la discapacidad, definida como la *«situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*, en la que se pone el énfasis, como hacen los Tribunales de la Unión Europea y Supremo, en la presunción de permanencia o durabilidad en el tiempo. Ello no

⁹⁹ Siempre que dicho estado de salud «implique 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», STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plásticos Ibérica, asunto C-397/18.

¹⁰⁰ STS 366/2016 de 3 mayo (RJ 2016, 2152), FJ 3.

¹⁰¹ STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048).

¹⁰² Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

implica, por consiguiente, que toda discapacidad sea definitiva, si no de larga duración¹⁰³.

Si nos atenemos a las características de los drogodependientes, se trata de personas que tienen restringidas o anuladas parte de sus capacidades para realizar una actividad en condiciones equivalentes a las de sus compañeros, impidiéndole dicha enfermedad el desarrollo de la misma en igualdad de condiciones. En puridad, la discapacidad no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Además, el propio TJUE indicó, en su construcción sobre el alcance de la discapacidad como causa de discriminación, que la misma «no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad»¹⁰⁴.

Volviendo al nivel interno, aun partiendo de la premisa de no identificar enfermedad y discapacidad, el Tribunal Constitucional contempla la posibilidad de que una persona que padece el síndrome de Asperger pueda ser víctima de discriminación por razón de discapacidad, enfermedad que se incluye en la categoría de "Trastornos del Espectro del Autismo" dentro de la CIE-11. Recordemos que los mismos textos incorporan la dependencia al alcohol y otras drogas como trastornos.

En suma, de encajar el supuesto de la drogodependencia en el concepto de discapacidad en el entorno laboral¹⁰⁵, surgiría entonces el deber de adoptar medidas de ajuste razonable¹⁰⁶, lo que conecta a su vez con la necesaria adaptación del trabajo a la persona especialmente sensible, concepto en el que como se ha visto, pueden ser incluidos aquellos que sufren una adicción a drogas, alcohol o tabaco. En tales circunstancias, en caso de negativa injustificada al establecimiento de alguna de las medidas posibles, cabría plantear la existencia de

¹⁰³ Para evaluar el carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, «el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales», STJUE de 1 diciembre 2016, C- 395/15, asunto Daouidi, apdo. 57.

¹⁰⁴ STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto FOA, apdo. 56.

¹⁰⁵ Ya en EE.UU. se aplican ciertos estándares antidiscriminatorios previstos por la Ley de Estadounidenses con Discapacidades, a los trabajadores que hayan asistido a los Programas de Asistencia al Empleado, dirigidos a trabajadores con problemas, incluyendo drogodependientes. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, A., "Aproximación al abuso de sustancias en el lugar de trabajo en los Estados Unidos y en España: comparación de ambos sistemas", *op.cit.* 272.

¹⁰⁶ Se trata de «medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario», art. 5 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.

discriminación derivada de la discapacidad¹⁰⁷. El Tribunal Constitucional así lo ha avalado, concluyendo que *«el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación»*¹⁰⁸. De este modo, conectando con el plano preventivo-reparador al que aludíamos en páginas anteriores, como cauce preferido de tratamiento de la drogodependencia, se advierte que, *«la normativa en materia de discapacidad persigue fundamentalmente evitar situaciones de discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades, para ello, reconoce, entre otros derechos, el derecho al ajuste razonable del puesto de trabajo que, en algunas ocasiones, puede consistir en la adopción de una medida de prevención de riesgos laborales»*¹⁰⁹.

Dicho lo anterior, no se desconoce que aunque en algunos casos pudieran concurrir elementos de confluencia entre ambos términos que incluso permitan extender la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad a las situaciones de drogodependencia, en puridad el colectivo formado por estos últimos tienen en común la necesidad de que sean perseguidos unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades¹¹⁰.

En conclusión, independientemente de la conexión de la dependencia a las drogas como causa de discriminación por razón de enfermedad o de discapacidad, no resulta nada incoherente o impensable que en un momento futuro las adicciones o la drogodependencia se anexe al resto del elenco de condiciones o circunstancias proscritas de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico, dado que las mismas no se circunscriben únicamente a las que aparecen en la norma constitucional y legal internas, o en los instrumentos normativos a nivel internacional o supranacional, que son evidente fruto del momento histórico dado en el que se constitucionalizan o legalizan. Por consiguiente, también tendrán

¹⁰⁷ La Convención de la ONU incluye en su art. 2, como forma de discriminación por motivos de discapacidad, la *«denegación de ajustes razonables»*; a su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciéndose eco de la misma y en el marco de la aplicación del art. 14 de la Carta Europea de Derechos Humanos, declaró expresamente que *«la discriminación por razón de discapacidad comprende todas las formas de discriminación, incluyendo la denegación de acomodo razonable»* Sentencia de 30 de enero de 2018 asunto Enver Şahin contra Turquía (RCL 1999, 1190, 1572), apdo. 60.

¹⁰⁸ STC 51/2021 de 15 marzo (RTC 2021\51), FJ 4.

¹⁰⁹ GOÑI SEIN, J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas, op.cit.*, consultado online.

¹¹⁰ STS 366/2016 de 3 mayo (RJ 2016\2152), FJ 3.

cabida aquellas otras que tengan la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público y sean calificadas como intolerables¹¹¹, siendo la discriminación, un concepto en continua evolución.

5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LAS ADICCIONES EN EL ENTORNO LABORAL

La negociación colectiva es uno de los instrumentos más adecuados para el tratamiento de los consumos problemáticos de drogas en el entorno laboral, en la medida en que sirve de mecanismo de adaptación y concreción de las normas vigentes con capacidad, incluso, para mejorarlas en beneficio de las personas trabajadoras¹¹². El impacto de la drogodependencia en el medio laboral puede ser abordado por la negociación colectiva desde las dos perspectivas de análisis que hemos analizado anteriormente, estas son, la preventiva y la sancionadora.

Sobre el primero de los ámbitos mencionados, la negociación colectiva resulta idónea para establecer planes o programas que actúen sobre la prevención, la recuperación y la rehabilitación. En esta línea se sitúa el repertorio de la OIT sobre el tratamiento de las cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en la que prevé la necesidad de que se establezcan programas de lucha contra el consumo de tales sustancias en favor de los trabajadores afectados para los que deberían ser consultados los interlocutores sociales mediante la negociación de los mismos¹¹³, lo que constituye una indudable manifestación de la puesta en valor del «*principio de corresponsabilidad social*».

¹¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Principio de igualdad y Derecho privado". *Anuario de Derecho Civil*, 1990. pp. 414-415. BALLESTER PASTOR, M.A., "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva", BODAS MARTIN, R., (Coord.), *La negociación colectiva ante la crisis económica*. Bomarzo, Albacete, 2010. P. 89.

¹¹² En alusión al término empleado por ÁLVAREZ MONTERO, A. "Tratamiento convencional de los consumos problemáticos de drogas en los ambientes de trabajo: entre tradición y renovación". *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 398, 2016.

¹¹³ Anexo II de su Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre "Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo", aprobado por el Consejo de Administración en su 262ª reunión de 1995. Anteriormente, no obstante, la OIT ya se había pronunciado sobre la necesidad de que los Estados y los interlocutores sociales establecieran programas de apoyo para quienes abusan de estas sustancias en OIT, "Conditions of Work Digest", vol. 6, núm. 1, "Alcohol and drugs". Ginebra, 1987. Más tarde, se incluirían las drogas y el alcohol en el programa para la integración de la promoción de la salud en las políticas de seguridad y salud en el trabajo. Programa SOLVE, 2ª Edición, 2012 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_203378.pdf. Aboga por una solución similar, programas de prevención consensuados por el área de recursos humanos y los representantes de los trabajadores, UGT "Prevención del consumo de alcohol en lugar de trabajo", *op.cit.* p. 17.

En la elaboración de políticas, planes o medidas de prevención en materia de drogodependencia, los negociadores sociales habrán de tener en consideración las principales variables sobre las que descansan la prevalencia de consumos problemáticos, como son: el sector de la actividad, la categoría profesional, el tiempo de trabajo y los riesgos laborales que puedan incidir en el aumento de la ingesta de sustancias psicoactivas¹¹⁴.

Como ya hemos manifestado anteriormente, los problemas laborales relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas son muy diversos, lo que implica que las distintas empresas o incluso sectores o subsectores de actividad deban adaptar tales programas a las circunstancias particulares, por cuanto a que no todas las características que rodean las distintas profesiones tienen los mismos efectos y precisan de las mismas soluciones. Por ello, lo conveniente será actuar en cuatro fases: la del diagnóstico, la planificación, implantación y evaluación posterior. Tales planes deberán especificar tanto los aspectos preventivos, como los asistenciales o de cuidados, de promoción educativo-cultural y de reinserción o recualificación profesional, tratando de encauzar los itinerarios de empleo adecuados para quienes, a causa de su adicción, pudieron ver truncado cualquier intento de promoción profesional, evitando por tanto la implicación negativa o disciplinaria del tratamiento de la cuestión. Por lo tanto, los convenios colectivos tienen la oportunidad, no solo para fijar de modo consensuado políticas preventivas dirigidas al conjunto de trabajadores de la plantilla, sino que también estarán facultados para la previsión de planes individualizados dirigidos al personal afectado.

De acuerdo con lo anterior parecían estar los interlocutores sociales en España, en vista de la identificación, a nivel intersectorial, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de la necesidad de *«abordar la problemática que se deriva del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias y establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de accidentes de trabajo, identificar y buscar solución a las situaciones y riesgos derivados de dicho consumo»*¹¹⁵. Resulta llamativo, sin embargo, que el siguiente de los acuerdos adoptados a este nivel no reitera esta cuestión, mostrando cierta regresión en el tratamiento de la drogodependencia desde el plano preventivo-rehabilitador.

Siguiendo en el terreno de prevención de riesgos laborales, y en lo que respecta a la vigilancia de la salud, los convenios colectivos pueden fijar las

¹¹⁴ MOLINA NAVARRETE, C., MIÑARRO YANINI, M., GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Adicciones y negociación colectiva en sectores primarios (agricultura) y terciarios (seguridad privada): miradas preventivas", *op.cit.* pp. 7-8.

¹¹⁵ Punto 7. Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, <https://www.boe.es/boe/dias/2015/06/20/pdfs/BOE-A-2015-6865.pdf>

condiciones en las que deben realizarse los reconocimientos médicos, el procedimiento a seguir, la forma de emitir el consentimiento, la información a suministrar, siempre en un sentido más beneficioso para los trabajadores, sin que puedan preverse obligaciones superiores a las previstas en la ley o que puedan conculcar los derechos fundamentales en liza¹¹⁶, dado que la mejora preventiva es uno de los objetivos asumibles por la negociación colectiva ex art. 2.2 LPRL.

Correlativamente, los convenios colectivos podrán establecer medidas específicas para estos, como trabajadores especialmente sensibles, tanto si su consumo se deriva de algún modo de las condiciones de trabajo, como si es ajeno a las mismas. Entre ellas podrán incluirse las de tipo transitorio, como el ser enviado a realizar otras tareas, a una zona de descanso, con acompañamiento si es necesario, o a casa¹¹⁷; y también otras de carácter permanente. Estas pueden ser de tipo técnico -eliminación de máquinas expendedoras de bebidas alcohólicas, prohibiciones de uso, reducción de los lugares donde se puede fumar- u organizativo -reubicación en la medida de lo posible, modificación de la jornada para hacerla compatible con la asistencia a sesiones de rehabilitación o desintoxicación, trabajo a turnos o nocturno-.

Por el contrario, no podrán alterar para empeorarlo el régimen protector de las leyes reguladoras en materia preventiva o frente al tabaquismo, estableciendo, a modo de ejemplo, zonas reservadas para fumadores, aunque sí podrían fijar determinadas franjas horarias para ello, siempre que atiendan a las necesidades organizativas de la empresa, la organización de la jornada, y en la medida en que puedan salir al aire libre, permitir fumar durante la jornada laboral sin afectar al proceso productivo -lo que ha de hacerse extensible a toda la plantilla-, fijando si el tiempo empleado será computado o no como tiempo de trabajo efectivo.

Para hacer efectivas todas estas medidas de corte preventivo, sería recomendable asimismo procurar la formación específica de los propios interlocutores sociales a fin de que puedan discernir los problemas circunscritos a esta realidad socio-laboral y ser capaces de aportar soluciones óptimas y proporcionadas con el entorno en el que se aplican. Asimismo, potenciar no solo la formación a los propios trabajadores, sino especialmente la información sobre planes o medidas de actuación disponibles, siendo evidente que es este un terreno poco explorado si atendemos a la Encuesta sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, en la que se señala que tan solo el 7,7% de los trabajadores afirman haber recibido, en el último año, información de su empresa sobre los riesgos o la prevención del consumo de alcohol, tabaco u otras drogas.

¹¹⁶ STC 196/2004 de 15 noviembre (RTC 2004\196), FJ 8.

¹¹⁷ MARÍN MALO, M., *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral*, op.cit. p. 244.

En relación al carácter punitivo de la conducta, los convenios colectivos tienen la capacidad de adaptar y concretar las consecuencias disciplinarias de la embriaguez o toxicomanía dentro del elenco de incumplimientos y sanciones que les encomienda la norma legal, así como delimitar el hecho subsumible en la causa de despido disciplinario de aquellas otras conductas que no pueden merecer tan grave reproche. En cambio, cabría preguntarse si estarían facultados para eliminarlo como tal del elenco de causas que justifican un despido disciplinario, habida cuenta de que constituye materia de derecho necesario. La respuesta parece ser positiva, en la medida en que se trata de una mejora del supuesto habilitante. En este sentido, alguna sentencia que evalúa la atenuación de las consecuencias de la embriaguez habitual en el texto de un convenio admite que sea rebajado a infracción muy grave merecedora de suspensión de empleo y sueldo¹¹⁸. En cambio, no podrá ampliar el elenco de situaciones castigables con despido, a modo de ejemplo, eliminando la habitualidad de la embriaguez, o el impacto negativo para la empresa, dado que estos no pueden elevar los tipos sancionadores establecidos en art. 54.2 f ET¹¹⁹.

El convenio podrá atender para la concreción de esta causa de despido disciplinario a circunstancias tales como la propia concepción de embriaguez, lo que no parece identificarse únicamente con el dato cuantitativo en relación al número de bebidas ingeridas, sino también con el nivel que se ha de alcanzar para producir efectos en la persona, con incidencia negativa en el trabajo, salvo supuestos excepcionales en los que si es relevante la tasa de alcohol ingerida, como es el caso de transportistas o conductores; o la habitualidad, referente al número de ocasiones en la que el trabajador comienza su jornada ebrio o deviene en dicho estado a lo largo de la misma y que supone quizás el término que más conflicto jurisprudencial ha suscitado, pivotando en base a su aplicación entre la procedencia o improcedencia del despido¹²⁰. Asimismo, podrá tener en cuenta las circunstancias objetivas como el puesto de trabajo y el subsector de la actividad a la que se dedique el trabajador.

La toxicomanía también podrá ser objeto de concreción, especialmente terminológica, en la dirección de no confundir tal concepto con el de consumo de drogas esporádico, esto es, aquel que «*no revela hábito patológico*». Del mismo modo que en el caso de la embriaguez, se podrán especificar cuáles son los efectos

¹¹⁸ SSTSJ Cantabria 200/2000 de 25 de febrero (AS 2000/193) y 1575/2002 de 10 diciembre (AS 2003\1932).

¹¹⁹ STSJ de Madrid 52/1998 de 27 enero (AS 1998\259), FJ único. El convenio cuestionado aludía al incumplimiento contractual muy grave derivado de la «*embriaguez, aunque sea ocasional, durante el servicio*».

¹²⁰ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo-asistencial)", *op.cit.*, pp. 43-49.

negativos a tener en cuenta para justificar la medida disciplinaria adoptada y las ocasiones necesarias para que sea.

Asimismo, podrán los convenios contemplar el tabaquismo como causa de despido disciplinario, si bien encuadrado como una sustancia que puede tener encaje en el amplio abanico de la toxicomanía o bien como manifestación de la transgresión de la buena fe o de la indisciplina, como antes se apuntó, pero siempre que se conecte con la consecuencia negativa que de ello deriva y no únicamente con el mero hecho de fumar, lo que induciría a la propia estigmatización de la conducta. Sensu contrario, se podrán establecer mecanismos para que aquellos trabajadores no fumadores, no estén obligados a prestar servicios en lugares aptos para fumar, siempre que las condiciones de la actividad productiva lo permitan y no supongan un perjuicio desproporcionado, así como el reconocimiento de complementos que remuneren la exposición al humo¹²¹.

Parece oportuno, en todos los casos anteriores, aclarar cuándo la conducta va a ser relevante a efectos laborales, centrando el lugar y el momento en que esta debe producirse para tener cabida la aplicación del régimen disciplinario. Por el contrario, se podría ver seriamente comprometido el derecho fundamental a la intimidad, a pesar de que en algún caso se plantean consecuencias derivada del consumo de alguna de estas sustancias fuera del lugar y tiempo de trabajo, castigar con la máxima sanción, por ejemplo, el mero hecho de ir vistiendo el uniforme empresarial, o simplemente considerar el daño a la imagen de la empresa cuando sea notorio o conocido que se trata de un trabajador de esta.

Además de lo anterior y, en nuestra opinión, debería ser una medida extendida en la negociación colectiva, la previsión de itinerarios rehabilitadores previos a la extinción cuando se detecta un consumo dependiente o adicción, aunque la adscripción a los mismos deberá tener carácter voluntario para la persona trabajadora, otorgándole una suerte de «segunda oportunidad»¹²².

Para concluir, los drogodependientes como miembros de un colectivo en riesgo de exclusión, deberán constituir una prioridad entre las medidas dispuestas por el convenio colectivo tendentes a la integración laboral a efectos completar la reinserción social para adquirir la necesaria independencia personal y económica, siendo plausibles en este punto las medidas de acción positiva. De este modo, resultaría conveniente la adquisición de las competencias y habilidades necesarias para desarrollar una actividad profesional, a través de cursos de formación, no solo a los efectos de adquirir conocimientos, sino también de las habilidades sociales que ha de recuperar la persona que en algún momento anterior a su etapa

¹²¹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., "Incidencia de la prohibición del tabaco en la relación laboral", *op.cit.* p. 25.

¹²² Así lo califica MIÑARRO YANINI, M., "El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España, contradicciones y propuestas de cambio", *op.cit.*, p.125.

como drogodependiente, estaba inserto en el mercado laboral, así como el acceso a determinados permisos o ayudas adicionales¹²³. Son los poderes públicos quienes emprenden este tipo de medidas, pero también los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel esencial mediante la introducción de cláusulas convencionales en aras a la integración socio laboral de las personas dependientes.

6. IDEAS DE CIERRE

Las normas laborales siguen sin dar una respuesta adecuada al problema de la drogadicción en el medio laboral en tanto sigue persistiendo en la normativa, como único reflejo de esta realidad social, la facultad disciplinaria del empresario para despedir a quien, a causa del consumo -sea o no adictivo- provoque un daño o perjuicio en la empresa, tanto material -bajada de productividad, daños sobre las cosas-, como social -deterioro de las relaciones entre compañeros, y corporativo-inciendiando negativamente en la imagen de la empresa-.

Por el contrario, no existe mención alguna a este tipo de riesgo con impacto en el medio laboral en la LPRL, en la que solo cabría subsumir dicha problemática en el amplio concepto de trabajador especialmente sensible, sin actuar en ninguno de los dos planos más eficaces a efectos de la disuasión o disipación de estas situaciones, a saber, la prevención y la reinserción.

Esta falta de atención a las personas trabajadoras como drogodependientes, es decir, como enfermos, se aprecia en la propia jurisprudencia en la que se siguen avalando despidos frente a quienes verdaderamente no actúan voluntariamente en aras a producir perjuicios en la empresa, sin que sea admitida la existencia de discriminación por razón de enfermedad en algunos supuestos de despido por embriaguez o toxicomanía, aun cuando pueda revelarse esta como elemento de segregación o estigmatización, circunstancias en las que si se admite por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Supremo elevar la enfermedad a criterio discriminatorio proscrito.

Sin que suponga en estos momentos una cuestión crucial a nivel político, aunque sí permanece latente en la propuesta de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, consideramos necesaria la incorporación de la enfermedad como causa de discriminación entre las que se incluiría la drogodependencia, atendiendo al reconocimiento como tal de la adicción a cualquiera de las sustancias sobre las que nos hemos detenido en el presente trabajo, tanto desde el punto de vista lingüístico -RAE- como el más técnico-médico -CIE-11-. De este modo, se haría extensible a este colectivo de trabajadores las garantías antidiscriminatorias que ofrece el ordenamiento jurídico, cuando se

¹²³ RUBIO ARRIBAS, F.J., "Proceso de construcción de un estigma: la exclusión social de la drogadicción", *op.cit.* p. 2.

demuestre la incidencia de la adicción como único elemento de valor para imponer medidas de trato diferente entre las personas de trabajadoras y por tanto, de segregación o estigmatización. En todo caso, aunque no prosperara la iniciativa mencionada, existen elementos de juicio suficientes para valorar que en ocasiones un supuesto de drogodependencia podría venir asociado con el concepto de discapacidad, al suponer una limitación de larga duración, que puede ser o no curable, y que al interactuar con entornos como el laboral, crea problemas de integración o permanencia en el mismo, siendo irrelevante que la misma traiga origen de una conducta voluntaria de la persona afectada al comenzar a consumir.

No obstante, a pesar de que en ocasiones la adicción pudiera ser reconducida a la enfermedad o a la discapacidad y disfrutar de las garantías que ofrecen las normas antidiscriminatorias, se imagina cómo la drogodependencia pueda ser elevada a causa autónoma de discriminación en un futuro, en la medida que el ordenamiento resulta permeable a los cambios sociales en la percepción de un colectivo como objeto de discriminación.

Al mismo tiempo, abogamos por la necesaria eliminación de la causa de despido disciplinario por embriaguez o toxicomanía en la medida que lo que se pretende castigar es la exteriorización dolosa o culpable del consumo patológico, a pesar que se exija el menoscabo para la empresa, dado que cualquier manifestación de ese perjuicio, podría reconducirse al resto de causas de despido disciplinario presentes en la norma. Subsidiariamente, en caso de no prosperar la eliminación de la letra f del art. 54.2 ET, defendemos la sustitución de los términos en los que está redactado el precepto, pasando a identificarse con el de consumo de sustancias psicoactivas, manteniendo la habitualidad y la repercusión negativa, que sirva para disipar cualquier duda razonable acerca de la persecución de la mera adicción en respeto del principio de igualdad al que está vinculado el legislador.

Por último, en nuestra opinión, resulta clave la intervención de la negociación colectiva a los efectos de poner en marcha tanto planes preventivos, formativos y de rehabilitación, como la concreción los incumplimientos laborales que puedan ser sancionados por el empresario, incluyendo la delimitación concreta y alejada del mero hecho de la dependencia del trabajador como causa de despido disciplinario. Adicionalmente, sería recomendable la introducción de cláusulas de mantenimiento del empleo, permaneciendo en el mismo o distinto puesto de trabajo cuando se evidencia que el consumo que ha originado un cumplimiento contractual es patológico, a través del ofrecimiento al mismo de una alternativa a la extinción, de aceptación voluntaria.

ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN¹

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la clarificación de conceptos tales como algoritmo, inteligencia artificial y *big data* se pretende analizar la afectación sobre un derecho concreto: el de no discriminación.

Estas herramientas características de la nueva Edad que estamos viviendo son instrumentos valiosísimos para cualquiera de los ámbitos sociales en los que nos desenvolvemos, y, por ende, también para el mundo de las relaciones laborales. No obstante, el empleo que se haga de ellos puede tener efectos perniciosos para la persona y afectar a derechos tales como el de su protección de datos, su salud, integridad física, dignidad y, por supuesto, al derecho de igualdad.

La circunstancia de que los algoritmos no sean transparentes y que, por lo tanto, sea complicado desentrañar el criterio que se ha empleado para diseñar aquellos, facilita las inmisiones y lesiones a derechos fundamentales de las personas.

Descendamos al terreno de las relaciones laborales. Los algoritmos se pueden emplear en fases precontractuales y durante la vida o ejecución del contrato. Pensemos en la siguiente situación: una empresa (y, en este sentido es indiferente sus dimensiones) precisa cubrir un puesto de trabajo, para lo que abre

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social (US-1264479).

un proceso de selección. Las posibilidades que le brindan los algoritmos y la inteligencia artificial no son nimias; conseguirá en un lapso relativamente breve valorar no solo innumerables currículos, sino también cada dato que conste en la documentación que reciba.

Una vez contratado, las utilidades de la inteligencia artificial no desaparecen, pues puede ser el instrumento más útil para controlar los tiempos de trabajo, cómo se está ejecutando la labor contratada (lo que, a su vez, puede tener efectos en la percepción de determinados complementos salariales) y, en definitiva, para tomar decisiones que afectan a la pervivencia del vínculo laboral que van más allá de los incumplimientos laborales (así, para examinar la concurrencia de las causas jurídicamente habilitantes para proceder a despidos objetivos por ineptitud sobrevenida o por causas económicas, técnicas y organizativas de la propia empresa).

Pero en el empleo de estos sistemas por parte de la empresa -y en este sentido no ha de pensarse únicamente en las plataformas digitales- se corre un riesgo en el que querríamos poner nuestra atención: la discriminación por la forma en la que se tratan los datos. La lesión al derecho a la igualdad puede facilitarse por la introducción de sesgos antidiscriminatorios² que resultan hartamente complicado de ser vislumbrados *a priori* y, también difíciles de constatar una vez se ha producido su conculcación.

Pero, y aunque nuestra mirada se ha focalizado en el ámbito laboral, los que redactamos estas líneas no debemos ser tan ingenuos como para pensar que los efectos de la inteligencia artificial, y específicamente de los algoritmos, se ciñen al escenario de las relaciones laborales, siendo tan solo una preocupación (y ocupación) de la doctrina laboralista³ o propia del ámbito nacional o incluso europeo.

Y en toda esta revolución tecnológica hay que poner el acento en el cada vez más sencillo acceso a un mundo que antes se reservaba únicamente a los

² RIVAS VALLEJO, P. (22 de junio de 2021). "Discriminación algorítmica en el trabajo" [Vídeo]- En AEDTSS, Sesión II, Algoritmos y discriminación II. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=2wcJCRbI0zs&ab_channel=AEDTSS

Manifiesta que *"aunque el aprendizaje automático, por su propia naturaleza, siempre es una forma de discriminación estadística, la discriminación se vuelve objetable cuando coloca a ciertos grupos privilegiados en una ventaja sistemática y a ciertos grupos no privilegiados en desventaja sistemática"*. De esta forma, el sesgo discriminatorio puede estar presente tanto en el "diseño" como en "el aprendizaje automático", ya sea porque el "diseño no es inclusivo" o porque se produce la "absorción de patrones sociales (datos) y amplificación del sesgo" o bien porque aparece el sesgo "en los datos de entrenamiento, debido a que los prejuicios en las etiquetas o al muestreo insuficiente o excesivo, genera modelos con sesgo no deseado".

³ Véase, a título de ejemplo, SORIANO ARNAZ, A.: "Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales". *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 56 (2021). Disponible en www.Iustel.com. 423439.

especialistas matemáticos (en cada una de las vertientes) y que hoy está disponible para prácticamente cualquier sujeto por muy rudimentarios que sean los conocimientos informáticos que este (o nosotros) tenga/mos.

De igual forma, esta -si se nos permite- “democratización” del empleo de estos sistemas (específicamente los algorítmicos) ha sido posible gracias a una disminución significativa de los gastos de adquisición de instrumentos informáticos de todo tipo, sin olvidar los que suponen la conexión móvil. Por supuesto, no podemos dejar de apuntar que el verdadero catalizador para que esta revolución se produzca (la revolución de los números) no es otra más que la que nos ofrece la conectividad a través de internet, de la que es difícil (por no decir imposible) escapar y que, de otro lado -y aunque suene redundante-, se ha abierto también a todas las personas, casi con independencia de su edad y, por supuesto, de otros condicionantes sociales-económicos.

La universalidad subjetiva de los sistemas impulsados por la tecnología no nos hace entonar un canto de satisfacción por lo conseguido. Pues, a pesar de todo, no podemos olvidar que existe una brecha digital tremendamente significativa que tiene una serie de consecuencias en absoluto desdeñables. Simplificando: quien se queda fuera del universo virtual corre el riesgo (si se nos permite esta licencia) de ser expulsado de la realidad que viviremos en un futuro no muy lejano.

De otro lado, la consideración de que nos encontramos ante un entorno fuertemente globalizado (y con una clara proyección intensificadora de este fenómeno) no hace más que contribuir a la expansión en la utilización de estas tecnologías que facilitan el despliegue de las actividades económicas⁴.

2. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La necesidad de escindir los conceptos que a continuación pretendemos definir, aun cuando sea en línea de aproximación, ha sido destacada por la doctrina ocupada en el estudio de distintos saberes jurídicos⁵.

⁴ La retroalimentación es un elemento puesto de manifiesto por CRUZ VILLALÓN, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”. *Temas Laborales*, 2017, núm. 138, pp. 15-16.

⁵ HUERGO A. (16 de febrero 2021), “La regulación de los algoritmos”. [Vídeo]. Conversaciones online desde la Fundación Ramón Areces. Madrid. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ZFFQ9rk461A>. RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial del trabajo y su impacto discriminatorio*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2020, pp. 457-468. La autora, de forma exhaustiva, glosa los conceptos empleados más allá de los que se refieren en estas líneas.

2.1. Concepto de *big data*

La doctrina ha puesto de manifiesto que los datos son la fuente de mayor riqueza que existe hoy en día⁶. Datos que servirán, si son correctamente manejados, para discernir nuestros hábitos de consumo, desde los más cotidianos o diarios a aquellos que se refieren a cuestiones tan trascendentales como la salud, pasando por aquellos otros que aun cuando sean superficiales, también nos definen como consumidores⁷.

En una primera aproximación, el término, parece remitirnos a la idea de (traducimos tosca y literalmente) “grandes datos”. La necesidad humana de recabar datos, de obtener y procesar información no es característica propia del ser humano del siglo XXI. Desde el comienzo de los tiempos hemos sentido esa llamada. Lo que sí, lógicamente, ha cambiado sustancialmente ha sido tanto la forma a través de la cual obtenemos la información como la manera en que la procesamos⁸.

Es, precisamente en este punto, cuando introducimos el término de *big data* o si castellanizamos la expresión, el de macrodatos. Y así, aunque existan antecedentes remotos que nos hacen remontarnos hasta la Segunda Guerra Mundial y, concretamente, a Alan Turing y su proyecto para descifrar el Código Enigma, habremos de esperar a 1989 para que, con la generalización de internet, se abra la senda del *big data* o lo que es lo mismo la generación masiva de los datos⁹.

De la propia literalidad del término (*big data*) ya se pueden extraer parte de sus características. Se trata, en primer lugar, de datos en cantidades ingentes; es tal su cuantía que es imposible (al menos con la capacidad humana actual) procesar o clasificar la información suministrada. A la nota anterior hay que añadirle la circunstancia de que esos datos son variados; se refieren a aspectos variopintos de la realidad y acaso por ello, han de proceder de diferentes fuentes de información.

⁶ MERCADER UGUINA, J. R. (2021). “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del *big data*”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 2(2), p. 4. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>. Este autor considera que la “*inteligencia artificial, productos y servicios del “internet de las cosas”, sistemas autónomos y la tecnología 5G*” conducen “a la consideración de los datos digitales como materia prima capital de la sociedad de la información y del conocimiento”.

⁷ RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial del trabajo y su impacto discriminatorio*, op.cit., p. 35.

⁸ Esta acumulación de datos da lugar a la denominada “*minería de la realidad*”: BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I. -(10 de noviembre de 2021) “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”. [Video]. XXI Congreso ASNALA. *La Irrupción de los Algoritmos en el Derecho del Trabajo* - YouTube).

⁹ BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I. “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”. op.cit., destaca la idea de “*más datos es mejor que mejores datos ... Y esto ha planteado lo que ahora mismo podría ser la “caza del tesoro”*”; lo que, a su vez, nos remite a la idea de “*la economía de la vigilancia*”.

Estos datos se transmiten (tercer carácter) velozmente y esa velocidad es la que propicia internet, instrumento sin el cual no podríamos comprender los macrodatos que cambian vertiginosamente. La volatilidad de los datos nos remite, a su vez, a la idea de la permanente actualización de la información. Precisamente esa agilidad consigue que la información no sea obsoleta¹⁰ y pueda, por ello, ser útil.

Siendo estas sus características intrínsecas, realmente lo sorprendente es que esos datos por sí mismos nada aportan, pero su combinación, el aprovechamiento a partir de su almacenamiento sí llega a ofrecer a aquel que los interpreta una fuente de conocimiento valiosísima, máxime cuando la información que suministran los datos (y aquí se encuentra la mayor debilidad y a la par su máxima fortaleza) puede servir para, incluso, predecir conductas futuras.

En definitiva, aunque los datos almacenados sean en cantidad ingente lo cierto es que aisladamente nada aportan. Por supuesto, los datos son la materia prima del conocimiento; precisamente por esta razón, se hace necesario su tratamiento, así como su análisis y este proceso de interrelación está también presente en el concepto de *big data*. De esta forma, la actuación primera que hay que acometer es desechar la información que nada aporta para seleccionar la que sí es capaz de generar un conocimiento efectivo y relevante. Esta es la función de la “*minería de datos*”¹¹ que, aplicada al mundo de las relaciones laborales puede ser muy útil para conocer cuáles son los candidatos más idóneos para desempeñar un puesto de trabajo concreto (selección de personal), establecer graduaciones entre

¹⁰ Las ideas antes expresadas son reflejadas -asumiendo lo que resulta ya una asentada tesis- por PRECIADO DOMÉNECH, H.: “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*. Núm.223. Junio 2021. P. 7. “Es un clásico ya hablar de las «3 V» como característica propia de los *Big Data*”. Estas “V” se refieren al “*volumen, velocidad y variedad*”. “*Algunos autores/as añaden 3 “V” más, correspondientes a la Veracidad, Variabilidad y Valor*” (haciendo referencia a GIL GONZÁLEZ, E.: *Big data, privacidad y protección de datos*. Ed. BOE y AEPD. 2016. p. 21-24”).

En el mismo sentido ya se había expresado COTINO HUESO, L.: “*Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales*”. *Dilemata* núm.24. 2017. P. 131. Este autor refleja también que esta expresión de *big data* proviene del trabajo de Schönberger y Cukier (2013 a). En español se utiliza la expresión inglesa “*big data*”, también “*macrodatos*” (Parlamento Europeo, 2017) y no tanto la de “*datos masivos*”.

MOLINA NAVARRETE, C.: (1 de diciembre de 2020). “*Big data y relaciones laborales*” [Vídeo]. En *La pandemia y la nueva Ley de Trabajo a Distancia: ¿una oportunidad para el teletrabajo?*. MOLINA NAVARRETE, C. “*Big data y relaciones laborales*” - YouTube introduce un matiz en absoluto desdeñable: esos datos diversos y masivos han de ser manejados “al mismo tiempo”.

¹¹ RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial del trabajo y su impacto discriminatorio*, *op.cit.*, p. 103. La autora acomete la definición de esta expresión: “*Es el conjunto de técnicas y tecnologías que permiten explorar grandes bases de datos, de manera automática o semiautomática, con el objeto de encontrar patrones repetitivos, tendencias o reglas que expliquen el comportamiento de datos en un determinado contexto*”.

los trabajadores que tienen encomendadas las mismas tareas profesionales (evaluación del desempeño), examinar pormenorizadamente los niveles de absentismo de un colectivo o de particulares trabajadores y, en definitiva, de inferir, a partir del manejo de los datos, qué tipo de reacción empresarial se desencadenará a la vista de la información resultante.

Junto a ello tienen la virtualidad de conseguir, en función del patrón dominante observado en el trabajador (o del candidato), cuál será su respuesta futura ante determinadas situaciones y órdenes empresariales, lo que -a su vez- es susceptible de condicionar las decisiones de la empresa tanto en el momento de su contratación, como para conceder incentivos o desplegar la facultad sancionadora, llegando a su máxima expresión que, como es sabido, es el despido y todas estas actuaciones que vienen refrendadas por los datos, por los algoritmos; en definitiva por la máquina que alimentada por esos patrones alcanza conclusiones, dando lugar así a la denominada inteligencia artificial.

Así pues se observa cómo el *big data* no se circunscribe a una faceta concreta de las relaciones laborales. Por el contrario -y tal como ha sido puesto de manifiesto por nuestra doctrina científica- afecta “antes incluso de que haya contrato” y esa “dimensión transversal”¹² supone que irradie sus efectos no solo a la dimensión netamente individual del contrato de trabajo, sino también a la colectiva abarcando incluso aspectos relativos a la Seguridad Social¹³.

¹² MOLINA NAVARRETE, C. (8/septiembre/2020). “La gestión de *Big Data* en las Relaciones Laborales y de la Seguridad Social tras el COVID-19”. [vídeo] En AADTySS. Conferencia Internacional 8/09/2020. Conferencia Internacional 8/9/2020 -YouTube-.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 459 (junio 2021), p. 9, se refiere a “todas y cada una de las fases de dirección, organización, control y disciplina del trabajo. Así, el reclutamiento y selección, la contratación, clasificación profesional y la promoción económica, la evaluación de los desempeños, el control del cumplimiento y la propia gestión extintiva”.

Incide en la idea de la transversalidad GOERLICH PESET, J.M: (6 de noviembre de 2021) VII Jornadas de Derecho Social de la Unión Europea [Vídeo]. En AEDTSS. VII Jornadas de Derecho Social de la Unión Europea (06/11/2020) - YouTube

Por su parte, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Un apunte sobre la grabación mediante cámaras (Al hilo de la STS-CIV 600/2019 de 7 noviembre)” *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 2/2020 parte Jurisprudencia. Doctrina. BIB 2020\7801. Nos hace partícipes de la siguiente reflexión: “Si la información es poder, su tratamiento y control lo es en grado sumo. Los propios actores políticos confían crecientemente en algoritmos para adoptar estrategias o ganar elecciones; desde luego, las empresas los utilizan para procesos de asignación de tareas e incluso de selección de personal.”

¹³ Estas consideraciones no nos deben hacer olvidar las reflexiones de MOLINA NAVARRETE, C.; “La gestión de *Big Data* en las Relaciones Laborales y de la Seguridad Social tras el COVID-19”. [Vídeo], *op.cit.* Destaca el autor que los países -así, China- en los que el empleo de *big data* es significativamente superior con relación a otros no han experimentado una disminución en la demanda de empleo.

Pero esta aspiración de utilización de los macrodatos para interpretar conductas y predecirlas ya había sido observada con cautela por parte del Consejo de Europa que, preocupado por procurar el máximo respeto a los derechos humanos, y acaso especialmente a la dignidad, adoptó el 28 de enero de 1981 el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108) y que más tarde (18 de mayo de 2018) sería revisado para su actualización, siendo esta última versión la que precisamente introduce las tres “V” que servirán para calificar el *big data* (velocidad, volumen y variedad, términos estos a los que hemos aludido al principio del presente).

En definitiva, siguiendo a Molina Navarrete, “*big data es el sueño de Sherlock Holmes*”¹⁴ que persigue “*la optimización de los riesgos económicos y jurídicos*”.

2.2. Concepto de algoritmo

Si acudimos a la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno de 4 de diciembre de 2018¹⁵, el algoritmo queda definido en el glosario como “*una secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático*”¹⁶.

¹⁴ Siguiendo con este autor, MOLINA NAVARRETE, C.: “Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»”. *op.cit.*, p. 5. Califica también a los datos como “*nuevas minas de oro*” reales del “*rey Salomón*”.

¹⁵ Adoptada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) durante su 31 s t Reunión plenaria.

¹⁶ A la luz de este concepto de partida que es el empleado por la doctrina laboralista a fin de concretar qué es el algoritmo. Así, PRECIADO DOMÈNECH, C.H (5 de julio de 2021) [Vídeo]: “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. AEDTSS. Sesión II, Algoritmos y discriminación I - YouTube que introduce algún cambio fundamentalmente en lo que hace al orden de los vocablos empleados sin modificar sustancialmente el concepto plasmado por la citada Carta Ética. Véase también del mismo autor, “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *op.cit.*, p. 6.

De cualquier manera, como es imaginable, no existe un único concepto de algoritmo. A título de ejemplo, el algoritmo es una “*secuencia de instrucciones, desarrollada por humanos, que se encarga de realizar tareas y encontrar soluciones de forma automatizada*” (EGUILUZ CASTAÑEIRA, J.A.: “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. Estudios de Deusto. *Revista de Derecho Público* 68 (2), p. 330. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1954/2418>.)

También es oportuno recordar que la RAE lo define como “*un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución a un problema*”.

MOLINA NAVARRETE, C.: “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 457 (abril 2021), p. 7. “*el algoritmo es (sería) un orden lógico de procesos que, sobre la base de reglas finitas, predefinidas e inequívocas, permite automatizar una solución objetivada, eficaz y eficiente a un problema operativo*”. De todas las definiciones

(...)

Aunque hayamos destacado este concepto por integrar todos los requisitos de partida con los que contamos para la elaboración del presente, ciertamente existen otros conceptos elaborados por nuestra doctrina científica dignos de ser tenidos en consideración¹⁷.

Vayamos atrás y centremos nuestra mirada en el aprendizaje a través del algoritmo. Ese aprender (en el sentido más clásico del término, esto es, sin abarcar cualidades que -al menos hoy por hoy- son netamente humanas y que formarían parte del aprendizaje emocional e incluso de la adquisición de competencias) no es uniforme, no es el mismo en todos los supuestos. Conscientes de la complejidad del proceso de aprendizaje, la literatura científica ha escindido entre sus diferentes tipos. Así, nos encontramos ante el aprendizaje automático¹⁸, el denominado aprendizaje profundo y también el aprendizaje de refuerzo.

El aprendizaje profundo¹⁹ es más “peligroso”²⁰ que el simple aprendizaje automático, por cuanto si el sistema es autónomo para establecer las relaciones de

propuestas doctrinalmente, ponemos nuestra atención por su simplificación y acierto: “*un algoritmo es una receta*”. Contundente y fácil de comprender. Así se expresa MERCADER UGUINA, J. R.: “Algoritmos y derecho del trabajo”. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 52, 2019, p. 63.

Y, aunque en el presente nuestra mirada se va a dirigir a la respuesta automatizada y automática, recuérdese que tal y como indica BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”, [Vídeo] *op.cit.* Para definir propiamente un algoritmo no se precisa que exista una máquina; expresivamente, ilustra que una receta de cocina también es un algoritmo.

¹⁷ Véase, SORIANO ARNAZ, A.: “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”. *Revista General de Derecho Administrativo* núm.56 (2021). *op.cit.* Define al algoritmo de manera muy esquemática: “*un algoritmo constituye una serie de instrucciones dirigidas a la resolución de un problema paso a paso*”.

¹⁸ SANCHO CAPARRINI, F.: (23 de septiembre de 2017). “Introducción al Aprendizaje Automático”. Fernando Sancho Caparrini (us.es) “Introducción al aprendizaje automático” que viene definido como la “*rama de la Inteligencia Artificial que tiene como objetivo desarrollar técnicas que permitan a las computadoras aprender. De forma más concreta, se trata de crear algoritmos capaces de generalizar comportamientos y reconocer patrones a partir de una información suministrada en forma de ejemplos. Es, por lo tanto, un proceso de inducción del conocimiento, es decir, un método que permite obtener por generalización un enunciado general a partir de enunciados que describen casos particulares*”.

¹⁹ RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, *op.cit.*, p. 107. “*Los sistemas de aprendizaje profundo detectan las características ocultas en los datos, para perfeccionar su funcionamiento y sus resultados. Por ello se le denomina computación cognitiva*”.

²⁰ *Ibidem*. La peligrosidad de este tipo de aprendizaje viene dada cuando el algoritmo se transforma “*en un poderoso predictor*” por cuanto “*La transparencia de su red neuronal virtual se va diluyendo, escapando incluso al conocimiento de sus diseñadores, que lo entrenaron precisamente para que pudiera aumentar de manera automatizada su profundidad de análisis sin necesidad de intervención humana*”.

Por su parte, BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”, *op.cit.* expone una inquietante verdad: los programadores de los algoritmos cuando estos desarrollan o ejecutan el aprendizaje profundo desconocen el camino que han empleado aquellos para llegar a una conclusión o decisión y “*no se puede deshacer el camino*” para intentar averiguar cómo se ha alcanzado ese resultado. Este autor pone de manifiesto otra aseveración inquietante: no se está intentando llegar a la mejor respuesta o solución solo “*la mayor probabilidad posible*”.

conexión entre los datos y ofrecer (esto es lo verdaderamente inquietante) una pauta sobre lo que el individuo va a hacer en el futuro (esto es, predice el futuro), las posibilidades son inmensas. De un lado, porque la persona cuando ofrece sus datos (o son recopilados estos porque, sin saberlo ha prestado consentimiento a su cesión desconociendo, por el imbricado lenguaje empleado o por pereza mental, si se quiere, para qué son destinados) no se detiene (no nos detenemos) a pensar que esos datos son los que nos definirán (con exclusión de otros), proyectarán una imagen de nosotros mismos y, volvemos a lo peligroso, ofrecerán un patrón de nuestra conducta de futuro.²¹

A pesar de ello, creemos que aplicadas las consideraciones anteriores al mundo de las relaciones laborales, es -desde el punto de vista empresarial- una legítima aspiración el contar con estos algoritmos predictivos (o sistemas de aprendizaje profundo²²), por lo que la solución en la práctica no puede venir dada por cercenar su uso, sino por la implantación de cautelas a fin de que este sea respetuoso con los derechos humanos y, particularmente, con el derecho al que atendemos nuestra mirada: el relativo a la no discriminación.

El, por ahora, último nivel de aprendizaje si continuamos con la exposición doctrinal²³, es el aprendizaje por refuerzo que permite la obtención de *“la mejor decisión sobre un conjunto de variables y opciones”*²⁴, incluyendo por tanto una valoración.

Llegados a este punto, es relevante traer a la memoria la diferencia -resaltada por nuestra doctrina²⁵- entre los dos tipos de algoritmos existentes. De un lado tenemos los *“algoritmos de arriba-abajo”* y los *“algoritmos de abajo-arriba”*; en el primer caso, el ser humano controla el algoritmo permanentemente en todas sus

²¹ Reflexiones en torno a cómo la cesión de datos forma parte de lo cotidiano en nuestras vidas, en donde permanente asistimos a la *“sugerencia”* y *“orientación en todas y cada una de nuestras elecciones y decisiones: desde el tiempo y el camino a seguir para llegar a nuestro destino, a los restaurantes o tiendas a las que ir, la ropa o los zapatos que comprar, los libros que adquirir o leer (electronic butler), pasando por las propuestas de qué películas ver o qué tipo de música, según nuestras elecciones previas, oír. Y todo ello sin olvidar, lo que a mi juicio resulta aún más preocupante, con qué personas contactar y, sobre todo, qué noticias leer o visualizar en nuestras cada vez más segmentadas -pero, al parecer, importantes- redes sociales.”* Vid. CALVO GALLEGU, F.J.: Tomada de una intervención oral.

²² SERRANO FALCÓN, C.: (1 de diciembre de 2021). *“Proceso de contratación política de empleo y uso de algoritmos”*. [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube

²³ De nuevo, por todos, RIVAS VALLEJO P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, op.cit. pp. 106-108.

²⁴ *Ibidem*, p. 108. *“El aprendizaje por refuerzo puede reforzar o combinarse con el aprendizaje profundo para dar un paso más, al integrar la psicología conductivista en el aprendizaje automático para entrenar al algoritmo en la elección de las mejores acciones para maximizar el resultado”*.

²⁵ BELTRAN DE HEREDIA RUÍZ, I.: *La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo*. [Vídeo]. op.cit.

secuencias; en el segundo caso -los verdaderamente revolucionarios- *“los programadores crean meta-algoritmos que son capaces de crear algoritmos que, cuando detectan un error, ellos mismos se corrigen”*.

2.3. Concepto de inteligencia artificial

Este es, de todos los conceptos que empleamos, el más dúctil. Se trata de una expresión que, lejos de permanecer inmutable, va a ir sufriendo los embates del tiempo, en parte porque desconocemos sus reales posibilidades de proyección futura y, también, por cuanto el propio concepto de inteligencia (artificial o no) ha experimentado alteraciones en orden a la determinación de su comprensión y alcance²⁶.

²⁶ Por señalar el más conocido: HORWARD GARDNER (*Inteligencias múltiples: la teoría en la práctica*. Ed. Paidós. 2019) puso de manifiesto la existencia de “inteligencias múltiples” abandonando así el concepto unívoco de inteligencia que lo asimilaba más a una serie de capacidades de asimilación y memorísticas, en las que se obviaban otras dimensiones que nos definen como seres humanos y que forman parte por tanto de la denominada inteligencia humana. Así, este autor señalaba que no existía un único tipo de inteligencia, destacando la inteligencia musical, corporal-cinestésica, lingüística, lógico-matemática, espacial, interpersonal, intrapersonal, naturalista, Así pues, y con independencia de la evolución que con seguridad experimentarán las máquinas en orden a la obtención de respuestas automáticas y eficaces para el ser humano, el concepto de “inteligencia” atribuido a estos seres inertes, una vez superado el inicial desconcierto, nos hace preguntarnos acerca de cuál de estas opciones de inteligencia humana es la que se refiere cuando hablamos de inteligencia artificial.

En definitiva, entendemos que es razonable pensar que lo que hoy conceptuamos como parte integrante de esa IA en el futuro más o menos próximo no sea concebido de tal manera. Creemos que esta idea es ilustrada con lo que ya ha ocurrido en relación a lo que antes entendíamos podía hacer un robot y cómo la ingeniera humana ha perfeccionado este para realizar incluso funciones que, en principio, se atribuían como genuinamente humanas. Una muestra de lo que las máquinas -inteligencia artificial- ha evolucionado en AL-RODHAN, N.: “Agentes de Inteligencia Artificial: prerequisites sobre derechos y dignidad”. Disponible en [Agentes_de_Inteligencia_Artificial_prepre.pdf](#)

ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea” [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube. Se detiene la autora en la evolución experimentada acerca del alcance del término inteligencia artificial y cómo en la actualidad no es preciso que nos encontremos ante un robot para poder hablar de inteligencia artificial pues *“no es necesario que tenga un sustrato físico”* y de ahí que nos hable del *“cerebro flotando”*.

La futura denominada Ley de Inteligencia Artificial (UE) actualmente en fase de propuesta, es consciente de la volatilidad del término y ya en la Exposición de Motivos (5.2.1) expresa que *“La definición de “sistema de IA” que figura en el marco jurídico pretende ser lo más tecnológicamente neutra posible y resistir al paso del tiempo lo mejor posible, habida cuenta de la rápida evolución tecnológica y del mercado en relación con la IA”*. De esta forma, en el art.3 define el sistema de inteligencia artificial como *“el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”*.

No obstante, de entre todas las posibilidades²⁷ acudiremos a la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno de 4 de diciembre de 2018. La inteligencia artificial queda definida por el “conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos”²⁸.

Ante ello, la inteligencia artificial engloba el “aprendizaje automático, razonamiento, programación y robótica”²⁹, entendiendo que ese aprendizaje automático incluye tanto el aprendizaje profundo³⁰ como el de refuerzo y junto a ello el denominado “razonamiento automático, incluidas la planificación, la programación, la representación del conocimiento y el razonamiento, la búsqueda y la optimización”³¹ y todos estos procesos han de estar presididos por los principios de “proporcionalidad e inocuidad, seguridad y protección, equidad y no discriminación, sostenibilidad, derecho a la intimidad y protección de datos, supervisión y decisión humanas, transparencia y explicabilidad, sensibilización y educación, responsabilidad y rendición de cuentas, gobernanza y colaboración adaptativas y de múltiples partes interesadas”³².

²⁷ Véase, RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo*, op.cit., p. 463 (glosario): “Para el Consejo Económico y Social Europeo es “la disciplina tendente a utilizar las tecnologías digitales para crear sistemas capaces de reproducir de forma autónoma las funciones cognitivas humanas, incluida la captación de datos y formas de comprensión y adaptación (solución de problemas, razonamiento y aprendizaje automáticos)” (Dictamen Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa, punto 2.2). Por su parte, la Comisión Europea la define, en su Libro blanco sobre la inteligencia artificial -un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, como colección de tecnologías que combina datos, algoritmos y capacidad de computación.

²⁸ La Carta antes mencionada, como ya tuvimos la oportunidad de indicar cuando abordamos el concepto de algoritmo, incluye un glosario para definir los términos a los que se aluden en este instrumento.

²⁹ FUMERO DIOS, I.S.: “Capítulo XVI. La gestión de los riesgos psicosociales en entornos de trabajo robotizados y dotados de IA” en VV.AA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Tomo II. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Laborum. 2020, p. 482.

³⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial en el trabajo*, op.cit., p. 458. Otra definición de esta autora. En el glosario se refleja que se trata del “sistema de autoaprendizaje automático en el campo de las redes neuronales en inteligencia computacional, basado en el manejo de datos, que va construyendo capas de datos que alimentan y mejoran el algoritmo, lo que implica que el algoritmo aprende a partir de las distintas capas de datos que se le van introduciendo, mejorando los patrones anteriores, y que el aprendizaje automático va mejorando a medida que progresa en su gestión de los datos introducidos, depurando su funcionamiento y aproximándose a los mecanismos neuronales del cerebro humano”. La autora incluye también ejemplos relativos a las plataformas “IBM Watson Developer Cloud..., Amazon Machine Learning..., Azure Machine Learning..., TensorFlow... o BigML”.

³¹ Conceptos todos ellos extraídos del Proyecto de Texto de la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (UNESCO. París. 41ª reunión. 9 a 24 de noviembre de 2021).

³² Máximas también a las que detenidamente dedica su atención el Proyecto de Texto de la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial anteriormente indicada.

Si descendemos a la realidad cotidiana, seamos más o menos conscientes de ello, son múltiples los ejemplos cotidianos del uso de la inteligencia artificial³³, considerándose inteligencia artificial los programas informáticos³⁴ que empleamos, siendo la clave de esta, la adaptabilidad continua.

De esta manera, nutrida de datos, la inteligencia artificial podrá “*aprender y descubrir incluso relaciones sutiles*” entre estos³⁵.

3. EUROPA ANTE LOS ALGORITMOS

Los usos y la virtualidad de los algoritmos en las diferentes dimensiones de la realidad humana³⁶ han procurado su atención mundial, lo que a su vez ha propiciado el diálogo entre los diferentes países del globo para ahondar en su conocimiento, proyección y posibilidades³⁷.

³³ SÁNCHEZ ZAPLANA, A.: “Breve introducción a la Inteligencia Artificial para todos los públicos”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Revista Especializada en Administración Local. Julio 2019. núm. 10. Versión electrónica (Smartteca). “...desde que encendemos nuestro smartphone, localizamos el mejor trayecto para un destino, utilizamos nuestro asistente personal para preguntarle cuál es la farmacia de guardia más cercana, encendemos algún servicio de streaming de vídeo y nos aconseja la última serie estrenada (que encima me gusta nada más comenzar a verla), escuchamos una lista de canciones recomendadas por una APP, compramos un artículo en una web del retail (de algo que necesitaba encima), se nos clasifican los mails que nos ofrecen una herencia de millones de \$ automáticamente en la bandeja de SPAM, uso un traductor online de chino a español, etc., estamos usando la Inteligencia Artificial... el tema es que hay muchos más usos de la inteligencia artificial que no son tan conocidos como la lucha contra la ciberdelincuencia, contra la pobreza extrema, contra el cambio climático, o algo menos sexy como elegir entre miles de curriculumas cuál es el que más encaja con las necesidades laborales o el propio sistema financiero”.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *Diario La Ley*, Nº 48, Sección Ciberderecho, 23 de febrero de 2021.

Las posibilidades que entraña el uso de la inteligencia artificial son realmente asombrosas. Así, en China, se emplea de forma generalizada un software de reconocimiento facial que permite discernir -a través de un sistema de cámaras impulsado por la empresa Huawei- para reconocer quiénes pertenecen a una etnia (aparte de la edad y sexo de la persona captada por la cámara).

La inteligencia artificial también tiene su reflejo en el ámbito policial. Países como EEUU, Reino Unido, Alemania o Suiza emplean métodos predictivos para reforzar actuaciones policiales en sectores concretos (así, fundamentalmente, barrios marginales) o calibrar las posibilidades que tienen los sujetos de delinquir (“policía predictiva”). Algoritmos de predicción policial: cuando la delincuencia tiene sesgo - Hablemos de Tecnologías (hablemosdetecnologias.com)

Otro ejemplo: Tay (un *bot* de conversación de inteligencia artificial creado por Microsoft) se volvió racista, antisemita y sexista. - BBC News Mundo.

³⁶ La proyección de la inteligencia artificial, de los algoritmos, en todas las facetas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina -no solo laboralista-. Por supuesto, en el campo de salud, pero también en sectores como la agricultura, medio ambiente, sanidad, contratación pública o los relacionados con la seguridad interior (entre otros). ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea” [Vídeo] *op.cit.*

³⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea”. [Vídeo] *op.cit.*: se refiere al proceso de diálogo bilateral entablado entre la UE con Canadá y Japón, así como (...)

La UE entiende que el empleo de los algoritmos lejos de resultar perjudicial en concreto para las relaciones laborales, puede entrañar una serie de ventajas en absoluto desdeñables. Ventajas estas que comenzando en el acceso más igualitario al trabajo, pasan por una mejora cualitativa de la salud laboral y, por supuesto, de las condiciones laborales en general. A pesar de esas repercusiones positivas³⁸, no desconoce los riesgos de diversa índole que existen³⁹ y la necesidad específica de garantizar el respeto a los derechos humanos.

En clave europea, nos encontramos -aún en fase de propuesta- con una norma que versa sobre la inteligencia artificial a nivel europeo, en la que se dedica especial atención a su vertiente ética. Se trata de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión de fecha 21 de abril de 2021 y que, a partir de este momento, enunciaremos genéricamente con la expresión simplificada de Ley de Inteligencia Artificial.

Esta norma parece mostrarse especialmente preocupada por las posibilidades que entrañan los sistemas de inteligencia artificial, y dada la probabilidad de que determinados usos encierren un encubierto pero real ataque a valores connaturales al ser humano, procede a prohibir determinadas prácticas⁴⁰.

las previsiones futuras de entablarlo con lugares como India, Australia o Singapur, así como con EEUU. Nótese -como advierte la ponente- que, por el momento, este intercambio de opiniones no se ha llevado a cabo con un referente en la materia que hoy abordamos: China.

Rescatando las palabras del presidente del Comité Especial del Parlamento sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital "*Europa necesita desarrollar una inteligencia artificial que genere confianza, elimine cualquier tipo de sesgo y discriminación, contribuya al bien común al tiempo que asegure que las empresas y la industria prosperan y generan prosperidad económica*". Discurso de Dragos Tudorache, eurodiputado rumano por los liberales de Renew Europe. Regulación de la inteligencia artificial en la UE: la propuesta del Parlamento | Noticias | Parlamento Europeo (europa.eu) (fecha de consulta: 21 de octubre de 2021).

³⁸ Vid. ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea" [Vídeo] *op.cit.*

³⁹ La Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, de 8 de abril de 2020 "*Los Estados deben incentivar la innovación tecnológica de acuerdo con los derechos humanos existentes, incluidos los derechos sociales y las normas laborales y de empleo reconocidas internacionalmente*".

⁴⁰ El art.5 desglosa las prácticas prohibidas. La enumeración de estas nos sitúa en una realidad de ciencia ficción digna de un argumento de película futurista. La inquietud que asalta al lector es considerable; se nos está alertando de que estas prácticas existen. Por destacar solo una: "... *técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra*". Nótese que, siendo conscientes de la posible innovación tecnológica, se arbitran fórmulas -art.6- para, siempre que concurren las circunstancias normativas señaladas, se puedan incorporar en la lista de sistemas prohibidos otras prácticas futuras.

Esa preocupación, también le lleva a calificar a determinados sistemas como de alto riesgo y, tras las consideraciones que menciona en el art.6⁴¹, realiza una enumeración a través del Anexo III de los concretos sistemas que quedan englobados bajo esta categorización⁴². Tras ellos, nos encontramos con las denominadas “obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA”, básicamente, pueden inducir en confusión al usuario o desconocimiento sobre la información que se está extrayendo⁴³.

Por último, cuando los sistemas no quedan englobados en ninguno de los apartados anteriores, se recoge una serie de normas de conducta aplicables a ellos⁴⁴.

⁴¹ El art.6 reza: “1. Un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación, con independencia de si se han introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b):

a) el sistema de IA está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, o es en sí mismo uno de dichos productos;

b) conforme a la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, el producto del que el sistema de IA es componente de seguridad, o el propio sistema de IA como producto, debe someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio.

2. Además de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA que figuran en el anexo III.”

⁴² El análisis de la actual propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (del Parlamento Europeo y del Consejo) califica -Anexo III- como sistema de inteligencia artificial de alto riesgo con relación al empleo: “4. Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo: a) sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas;

b) IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones”.

En relación a la Seguridad Social, en el apartado 5 de ese Anexo III: “Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios:

a) sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para acceder a prestaciones y servicios de asistencia pública, así como para conceder, reducir, retirar o recuperar dichas prestaciones y servicios”.

⁴³ Art. 52. Garantiza que el usuario conozca que quien le está atendiendo o con quien están interactuando -si fuera el caso- no es un humano que incluye no obstante la excepción al cumplimiento de esta obligación cuando se trate de “...situaciones en las que esto resulte evidente debido a las circunstancias y al contexto de su utilización”. Debiendo también ser informados del funcionamiento al usuario afectado por un “sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica”, así como de aquellos contenidos -“imagen, sonido o vídeo”- “...que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes, y que pueda inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos (ultrafalsificación)”.

⁴⁴ Art. 69, En su párrafo 1 encomienda a la Comisión y a los Estados miembros la tarea de fomento y facilitación en “... la elaboración de códigos de conducta destinados a promover la aplicación voluntaria de los requisitos establecidos en el título III, capítulo 2, a sistemas de IA distintos de los de alto riesgo...”

Examinados cada uno de los preceptos sobre esta clasificación, la doctrina⁴⁵ pone de manifiesto que si nos centramos en el sistema de relaciones laborales la mayor parte de los usos en torno a los sistemas de inteligencia artificial son de riesgo alto⁴⁶, sobre los que gravitan ciertas obligaciones que afectan a distintos intervinientes. Estos mandatos nos recuerdan a las normas que sobre seguridad y salud se plantean en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, siendo predicables tanto sobre los proveedores⁴⁷ como sobre los usuarios⁴⁸.

Y, tras la lectura de esta Ley de Inteligencia Artificial, aparecen las críticas. De un lado, por no haberse garantizado la presencia de los representantes de los trabajadores (dimensión colectiva en atención al control de estos sistemas) y de otro por no haber contemplado una serie de medidas específicas en el ámbito laboral⁴⁹.

Otra de las preocupaciones presentes en el ámbito europeo es la oscuridad bajo la cual se nos presentan los sistemas algorítmicos. Atendiendo a esta inquietud, el Consejo de Europa ha adoptado cinco máximas que deben inspirar su utilización y que se encuentran contempladas en la Carta ética europea sobre el

⁴⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea". [Vídeo] *op.cit.*

⁴⁶ Aplicaríamos, por tanto, los principios relativos a la transparencia (art.13), vigilancia humana (art.14), así como el relativo a la precisión, solidez y ciberseguridad (art.15).

⁴⁷ Arts. 16 a 23. Básicamente, y siguiendo también a ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea". [Vídeo], *op.cit.* las obligaciones son "*gestión de calidad, elaborar una documentación técnica, elaborar una evaluación de conformidad ex ante, de registro, correctoras, de información a autoridades nacionales y a organismos notificados*".

⁴⁸ En el ámbito laboral, usuario es el empresario, a quien se le debe información sobre los aspectos más definitorios de los sistemas de inteligencia artificial. Sin perder de vista la bondad de este mandato, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea" [Vídeo] *op.cit.*, se critica la ausencia de extender esa información a la representación de los trabajadores. Art. 29, relativo al uso de conformidad con las instrucciones de estos sistemas, pertinencia de los datos, información al proveedor o distribuidor si detectan algún riesgo.

⁴⁹ Nuevamente, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Dimensión jurídica de la IA en el derecho de la Unión Europea". [Vídeo] *op.cit.* Destaca varios aspectos no abordados. A título de ejemplo, en lo que aquí nos atañe, sobre la omisión del tratamiento de la discriminación.

Desde nuestro modesto punto de vista, no es el objeto de una Ley como esta el descender a un ámbito jurídico concreto. La misión es establecer un campo de actuación lo suficientemente genérico como para que todos los países de la Unión -con independencia de cuál sea la intensidad en la que se utilizan sistemas de inteligencia artificial- tengan un marco común, aplicable a todas las dimensiones de la realidad. Atender específicamente a cada uno de los problemas que se plantean en los diferentes sectores jurídicos es perder la perspectiva bajo la cual está siendo concebido este marco general. Este es el primer paso y sobre los Estados recae la obligación de mejorar, garantizar y velar porque la inteligencia artificial se ajuste a los parámetros más adecuados en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico interno, sin descartar la posibilidad de que a través de una acción conjunta y futura se pueda -acaso a través de Directivas- llevar a cabo una regulación más pormenorizada y ajustada a las necesidades concretas que se hayan planteado o que se puedan idear.

uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno⁵⁰. De esta forma, se destaca el principio de respeto de los derechos fundamentales, el de no discriminación, el relativo a la calidad y seguridad, el de transparencia⁵¹ y, por último, el atinente al control del usuario⁵².

El Consejo Económico y Social Europeo tampoco es ajeno al avance imparable de la inteligencia artificial, mostrándose preocupado porque los nuevos sistemas no anulen la voluntad y porque se garantice que la decisión final recaiga en todo caso sobre el ser humano⁵³.

Pero, y aunque en primera instancia queríamos recoger el esfuerzo llevado a cabo por entes internacionales -y particularmente entidades europeas- en torno a la digitalización, no podemos dejar de anotar la reflexión del profesor Goerlich, en torno a otro instrumento al que debemos hacer referencia: el Acuerdo Marco europeo sobre digitalización, alcanzado por los interlocutores sociales CES, Business Europe, SME United, y CEEP, así como por EUROCADRES/CEC⁵⁴. Partiendo de que “la tecnología representa un desafío y una amenaza para ambas partes contractuales” (específicamente trabajador y empresario) no podemos olvidar cómo el proceso de digitalización y el nivel de implantación de esta no es homogéneo en todos los estados -ni siquiera en los europeos-. Esa idiosincrasia de las naciones también ha de ser tenida en cuenta a la hora de diseñar un marco normativo⁵⁵ y

⁵⁰ Adoptada esta por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia con fecha 3-4 de diciembre de 2018. En ella se hace un llamamiento al respeto de los derechos fundamentales, haciendo expresa referencia al derecho de no discriminación. También se alude a la calidad y seguridad del procesamiento de los datos judiciales, así como la transparencia, imparcialidad, equidad y la máxima “bajo control de usuario”. Téngase en cuenta que, a pesar de su título, existe doctrina cualificada que entiende (de la lectura de la misma) que pueden aplicarse sus preceptos cuando se produce la gestión de personal de las empresas, de lo que se concluye la posible aplicación a los entes privados. Así, OLARTE ENCAÑO, S.: (26 de noviembre de 2021). “Los criterios retributivos y su modelación a través de IA: propuestas de mejora”. [Sesión de conferencia]. Discriminación algorítmica en el trabajo. Universidad de Granada.

⁵¹ Este deber se consigna expresamente en el art.13 de la Ley de Inteligencia Artificial.

⁵² Estos principios -con sus correspondientes definiciones- son puestas de manifiesto por PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *op.cit.*, p. 9.

⁵³ Dictamen CESE: “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa”, Dictamen de iniciativa, 2018/C 440/01. Insistiendo en esta idea, a título ejemplificativo, MOLINA NAVARRETE, C.: “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 457 (abril 2021), p. 8.

⁵⁴ Para un comentario extenso, vid. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”. *Temas Laborales* núm. 158/2021. Pp. 213-244.

⁵⁵ GOERLICH PESET, J.M: (6 de noviembre de 2021). VII Jornadas de Derecho Social de la Unión Europea. [Video]. En AEDTSS. *VII Jornadas de Derecho Social de la Unión Europea* (06/11/2020) - YouTube

Esquemas variados en función de realidades nacionales, sectoriales y empresariales.

enlaza con la idea anterior de que la futura Ley de Inteligencia Artificial no puede descender a detalles concretos, sino tan solo esbozar un marco común.

Un aspecto a destacar que nos parece relevante (acaso de suma obviedad para el lector paciente): toda esta amalgama de normas pone de manifiesto cómo el uso consciente, medido y respetuoso de la inteligencia artificial (y todo lo que detrás de ella existe) es una preocupación europea. Los sistemas empleados son universales y los problemas que se plantean también.

4. EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL ANTE LOS ALGORITMOS

Aun cuando carecemos, por el momento, de una norma legal que de forma interna aborde el empleo de la inteligencia artificial⁵⁶, sí que existe toda una amalgama de instrumentos normativos que pueden -deben- ser tenidos en cuenta cuando acudimos a los algoritmos para desplegar el haz de facultades empresariales que conforman el poder de dirección.

Situados concretamente en el Derecho del Trabajo, y teniendo en cuenta la afirmación que lleva a Molina Navarrete a afirmar que *“todo lo interesante que está pasando en las relaciones laborales está fuera del Estatuto de los Trabajadores”*⁵⁷, no podemos pasar por alto que la norma básica laboral no ha sido ajena a la irrupción de los algoritmos y de ello da cuenta el actual art.64.d)⁵⁸ que recoge el derecho de los representantes de los trabajadores a *“Ser informado(s) por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”*⁵⁹.

⁵⁶ El sindicato UGT, el 8 de febrero de 2021, propugnó la necesidad de promulgar una Ley de Justicia Algorítmica en las relaciones laborales. LAS DECISIONES ALGORÍTMICAS EN LAS RELACIONES LABORALES (ugt.es)

⁵⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: *“Big data y relaciones laborales”* [Vídeo] *op.cit.*

⁵⁸ Junto a este precepto, la doctrina especializada (RIVAS VALLEJO P.: *“Combatir la discriminación algorítmica a través de instrumentos jurídicos y formativos: la formación en perspectiva de género de los programadores y desarrolladores”*. (26 de noviembre de 2021) [Sesión de conferencia]. Universidad de Granada, completa el cuadro que, a la postre, va a suponer las excepciones a la potestad de no compartir y desvelar el algoritmo, tanto el art.2.c) de la Ley 1/2019 de 20 de febrero de Secretos Empresariales y el art.5 de la Directiva 2016/943.

MERCADER UGUINA, J. R. (2021). *“Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”*, *op.cit.*, p. 6, resalta cómo este precepto puede considerarse como la *“primera materialización”* de una de las necesidades advertidas por el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo consistente en *“...consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de IA que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores”*.

⁵⁹ Inclusión esta propiciada por el Real Decreto Ley 9/2021, de 11 de mayo. La incorporación de este nuevo apartado ha planteado nuevos interrogantes para nuestra doctrina -específicamente, OLARTE (...)

De otro lado, no se observa una preocupación generalizada por parte de la negociación colectiva a abordar aspectos relacionados con la implantación de los algoritmos, habiendo tan solo encontrado seis convenios colectivos en los que se aborda de forma más o menos tangencial esta cuestión⁶⁰.

ENCABO, S.: “Los criterios retributivos y su modelación a través de IA: propuestas de mejora”. [Sesión de conferencia]. *op.cit.*- que se pregunta acerca del alcance de la obligación y si esas garantías se aplicarían únicamente a las empresas que emplean la plataforma para prestar el servicio o su ámbito de aplicación se extendería a cualquier entidad empresarial. Se decanta por la segunda posición (en el mismo sentido, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Herramientas sindicales: la negociación colectiva.” (26 de noviembre de 2021) [Sesión de conferencia]. Universidad de Granada.

⁶⁰ A fecha del cierre del presente (6 de enero de 2022). Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021, núm. 247). En el art.35 incorpora los mencionados “derechos digitales”, dedicando un apartado -el 5- a los “derechos ante la inteligencia artificial. Las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las Empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia.

Las Empresas informarán a la RLT sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana.

Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.”

Algo menos extenso, el art.80 -también sobre derechos digitales- del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (Resolución de 17 de marzo de 2021, BOE de 30 de marzo de 2021): “5. *Derecho ante la inteligencia artificial. Las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las Empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia.*

Las Empresas informarán a la RLT sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.”

En el Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes (Resolución de 31 de mayo de 2021, BOE 11 de junio de 2021) se prevé la creación de un Observatorio sectorial integrado por los firmantes del Convenio que, entre otras tareas, asumirá la de prestar “especial atención a la utilización de algoritmos que incidan en las condiciones de trabajo” (Disposición Transitoria Undécima).

Por su parte, el XVI Convenio Colectivo de la empresa ONCE y su personal (Resolución de 8 de enero de 2018, BOE de 18 de enero de 2018) en el art. 73 para configurar como infracción del (...)

Merece la pena destacar, porque denota una preocupación en torno a su abordaje y por la exhaustividad en su tratamiento, el tratamiento que se realiza por parte de la Agencia Española de Protección de Datos sobre *big data*, a través de un código de buenas prácticas que tampoco se olvida de los algoritmos con la atención focalizada en el ser humano⁶¹.

Una última reflexión a modo de cierre del presente epígrafe. Si intentamos trascender por un momento y situarnos en el plano de la elucubración teórica para acercarnos a una conclusión que nos permita valorar en qué medida afectará al mundo del trabajo la automatización intensificada, se observa cómo no es posible entablar un debate totalmente desprovisto de consideraciones éticas o morales, que nos influirán a adoptar conclusiones pesimistas⁶² o, justamente las contrarias⁶³. De cualquier forma, también se señala que todas las ocupaciones

trabajador: “c.27) Descifrar, o intentar descifrar, las contraseñas, sistemas o algoritmos de cifrado y cualquier otro elemento de seguridad que intervenga en los procesos telemáticos de la Organización”.

Por último, Convenio Colectivo de la empresa Grupo Acha Movilidad-Lujua Txorierrri Mungialdea, S.A. (Resolución de 26 de febrero de 2021, BO Bizkaia 23 de junio de 2021, núm. 118). En esta ocasión, el algoritmo es un instrumento para ordenar el servicio de recogida de los trabajadores-conductores (art. 22).

El Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (Resolución de 15 de diciembre de 2021, BOE de 27 de diciembre de 2021, núm. 310). Aborda este la “*Inteligencia artificial en las relaciones laborales*” (art. 14). Se declara la expresa aplicación de la normativa completa de protección de datos, la aplicación de la “*Declaración Conjunta sobre Inteligencia Artificial, aprobada por los Agentes Sociales Europeos del Sector de Seguros el 16 de marzo de 2021*” y, por supuesto, se ponen de manifiesto las bondades de aquella en la dimensión laboral. El final del precepto señalado (el subrayado es nuestro): “*Las empresas informarán a la representación legal de las personas trabajadoras sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana.*”

⁶¹ Véase, PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *op.cit.* pp. 13-17 que analiza el contenido del Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos *big data* (Coord. ACED, E., HERAS, M.R y SÁIZ, C.A), disponible en [guia-codigo-de-buenas-practicas-proyectos-de-big-data.pdf](https://www.aepd.es/guia-codigo-de-buenas-practicas-proyectos-de-big-data.pdf) (aepd.es).

⁶² Así, en esta línea se encauzan autores como FREY C.B. y OSBORNE, M.A. “The future of employment: how susceptible are Jobs to computerization?”. *Technological Forecasting and Social Change*, 2017, 114, 254-280.

⁶³ Visión optimista encabezada por NEDELKOSKA, L. y QUINITINI, G.: “Automation, skills use and training”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*. 202. 2018.

Rescatando manifestaciones de la doctrina laboral, GONI SEIN, J.L.: “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”. *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019. P. 61: “*La robótica seguirá siendo un subproducto humano, porque la creatividad es algo esencialmente humana. Por más que los robots actúen con un alto grado de autonomía, y sean capaces de generar sus propias instrucciones, no hay que dejar de ver, detrás de cada robot a la acción humana*”. En otro momento de su trabajo (p. 63) llega a afirmar que “*De momento, el avance de la automatización está siendo limitado y no se han perdido tantos puestos de trabajo como se ha venido vaticinando*” por lo que “*En todo caso parece innegable, que se producirá una transformación de los modelos de producción y que ello tendrá repercusiones laborales y sociales para el colectivo de trabajadores*”.

laborales no resultarán afectadas en igual medida, existiendo determinadas profesiones más susceptibles que otras en las que los humanos podemos ser reemplazados con mayor facilidad⁶⁴.

5. UNA SUCINTA REFERENCIA A LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA

Dado que hasta la fecha carecemos de postulados legales directos que incidan en la proscripción del derecho a la no discriminación cuando se emplean los algoritmos, se hace necesario rescatar la normativa que con carácter general contempla el derecho a la no discriminación para tratar de casar esta con el empleo de los distintos mecanismos algorítmicos, especialmente en las relaciones laborales.

Nada originales somos cuando destacamos, en lo que hace a nuestro arsenal normativo, al art.14 CE como plasmación de la dignidad humana. Recordar también que esa proclamación de igualdad se desprende del art.35 CE.

Otros textos que merecen ser tenidos en consideración vienen dados por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁶⁵ y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁶ y referencias a los algoritmos, y la necesidad de que estos no sean discriminatorios, también nos las encontramos en textos como el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre⁶⁷.

Por su parte, MOLINA NAVARRETE, C.: *"Big data y relaciones laborales"* [Vídeo]. Expone un dato desde el cual podemos extraer nuestras propias conclusiones: *"los países que han aplicado más big data han tenido más éxito (así, China)"*.

El Foro Económico Mundial, 2018: MERCADER UGUINA, J.R.: (29 de septiembre de 2021) *"¿La digitalización crea, destruye o transforma el empleo?"* [Vídeo]. Congreso Internacional UJA. Panel de Ponencias I - *¿La digitalización crea, destruye o transforma el empleo? - YouTube* *"Casi el 50 por ciento de las empresas esperan que la automatización lleve a una reducción de su fuerza de trabajo a tiempo completo en 2022"* (nótese que la fecha es anterior a la irrupción de la pandemia, por lo que, no es descabellado pensar que el porcentaje pueda ser mayor).

⁶⁴ Más que de profesiones concretas, reflejamos habilidades requeridas. De esta manera, hoy por hoy al menos, existe un consenso sobre lo que se requerirá en el futuro laboral. Habilidades como *"creatividad o el razonamiento deductivo"* *"comunicación, el trabajo en equipo, el liderazgo o la negociación"* son las aptitudes destacadas por *"Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. España 2050"*. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.

⁶⁵ BOE de 31 de diciembre de 2003.

⁶⁶ BOE de 23 de marzo de 2007. En el art.5 se establecen las excepciones, esto es, situaciones que no constituyen discriminación en el acceso de empleo. La interpretación del precepto -como ya han tenido la oportunidad de señalar nuestros tribunales, v.gr. acceso al trabajo en minas reservado a hombres: STC 22/92 de 14 de diciembre - ha de ser restrictiva.

⁶⁷ por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024. Combina la necesidad de acompañar a cada individuo (y empresa) *"a lo largo de todo el proceso laboral"* *"...que (...)*

En la dimensión legal, y apegados al terreno laboral, acudimos a los artículos 4.2.c) y, por supuesto, el art. 17.1, ambos del Estatuto de los Trabajadores; la propia Ley de Empleo⁶⁸ (aun con las acertadas críticas por parte de la doctrina iuslaboralista) y la Ley de Infracción y Sanciones del Orden Social⁶⁹ que representa la reacción normativa a los comportamientos transgresores.

Por supuesto, la Unión Europea no ha permanecido ajena al problema que la desigualdad representa. Para lograr el objetivo de proscripción de la discriminación, existen directivas que específicamente promueven la igualdad racial (Directiva 2000/43/CE)⁷⁰, la igualdad de trato en el empleo (Directiva 2000/78/CE), la de hombres y mujeres (2006/54/CE)⁷¹, igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios (2004/113/CE), gravitando sobre la base de la distinción entre la forma de discriminación directa o indirecta⁷².

debe complementarse con el proceso de digitalización de los servicios públicos de empleo, con la incorporación del Big Data y la Inteligencia Artificial, garantizando enfoques específicos basados en el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación..."

⁶⁸ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

⁶⁹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁷⁰ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁷¹ La Recomendación de la Comisión Europea sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Allí se recoge -y de nuevo esta circunstancia se pone de relieve por OLARTE ENCABO, S.: Los criterios retributivos y su modelación a través de IA: propuestas de mejora. [Sesión de conferencia] *op.cit.*, la necesidad de que se creen nuevos mecanismos tendentes a esa igualdad real, toda vez que la Directiva mencionada agotó su contenido. Otro instrumento que redunda en la igualdad salarial de género -también puesto de manifiesto por idéntica autora- la Resolución del Parlamento europeo de 30 de enero de 2020 sobre la brecha salarial de género. Alerta también de que la Directiva 1152/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea no establece previsión alguna sobre el salario en relación con los mecanismos de determinación propiciados por la inteligencia artificial.

⁷² FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: (2013, febrero, 13). "La discriminación en el trabajo (II): discriminaciones indirectas". [Mensaje en Blog]. Recuperado de La discriminación en el trabajo (II): discriminaciones indirectas | AFLabor (wordpress.com).

Tras enunciar cómo los arts.4.2.c) y 17 del ET "*prohíben las discriminaciones indirectas*" destaca de su lectura que estos preceptos no se encargan de delimitar este concepto. El autor acude, ante ello, a "*diferente normativa o jurisprudencia...*" Tras el examen exhaustivo, resalta la concurrencia de los siguientes elementos para que se aprecie la discriminación indirecta: "*1.-Una norma, pacto o decisión aparentemente neutra, es decir, que no tenga ánimo discriminatorio. 2.- Esta norma, pacto o decisión debe provocar una desventaja para una persona respecto de otras, en atención a un motivo prohibido de discriminación de los que aparecen enumerados en el artículo 14 CE y en los artículos 4.2.c) y 17.1 ET.3.- Esa norma, pacto o decisión no tiene una finalidad legítima ni justificación objetiva alguna. Si falla alguno de estos 3 requisitos NO estaremos ante una discriminación indirecta*".

Temprana, contundente y coherente en las distintas Directivas antes enunciadas se nos definen las dos formas de discriminación: directa e indirecta. De esta manera, se apreciará discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, discapacidad, edad, orientación sexual, origen racial o étnico concreto respecto de otras personas, sin que exista una justificación objetiva, pues no hay una finalidad legítima. Todo ello, a salvo de que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios⁷³, para lo cual resulta de utilidad comprobar si existen otros caminos viables que incidan en menor medida en la máxima de la igualdad de trato.

Por el contrario, en la discriminación directa una persona es tratada desfavorablemente en atención a su sexo, género, edad, raza, etnia, religión o creencia, salud, discapacidad u orientación sexual.

6. ALGORITMOS, *BIG DATA* E INTELIGENCIA ARTIFICIAL ANTE LAS RELACIONES LABORALES

La revolución tecnológica, la importancia de *big data*, de los algoritmos, de la inteligencia artificial traída al mundo del trabajo⁷⁴ nos sorprende a los que venimos de otra época en la que las ideas antes referidas se podían leer o ver en novelas y películas de ciencia ficción. No obstante, hagamos nuestra la pregunta de Molina Navarrete: realmente este nuevo mundo laboral ¿es tan diferente del anterior? Concretamente, ¿el empresario se mueve en la actualidad impulsado por otros intereses? Este autor compara estas nuevas técnicas y no puede más que concluir que el objetivo al que se dirigen estas no es más que lograr la rentabilidad de los recursos humanos, a través -eso sí- de fórmulas más depuradas, para seleccionar a los mejores candidatos, retener a los más cualificados talentos y procurar la salida de aquellos empleados que aportan menor valor añadido⁷⁵.

Por supuesto, destacar en este apartado la labor que ha llevado a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos perfilando -a la luz de concretos supuestos de hechos- el concepto de discriminación.

⁷³ El concepto de discriminación indirecta es el mismo en todas las Directivas antes indicadas, variando tan solo razón por la que se discrimina.

⁷⁴ Las empresas, con base al art.38 de la Constitución, pueden hacer uso de estas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales, tal y como destacara SERRANO FALCÓN, C.: "Proceso de contratación política de empleo y uso de algoritmos". [Vídeo], *op.cit.*

Esta invasión de la inteligencia artificial a cuantas facultades ostenta el empresario es puesta de manifiesto por MERCADER UGUINA, J. R.: "Algoritmos y derecho del trabajo", *op.cit.*, p. 64.

⁷⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: "*Big data* y relaciones laborales". [Vídeo]. *op.cit.* En definitiva, siguiendo a este autor, lo que el empresario persigue -véase la similitud con respecto al modelo tradicional de relaciones laborales- es que "*haya los mínimos tiempos muertos*".

Ciertamente, nos encontramos ante un nuevo sistema de gestión de recursos humanos que probablemente nos impulse a hablar de un nuevo modelo de relaciones laborales que se ha visto, de otro lado, propulsado por la crisis sanitaria desencadenada por la COVID-19⁷⁶ y que -aparte de las manifestaciones trascendentales que hemos tratado de indicar en el párrafo anterior- también tiene su proyección en aspectos tales como la asignación a puestos de trabajo⁷⁷, planteando nuevos problemas que merecen reflexiones detenidas para tratar de alcanzar las mejores soluciones dentro de las alternativas posibles que es, de otro lado, lo que pretenden los propios algoritmos.

El problema no estriba en el uso de nuevas técnicas -en concreto de los algoritmos- para ser más eficientes en el plano de la gestión de los recursos humanos, sino en el riesgo que tenemos como humanos de pervertir estos sistemas algorítmicos, de tal forma que aparezcan los temidos sesgos o, por seguir en esta ocasión a nuestra RAE, “errores sistemáticos en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras”. La aparición de estos sesgos, con el sentido antes indicado, se incrementa cuanto más sean los datos que maneja el algoritmo y las soluciones posibles también se multiplican en atención a la cantidad de información que se suministra.

La aplicación de los algoritmos a las relaciones laborales es una realidad y la contemplación de estos debe realizarse -a nuestro juicio- teniendo en cuenta que hemos de desechar la idea de que las máquinas no discriminan⁷⁸.

⁷⁶ Numerosos autores destacan esta circunstancia. Como botón de muestra: MOLINA NAVARRETE, C.: *Big data y relaciones laborales*. [Vídeo]. *op.cit.*

⁷⁷ Véase, aun cuando negando la petición de que se trate de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2021 (AS 2021/1434) en relación a la implantación de un sistema de asignación de puestos de trabajo, conocido como *hot desk*, que implicaba que los trabajadores de la empresa no tuvieran un puesto de trabajo asignado, sino que este se adjudicaba en atención a la petición previa del empleado a través de una aplicación informática, esto es, de un algoritmo.

⁷⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *op.cit.*, p. 8. “Los sistemas de decisión algorítmica se venden como el método más eficaz para valorar un inmenso conjunto de situaciones y personas sin introducir sesgos. Su -ilusoria- objetividad evitaría tanto la incertidumbre en la decisión (conocimiento intuitivo, corazonadas, impresiones, sesgos de la experiencia pasada), cuanto el efecto discriminatorio (estereotipos sociales, prejuicios, etc.). Por supuesto, todo a un módico precio”.

Que los algoritmos incorporan sesgos discriminatorios es una realidad incontestable. Así, y a título de ejemplo y por lo coetáneo con estas líneas, el Proyecto de Texto de la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (París. 9 a 24 de noviembre): “Considerando que las tecnologías de la IA pueden ser de gran utilidad para la humanidad y que todos los países pueden beneficiarse de ellas, pero que también suscitan preocupaciones éticas fundamentales, por ejemplo, en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas.”

Téngase en cuenta que aunque nuestra mirada se proyecta hacia el mundo del trabajo, los algoritmos tejen su tela, expandiéndose al sector público a fin de examinar conductas, predecir también perfiles que son más susceptibles de cometer fraudes y, también para ofrecer retratos robots susceptibles de ser los candidatos ideales para la obtención de determinadas prestaciones públicas⁷⁹.

En cualquier caso, uno de los derechos que puede resultar seriamente comprometido es el de no discriminación. Tan es así que incluso se ha introducido una expresión específica cuando este derecho lo conculca un algoritmo: “discriminación algorítmica”⁸⁰ que es “la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas”⁸¹ y “Ello ocurre porque el aire que respiran los algoritmos, los datos, puede encontrarse viciado por lo que las decisiones automatizadas resultantes se encontrarán, igualmente, corrompidas”⁸².

⁷⁹ SORIANO ARNANZ, A.: “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *op.cit.*, “En el sector público, los algoritmos se emplean en la configuración de los sistemas de ayudas públicas, en la provisión de servicios públicos y también en la actividad desarrollada por los cuerpos y fuerzas de seguridad, así como en otras clases de actividades de limitación, con una creciente incidencia en los procesos de análisis de datos y detección de pautas que permitan identificar conductas, o incluso preverlas, dentro de las actividades de inspección y control.”

⁸⁰ Es este un concepto que con naturalidad se ha deslizado en las páginas de nuestra doctrina. Véase, MERCADER UGUINA, J. R. (15/02/2021). “Discriminación algorítmica en el trabajo y derecho fundamental a la transparencia: ¿Debemos (podemos) regular los algoritmos?” *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/discriminacion-algoritmica-en-el-trabajo-y-derecho-fundamental-a-la-transparencia-debemos-podemos-regular-los-algoritmos/>

⁸¹ MERCADER UGUINA, J. R. (2021). “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del *big data*”, *op.cit.*, p. 6.

⁸² MERCADER UGUINA, J.R (Febrero 2021) “La regulación de los algoritmos”. Debate online. *Conversaciones online desde la Fundación Ramón Areces*. Madrid. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ZFFQ9rk461A>. Es esta una idea reiterada por el Profesor Mercader (minuto 15:39). “Los algoritmos no tienen imaginación [...] no incorporan emoción”.

Del mismo autor, MERCADER UGUINA, J. R.: “Algoritmos y derecho del trabajo”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52, 2019, p. 64.

Siguiendo con este autor, MERCADER UGUINA, J. R (15/02/2021). “Discriminación algorítmica en el trabajo y derecho fundamental a la transparencia: ¿Debemos (podemos) regular los algoritmos?” *op.cit.* “Los algoritmos respiran el aire de los datos y si estos datos están contaminados también lo estarán los resultados que obtengamos. De ello es consciente el ...actual, Comité Europeo de Protección de Datos, en adelante, CEPD) que en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2021/679... ya subrayó los riesgos de estas fórmulas... La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social”.

MERCADER UGUINA, J. R. (2021). “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del *big data*”, *op.cit.*

Téngase presente que aunque nos centremos en el ámbito laboral, la conculcación al derecho a la igualdad puede producirse en diferentes órdenes jurídicos⁸³.

7. PROCESOS DE SELECCIÓN, ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN

Una de las funciones que tradicionalmente se viene atribuyendo al departamento de recursos humanos es la relativa al reclutamiento⁸⁴, la selección de aquel candidato que se acerca más y mejor a los ideales empresariales. Para llevar a cabo esta misión, en la actualidad, las personas encargadas de ese proceso tienen a su disposición multitud de información sobre los pretendientes a trabajador que, desde luego, trasciende a la que estos puedan verter en sus currículos. Las mismas consideraciones se pueden exportar a las agencias de colocación al realizar funciones de intermediación laboral⁸⁵.

Así, el personal encargado de seleccionar a un candidato puede completar la información que este le suministra acudiendo a otras fuentes que también sirven, directa o indirectamente⁸⁶, para vender nuestra fuerza laboral y que no

⁸³ Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020 que aprecia la existencia de un sesgo discriminatorio en el sistema de algoritmos empleado por el gobierno de Países Bajos. El algoritmo tenía como objetivo la evaluación de la posibilidad de fraude a instituciones como Seguridad Social y Hacienda. La sentencia enunciada estima vulneración del art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y aunque el fin sea legítimo, *“el modelo de riesgo elaborado en estos momentos por SyRI (esto es el algoritmo) puede tener efectos no deseados, como estigmatizar y discriminar a la ciudadanía, por la ingente cantidad de información que recoge”*. Uno de los colectivos afectados era el del grupo de personas con menor capacidad económica.

El objetivo era legítimo (esta circunstancia fue puesta de manifiesto por MOLINA NAVARRETE, C.: *“Big data y relaciones laborales”*, [Vídeo] *op.cit.*, *“Reconoce tres cosas: el objetivo es legítimo” (la prevención y control del fraude) “genera riesgos” (discriminación a trabajadores, pensionistas o empresas o autónomos) y “como no es suficientemente transparente el sistema digital lo declara nulo”*.

⁸⁴ El acceso al empleo en condiciones de equidad está reconocido por el art. 35 CE. A mayor abundamiento, la Directiva 2000/78, en su art. 3.1 que incluye dentro de su amparo *“a) 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”*. Aplicable también la Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78. Aspectos estos resaltados por -a título de ejemplo- STJUE de 28 de julio de 2016 (C-423/15, TJCE 2016/305).

⁸⁵ La Ley de Empleo, Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, que en su art.31 define a la intermediación laboral como el *“conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación.”* Un estudio sobre la evolución y agentes en FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: *“Intermediación laboral y discriminación”*. *Dona, treball i noves tecnologies*. Lleida, 4 de marzo de 2020. Disponible en Intermediación laboral digital y discriminación Jornada Lleida, 4 de marzo de 2020 (uoc.edu)

⁸⁶ Así, Facebook, en función de la información suministrada por el usuario en relación a la profesión ejercida, hace llegar ofertas de trabajo -a través de los algoritmos- a la persona aun cuando no esté en búsqueda activa de empleo. FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: (15/septiembre/2020). *Intermediación laboral (...)*

siempre se circunscriben a la dimensión netamente profesional pero que pueden resultar relevantes a la hora de escoger a un trabajador⁸⁷.

En la medida en que la información se multiplica exponencialmente y no se halla condensada en un único surtidor, el responsable de llevar a cabo el proceso de cobertura de la vacante se puede sentir abrumado, entre otras razones porque los datos sean inmanejables e imposibles de procesar por nuestro cerebro limitado.

La solución, no obstante, es sencilla. Aprovechemos las ventajas que nos ofrecen los algoritmos para ordenar la información, procesarla, desechar aquella que no es interesante a los fines pretendidos y una vez obtenida la que es relevante, contrastarla obteniendo así -por vía de comparación- al mejor candidato posible de todos los que se han postulado -directa o indirectamente- a ese proceso de selección.

De esta manera, si el humano define el perfil requerido para un puesto de trabajo (qué cualidades se precisan, qué tipo de aptitudes se requieren), los algoritmos harán el resto. Esto es, podrá, en función de los parámetros que le ofrezcamos, decidir cuál es el trabajador idóneo⁸⁸.

Presentada así esta idea puede llegarse a la conclusión inicial de que el proceso de toma de decisiones a través de algoritmos es el más adecuado. Contempla toda la información de todos los candidatos y objetivamente selecciona el "mejor". No se corren riesgos de que las personas encargadas del proceso puedan verse influidas por prejuicios, ideas preconcebidas o sensaciones que, actuando a modo de intuiciones, desencadenen una decisión con tintes espurios. En definitiva, se cercena el riesgo de la discriminación desde ya antes del inicio de la relación laboral. Pero, ¿esta inicial aseveración resiste un análisis más pausado? ¿Carece de sesgos nuestra afirmación?

Lamentablemente la conclusión es errónea⁸⁹ y para fundamentar esta manifestación -sin perjuicio de que podamos aspirar a que en el futuro los

digital y discriminación. [Sesión de conferencia]. Centre Dolors Piera Universitat de Lleida. Taula rodona. Dona, Treball i Noves Tecnologies - YouTube.

De igual modo, con la plataforma LinkedIn y las sugerencias de empleo e incluso solicitud de preferencias.

⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (21-22 de junio de 2018). "Los sistemas reputacionales de la economía colaborativa ¿una barrera en el derecho al trabajo? [Sesión de conferencia]. Collaborative Economy: Challenges and Opportunities. Actas del 14^º Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona. 2018-idp_uoc.pdf (wordpress.com). "No cabe duda de que el estado de la tecnología de la que estamos hablando (algoritmos, macrodatos, etc) permite la elaboración de perfiles y la evaluación de datos diversos de un trabajador (valoraciones de terceros, datos profesionales, etc.) que al final se tienen en cuenta para que sea contratado o no".

⁸⁸ MERCADER UGUINA, J. R.: "Algoritmos y derecho del trabajo". *op.cit.*, p. 64.

⁸⁹ OLARTE ENCABO, S.: "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 (...)

algoritmos nos puedan ofrecer una respuesta ecuánime a los problemas que se nos planteen- acudimos nuevamente a nuestra doctrina más especializada que ha puesto de relieve que determinadas plataformas que han hecho descansar sus procesos selectivos en los algoritmos, a la postre, excluyen a determinadas personas de la posibilidad de acceder a la oferta de empleo⁹⁰ en atención a datos que en sí mismos no son censurables pero que tienen -una vez se analizan- un impacto discriminatorio que no puede soslayarse (*v.gr.*, las conclusiones que se pueden alcanzar en atención al lugar en el que se encuentra la residencia del candidato⁹¹). En ocasiones, el sistema algorítmico se presenta como defectuoso y, al no reconocer una concreta información, acaba por expulsar del mercado laboral a determinadas personas⁹² .

No siempre es sencillo detectar el momento en que se produce la lesión al derecho a no ser discriminado. La selección a trabajador no es instantánea, sino que lo habitual es que tras hacerse pública la vacante y los requisitos que *a priori* el candidato ha de cumplir, se lleve a cabo -tras la recepción de las candidaturas- la criba entre estas y posteriormente la entrevista de selección de los finalistas, sin

Laboral número 119. 2020. P. 82. Esta autora nos hace ver cómo “...la aplicación de esta tecnología que implica posesión y tratamiento de datos personales, constituye una realidad ambivalente, en la medida en que, a la vez que puede redundar en la mayor eficiencia en la intermediación laboral y la gestión de personal para las empresas, ello genera una mayor vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, no solo de la intimidad y la dignidad, sino del derecho a la no discriminación en el acceso al empleo, que es un derecho consagrado en el art.35.1 CE cuyo contenido se concreta, según doctrina constitucional consolidada, en el derecho al acceso al empleo sin discriminación, así como en el derecho a no ser privado del trabajo sin una causa justa en derecho”.

⁹⁰ Seguimos con FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: "Trabajo, algoritmos y discriminación", en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M y TODOLÍ SIGNES, A. (Dtores.): *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Thomson-Reuters Aranzadi, 2020. La plataforma concreta es *Work-Today* y el mismo tratamiento de exclusión tiene el candidato que no se presenta a la entrevista de trabajo previamente concertada.

El gigante Amazon empleó -2014- un software para seleccionar el mejor candidato a una oferta de empleo. El resultado fue la exclusión de mujeres en el proceso; el sistema había sido entrenado para descartarlas con base a los datos previos que le mostraban que el perfil ideal era el de un hombre. El sistema era sutil: descartaba a las demandas de empleo de mujeres cuando detectaba en el currículum de estas el empleo de un vocablo en femenino. Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women | Reuters

⁹¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2020/noviembre/17). "Discriminación por nacionalidad en la búsqueda digital de empleo en la Unión Europea". [Mensaje en Blog]. Recuperado de Discriminación por nacionalidad en la búsqueda digital de empleo en la Unión Europea (uoc.edu).

⁹² Analizada esta cuestión por nuestra doctrina laboral (así, GINÈS I FABRELLES, A.: "Sesgos de género en el uso de la IA en el ámbito del trabajo". [Vídeo] *op.cit.*) se detecta que empresas como Amazon, IBM, Uber emplean sistemas de reconocimiento facial que dificultan el reconocimiento a determinadas personas. En concreto, IBM presentaba un porcentaje de error del 35% frente al 0,8% de hombres blancos. La razón es que el algoritmo está entrenado en función de los datos suministrados y en estos apenas hay presencia de mujeres de color, de ahí el resultado. Este efecto discriminatorio fue corregido hasta llegar al 17% en el caso de IBM. En el caso de Uber se excluyeron a personas transgénero porque el algoritmo no las reconocía.

descartarse que previamente se hayan materializado otras técnicas, incluso grupales que sirven a modo de preselección. Ninguna de estas fases está exenta de valoraciones personales por parte de los reclutadores y, por lo tanto, en ninguna de ellas se puede descartar que determinados pretendientes hayan sido expulsados del proceso por motivos discriminatorios⁹³. Lamentablemente esta situación se complica más porque este estadio precontractual no ha sido contemplado expresamente por la normativa, ni por la negociación colectiva, existe escasa intervención de Inspección de Trabajo y no hay pronunciamientos judiciales dictados en esta fase⁹⁴.

Todas estas dificultades se tornan mayores cuando nos hallamos ante procesos para cubrir vacantes en las empresas privadas⁹⁵.

Pero, centremos, a partir de este momento, nuestra atención en los procesos de selección que llevan a cabo las empresas auxiliándose de los algoritmos y amparadas por el principio de libertad de empresa. Desde este momento, esto es cuando la entidad acude a sistemas algorítmicos para afrontar los procesos de

⁹³ En ocasiones, la discriminación es incluso anterior a la apertura del proceso de cobertura de vacante. Recuérdese, la STJCE de 10 de julio de 2008, C-54/07 (TJCE 2008/157) que resolvió la cuestión prejudicial suscitada por el órgano judicial competente belga. Se declara contrario al Derecho a la Unión (concretamente a los postulados contenidos en el art. 8.1 Directiva 2000/43) *“Las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial”. Estas aseveraciones que realizó en su momento el empleador bastan para “presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria”*.

En la Sentencia antes indicada, se resuelve un supuesto en el que un empresario de nacionalidad y residencia belga manifiesta públicamente su intención de no contratar a personal extranjero, amparándose en su libertad empresarial y la convicción de que sus potenciales clientes no querrían relacionarse con su empresa si la imagen de esta venía representada por una persona extranjera. De esta forma, una de las conclusiones alcanzadas por el TJUE es que *“El hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000”*.

⁹⁴ SERRANO FALCÓN, C.: *“La selección a través de modelos de IA”*. [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube. La ponente puso de manifiesto estas tres circunstancias relativas a la ausencia de pronunciamientos judiciales, silencio de la norma estatal y de los convenios colectivos y escasas actuaciones inspectoras (doscientos sesenta actuaciones de enero a diciembre de 2019). En concreto, en relación a la Ley de Empleo se observa su tendencia -no solo en este particular aspecto- de no ofrecer respuesta a determinados interrogantes que surgen en torno a esta fase pre-inicial. Destacar -como lo hace la autora- la guía de la AEPD que versa sobre selección.

⁹⁵ Es más ostensible cuando la convocatoria es pública el apreciar -a nuestro juicio- la lesión al derecho a la no discriminación; de un lado, porque la oferta es visible de forma general para todo el público (o al menos, el interesado), existen más medios para combatir esos abusos por cuanto la presencia sindical es más fuerte (por nacional) que en la empresa privada (sobre todo, si lo comparamos con sociedades unipersonales o de pequeña dimensión).

selección⁹⁶, se encuentra con una nueva obligación que es la que se señala en el joven art.64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores y, así, en atención a lo que en él se dispone, se establece una obligación de información a los representantes de los trabajadores.

Una vez se alcanza la decisión de acudir a los sistemas antes indicados para la búsqueda de candidatos, se abre -siguiendo a Serrano Falcón⁹⁷- la segunda de las fases denominada “*búsqueda de candidatos*” y, en ese momento, esa búsqueda se podrá realizar a través de fórmulas variopintas que van desde la propia página web de la entidad, hasta acudir a otros portales de empleo o redes sociales y por supuesto al Servicio Público de Empleo⁹⁸, sin descartar la acción *pull* que permite que sea la propia empresa la que capte posibles candidatos.

Ya desde ese instante sería posible que aparecieran los sesgos discriminatorios -desde la concepción y configuración de las ofertas de empleo⁹⁹- pues “*La tecnología parece capaz de inferir ciertas características personales basadas en otros datos*”¹⁰⁰ y aunque esto parece más sofisticado, lo cierto es que la aparición de

⁹⁶ Esta decisión de acudir al algoritmo para seleccionar al trabajador futuro no es alcanzada exclusivamente por las empresas de grandes dimensiones. Este aspecto no es baladí porque da cuenta de las posibilidades potencialmente universales de discriminación. Si los algoritmos son empleados por todas las empresas, con independencia de cuál sea su dimensión, se universaliza el destinatario de la eventual discriminación.

La extensión del algoritmo por cuanto la empresa puede acudir a un servicio externo que se encargue de la contratación de la fuerza laboral (consultora, ETT, adquisición -incluido el alquiler del sistema algorítmico) es una idea puesta de manifiesto por TODOLÍ SIGNES, A.: “Sesgos de género en el uso de la IA en el ámbito del trabajo”. [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube).

⁹⁷ SERRANO FALCÓN, C.: “La selección a través de modelos de IA”. [Vídeo], *op.cit.*

⁹⁸ En ocasiones, la empresa solicitante es la que se dirige a los posibles candidatos. El inconveniente es que solo se dirigía a un grupo, lo que suponía una preselección de los potenciales candidatos “*quirúrgica y aséptica*” (siguiendo a RIVAS VALLEJO, P.).

⁹⁹ OLARTE ENCABO, S.: “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo, impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *op.cit.*, pp. 92 y 93 en las cuales nos relata la práctica discriminatoria (ya corregida) llevada a cabo por Facebook por medio de la cual solo a determinadas personas que presentaban un perfil específico les era mostrada una oferta de empleo.

¹⁰⁰ TODOLÍ SIGNES, A.: “Sesgos de género en el uso de la IA en el ámbito del trabajo”. [Vídeo] *op.cit.* De esta forma, el algoritmo llega a una serie de conclusiones en función de los datos suministrados que, en principio, no parecen tener una conexión directa con la información que tiene en consideración.

A la mente acude la muestra ofrecida por la profesora GINÈS I FABRELLES, A.: “Sesgos de género en el uso de la IA en el ámbito del trabajo”. [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube). *Gild* es una empresa que básicamente elabora perfiles para empresas tecnológicas; ello le lleva a estar interesada no solo en la valoración curricular del candidato, sino también si existen posibilidades de que este se integre en la comunidad digital y la valoración del capital social e integración en la comunidad digital de las personas candidatas. Esta última información la extrae (...)

los sesgos puede proceder de la propia concepción del algoritmo, por cuanto que este se construya a base de parámetros que ya, en sí mismos considerados, son discriminatorios en la medida en que repliquen modelos anteriores que están viciados de este mismo problema¹⁰¹.

Tanto una como otra fórmula de aparición del sesgo es facilitada por programas o herramientas que se pueden emplear para rentabilizar los recursos cuando se pone en marcha un proceso de selección¹⁰² y que, incluso, pueden llegar a analizar las emociones de los candidatos a través de sus expresiones faciales¹⁰³, así como las “*características físicas y psicológicas tales como el origen étnico, emociones y bienestar*”¹⁰⁴; de otro lado, el candidato corre el riesgo de quedar fuera de los procesos por cuestiones que sí podría salvar la presencia humana, tales como el tono de voz¹⁰⁵ o incluso no emplear la palabra exacta que está buscando ese sistema algorítmico.

conociendo si la persona en cuestión visita determinadas páginas webs. El algoritmo usado -que fue entrenado sobre una base de datos de más de 6 millones de personas- realizaba la siguiente inferencia: la persona con fuertes habilidades de programación realiza visitas a una página web concreta de cómic de manga japonés. Esta inferencia resulta discriminatoria, por cuanto las personas de sexo femenino no suelen visitar este tipo de páginas.

¹⁰¹ Tres son los tipos de sesgos que expone el profesor TODOLÍ SIGNES, A.: “Sesgos de género en el uso de la IA en el ámbito del trabajo”. [Vídeo]. *op.cit.* Los que infieren “*ciertas características personales basadas en otros datos*”, los que se refieren a “*la propia construcción del algoritmo*” y, por último, señala “*Cuando un algoritmo está al mando, en general, las minorías estarán en desventaja*”, aunque desde nuestro punto de vista estos últimos no son más que los efectos de los dos anteriores.

¹⁰² Vid. RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio op.cit.*, pp. 241-246 bajo el epígrafe: “*Selección algorítmica de candidaturas: métodos*”.

¹⁰³ MORENO CÁDIZ, S.: “Inteligencia Artificial en la selección de trabajadores. Técnicas utilizadas y evidencias empíricas” [Vídeo] en Jornada Discriminación Algorítmica laboral (1/diciembre/2021). UAB. Discriminación algorítmica laboral, jornada 1 dic 2021, UB - YouTube). Añade ejemplos concretos en su presentación en atención a las “*técnicas de análisis de emociones*”, “*entrevistas digitales*” y “*gamificación o juegos profesionales*”. Plataformas estudiadas: “WORCKET; ELENIUS, THE RECRUITER; SEEDUNK; HIRE VUE BUILDER; FACEBOOK”. Por su parte, RIVAS VALLEJO, P. (22 de junio de 2021). Discriminación algorítmica en el trabajo [Vídeo], *op.cit.* Analiza la técnica “*para la selección de talento*” empleada a través de WORCKET- que es capaz de trazar un retrato robot de las cualidades y aptitudes que definen al candidato idóneo en relación a cada empresa individualmente considerada. Ese análisis se efectúa con base a las decisiones que sobre contratación de personal ha tomado previamente la empresa.

¹⁰⁴ Estas circunstancias, de las que querriamos incidir en el dato de “*características psicológicas*” son puestas de manifiesto por MERCADER UGUINA, J.R.: “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo” que trae a colación lo que el actual Comité Europeo de Protección de Datos - antaño GT 29- a través de las ya citadas “*Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*” expone. El Comité Europeo de Protección de Datos es un organismo independiente que tiene atribuida la misión de aplicación congruente de la normativa de protección de datos en los Estados miembros.

¹⁰⁵ EUBANKS, V.: *La automatización de la desigualdad. Herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres*. 2ª Ed. Capitán Swing.2021. En la p. 89 ya apunta la discriminación que, con ocasión de las entrevistas digitales, pueden sufrir las personas sordas.

Y, en toda esta suerte algorítmica, nos encontramos con otros obstáculos que son insalvables. Detectados los sesgos -y, como se puede intuir esta detección no es ni mucho menos obvia- no siempre es posible su corrección humana¹⁰⁶.

Si tratamos de descender algo más, Eguiluz Castañeira, J¹⁰⁷ recogiendo los trabajos expuestos por Barocas y Selbst, junto con Zuiderveen, señala que la discriminación con relación a las “*decisiones automatizadas*” pueden provenir de “a) la «*variable objetivo*» y la *definición de las «etiquetas de clase*””. En esta forma, la discriminación proviene de no tener más que en consideración los valores que la empresa entienden capacita a un candidato frente a otro, sin tener en consideración otros factores que pesan sobre determinados colectivos y que les dificultan la consecución de esas “*etiquetas*” que diseña la empresa¹⁰⁸.

“b) *datos de entrenamiento: ejemplos de etiquetado*”, refiriéndose al aprendizaje del sistema algorítmico que si se basa en datos que ya de por sí presentan sesgos discriminatorios, los resultados obtenidos repetirán ese patrón discriminatorio, para lo cual es bastante ilustrativo el ejemplo que indica sobre el proceso de selección llevado a cabo por Amazon y cómo este incurría en discriminación por razón de género, toda vez que el sistema, valorando los datos que tenía introducidos en los que el personal contratado para puestos técnicos era masculino, entendía que el perfil óptimo para cubrir esas vacantes eran candidatos varones.

“c) *recopilación de datos de entrenamiento*”. Se hace alusión a la procedencia de datos. Si existe menos información sobre un determinado colectivo (fuera cual fuere este) la información que obtenemos del manejo de datos también está sesgada y puede excluir a personas que están en menor medida representadas.

¹⁰⁶ En 2014, Amazon, Inc. fue consciente de que para la captación de puestos técnicos se contrataban a candidatos-hombre, pues el algoritmo había sido entrenado con datos de los diez años anteriores en los que las contrataciones que finalmente se realizaron eran de varones. Entrenado, por tanto, con esta información, aprendió a interpretar que el trabajador ideal lo era de este sexo. Lo más llamativo es que cuando se detectó esta situación de discriminación (en 2015) no se pudo, a pesar de que se intentó, corregir al algoritmo, lo que le lleva a eliminarlo en 2017. Es sabido que, en la actualidad, sigue contando con un sistema a base de algoritmos para realizar sus procesos selectivos, aun cuando se desconoce cuál es el que concretamente se emplea. https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html [Fecha de consulta: 23/11/2021].

¹⁰⁷ EGUILUZ CASTAÑEIRA, J.A.: “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* 68 (2), p. 345. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1954/2418>.

¹⁰⁸ El ejemplo que emplea el autor, no obstante, adolece (a nuestro juicio) de subjetividad al presuponer que en todo caso la empresa se encuentra ubicada en el centro de la ciudad, en cuyo caso efectivamente es cierto que si lo que se valora es la puntualidad, el sector más castigado económicamente es el más susceptible de sufrir incumplimientos, pues no es aventurado pensar que la residencia -por cuestiones meramente económicas- no se situará en el centro de la ciudad.

“d) selección de características”. Toda vez que las características definitorias de una persona -y de un trabajador- pueden ser heterogéneas y difíciles de cubrir en su totalidad, habrá que elegir entre todas las cualidades y aptitudes (haciendo referencia ahora únicamente al plano laboral y, acaso, en concreto al momento de la selección de los candidatos) cuáles son las más y mejor valoradas. El ejemplo que en esta ocasión se nos dispensa nos habla de discriminación de los colectivos más vulnerables que no pueden permitirse estudios impartidos por entidades privadas, por lo que si el criterio de selección fuera este (el de haber cursado la formación en una institución que no sea pública), también se provocaría discriminación;

“y e) variables de aproximación (Proxy)” o cómo un dato aparentemente neutral se convierte en discriminatorio por derivación. El dato por sí mismo no es discriminatorio, pero las consecuencias que se anudan del mismo sí pueden resultar. Siendo estas las formas de discriminación involuntaria, también hace referencia a la posibilidad de que la discriminación sea consciente y querida.

El problema que aquí se trata de plantear (que los sistemas algorítmicos son susceptibles de llevar a cabo decisiones discriminatorias) no es un peligro local ni del que sea ajena la Administración.

Así, descendiendo a supuestos reales, vemos cómo la decisión del algoritmo del servicio público de empleo austríaco fue tildada de discriminatoria. Allí se había utilizado un algoritmo que clasificaba a la población desempleada en atención a la probabilidad que tenía de encontrar un trabajo. El objetivo de este sistema (denominado PAMAS) era loable, por cuanto aspiraba a realizar un reparto eficiente de los recursos. Los problemas, no obstante, surgieron cuando, en esa clasificación de las personas, se descontaban puntos a las personas que se hallaban en situaciones concretas (por ejemplo, eran mujeres o extranjeros no nacionales de países de la Unión Europea), lo que suponía la catalogación de la persona como sujeto con baja probabilidad de obtener un empleo¹⁰⁹ y la consecuencia de tal encasillamiento era que los servicios públicos destinaran sus esfuerzos a otro grupo de personas, a las que se les catalogaba con una probabilidad media para encontrar una oportunidad laboral.

Quizás la experiencia anterior pueda ser de utilidad para un modelo como el nuestro que pretende crear (Estrategia España 2050¹¹⁰) una plataforma para la

¹⁰⁹ Véase, SORIANO ARNANZ, A.: “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *op.cit.*

¹¹⁰ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf. Vid. P. 308: “2º frente: Actualizar y reforzar las políticas activas de empleo... Crear una plataforma digital estatal que funcione como un job marketplace que conecte a todos los demandantes de empleo con todas las ofertas a nivel nacional, tanto públicas como privadas. Esta plataforma se apoyará en el (...)”

búsqueda de empleo nacional (con vistas a una proyección futura de expandirse a los empleos de la UE) en donde confluyan demandantes y oferentes de colocación, sin distinciones en función de su naturaleza pública o privada.

Con las reflexiones anteriores no pretendemos postular a favor de cercenar el derecho -también constitucionalmente consagrado- de libertad de empresa, sino que acaso se ha de meditar sobre la conveniencia, puesta de manifiesto por nuestra doctrina científica, de introducir mecanismos e instrumentos que velen por el cumplimiento de los derechos que toda persona tiene a ser tratada en condiciones de igualdad en un proceso de selección¹¹¹.

Desde nuestro punto de vista, los peligros son -desde el punto de vista cualitativo- los mismos con y sin algoritmos. Esto es, en los procesos de selección que pudiéramos calificar como tradicionales también se descubren datos personales que informan sobre características ajenas a la dimensión laboral y que también son susceptibles de ocasionar un trato discriminatorio por parte del humano-seleccionador. Los currículos a la antigua usanza no se limitan a ofrecer datos netamente profesionales; las entrevistas a los candidatos no se ciñen únicamente a esta dimensión o esfera no personal.

De hecho, los algoritmos funcionan a base de datos previos. Si los que se introducen a los fines de elegir al candidato más apto de todos cuantos se presenten se hacen en atención a una experiencia previa y esta era la que teníamos antes de que se extendieran los modelos automatizados, por lo que los datos incluidos pertenecen a esa era más analógica, y son estos los que son susceptibles de ocasionar lesiones a los derechos, y particularmente al derecho a no ser discriminado.

El problema que, a nuestros ojos, aquí se plantea con los nuevos medios son los en absoluto menores relativos al reconocimiento de la discriminación. La dificultad que entraña (por su opacidad) conocer cuándo se ha producido una decisión sesgada¹¹².

uso de Inteligencia Artificial, algoritmos de perfilado y datos masivos para mejorar la eficiencia de los emparejamientos laborales y aumentar la competencia y la productividad de la economía”.

¹¹¹ Así, OLARTE ENCABO, S.: “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 número 119. 2020. p. 85: “...si es urgente establecer límites específicos a dicha libertad [se refiere a la libertad de empresa] cuando este derecho empresarial se ejercita con un soporte tecnológico que en la práctica permite al empresario conocer historiales médicos, situación familiar (pareja, hijos, separación, divorcio, custodia de menores), aficiones personales, hábitos tóxicos o saludables, tendencias sexuales...”

¹¹² No es una idea nuestra que la opacidad es la responsable de que no se descubran fácilmente los comportamientos discriminatorios. Antes bien, esta circunstancia es la que ha sido puesta de manifiesto por nuestra doctrina científica y a la que acaso se ha intentado dar respuesta (aun cuando sea parcialmente) a través de la reforma e inclusión del nuevo apartado al art. 64 ET.

Así pues, más allá de que no exista un derecho digital a ser tratado en condiciones de igualdad a la hora de acceder al empleo, el problema estriba -a nuestro juicio- que carecemos de un cuerpo normativo que con independencia de cuál sea el medio empleado para seleccionar a candidatos, garantice el derecho de toda persona a ser tratado en condiciones de igualdad a la hora de acceder al empleo. Por supuesto, no podemos desconocer las potencialidades de las “máquinas” y cómo estas son capaces hasta, incluso, de interpretar nuestras emociones, siendo estos datos especialmente sensibles o si se quiere -para emplear la dicción de la Ley de Inteligencia Artificial (Propuesta de Reglamento)- “*sistemas de IA de alto riesgo*” y que merecen por tanto el cuidado más sutil de todos, pues su tratamiento ya no es que afecte al derecho a la no discriminación sino a la propia dignidad humana.

Otra de las afectaciones apreciadas por nuestra doctrina iuslaboralista en atención a lo que supone la irrupción de los algoritmos es sobre el derecho a mentir. Ciertamente es esta una opción que puede ejercitar libremente un candidato a un puesto de trabajo, cuando en el proceso de selección los reclutadores interfieren, a través de sus preguntas, en la esfera más íntima y privada del sujeto. Estas posibilidades que tiene el pretendiente se minimizan en los supuestos en que los procesos de selección se realicen a través de algoritmos, pues estos son capaces de detectar la “mentira”, combinando distintos datos que, aun cuando autónomos, dan como resultado afirmaciones o negaciones sobre ámbitos particulares del individuo. En estos casos, las contestaciones a las preguntas directas que tratan de indagar en la esfera privada carecen de relevancia y se obtiene la respuesta real de la combinación de otras contestaciones que pueden incluso presentarse como asépticas, si se consideran de forma independiente pero que, en su conjunto, ofrecen la idea que sobre el individuo se quiere obtener.

Y siendo ello así, y aun cuando los algoritmos se empleen en la fase más inicial del proceso de selección para descartar el torrente de candidatos y quedarse únicamente con unos preelegidos, el fantasma de la discriminación sobrevuela sobre cada uno de los descartes, sin que se consiga que la intervención humana al final del proceso para decidir quién es el afortunado trabajador pueda subsanar el daño anteriormente producido. Aquí, la garantía de intervención humana no consigue enmendar los daños anteriores que el diseñador ha propiciado.

En definitiva, y a modo de cierre, especial cuidado con los sistemas de inteligencia artificial declarados de alto riesgo (Anexo III del Reglamento europeo de inteligencia artificial) no solo estrictamente laborales sino también aquellos

otros que, teniendo en consideración al ser humano en su faceta más personal, pueden también proyectarse en el campo de las relaciones laborales¹¹³.

8. RELACIÓN LABORAL, ALGORITMOS Y DISCRIMINACIÓN

Ciertamente, el empleo de los algoritmos como instrumento para facilitar el desenvolvimiento de las relaciones laborales surgió focalizado en la fase previa a la contratación laboral, no obstante, en la actualidad veremos que se han expandido a todos los momentos del devenir contractual¹¹⁴. Así, los algoritmos se muestran como herramientas valiosas para vigilar y controlar al trabajador¹¹⁵ o evaluar el rendimiento (con las consecuencias que ello entraña) y, por supuesto, para desplegar las facultades disciplinarias empresariales.

Pero también cada una de estas aplicaciones puede comprometer el derecho a no ser discriminado. Descendamos, por ejemplo, a la vigilancia y control del

¹¹³ Así, el Anexo III recoge en el primer párrafo la *“Identificación biométrica y categorización de personas físicas: a) sistemas de IA destinados a utilizarse en la identificación biométrica remota “en tiempo real” o “en diferido” de las personas físicas”*. De igual modo, con traslación directa al ámbito de las relaciones laborales, también se trataría de sistema de IA de alto riesgo los que están dirigidos a *“detectar el estado emocional de una persona física”* (enunciado este en los denominados *“Asuntos relacionados con la aplicación de la ley”*).

¹¹⁴ Por descender a un terreno concreto Google España ya emplea algoritmos retributivos, pero aun así, aunque sean una realidad innegable implantada, lo cierto es que *“los instrumentos reguladores aprobados o en curso sobre la inteligencia artificial no prestan especial atención a los algoritmos de recursos humanos y específicamente al salario”*. [Sesión de conferencia]. A través de su ponencia se nos ilustra sobre el panorama normativo interno y europeo (incluyendo, a las Directivas y normas citadas en el cuerpo del presente, al Programa de Europa Digital 2021-2027 y, específicamente el principio de transparencia que es el que sería aplicable a cualquier ámbito, máxima esta que también aparece en la Estrategia de la Unión Europea 2020-2025) que, aun cuando no contemple expresamente a los algoritmos retributivos, sí puede entenderse directamente aplicable a estos supuestos. La autora resalta la circunstancia -de la que tampoco fue ajena la Cumbre de Oporto de mayo de 2021- que no se aluda explícitamente a la inteligencia artificial.

¹¹⁵ A mero título de ejemplo, y recopilando también las aseveraciones de MOLINA NAVARRETE, C.: *“Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»”, op.cit., p. 10.*

“La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/2021, de 15 de marzo, que concede amparo a una trabajadora que no recibió la debida tutela judicial efectiva frente a su despido basado en una prueba tecnológica inconstitucional...O la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 557/2021, de 26 de abril, que precisa los límites de la potestad de la Administración empleadora en el ejercicio del control videográfico, exhibiendo una laxitud (no exige ni consentimiento ni información previa sobre el fin de control laboral, bastando con el conocimiento genérico de las cámaras). Más garantista se muestra la Sala de lo Penal (por ejemplo, STS, Sala de lo Penal, 328/2021, de 22 de abril confirma la condena a la pena de 1 año de prisión por un delito de revelación de secretos a un empresario que, en su afán [de] buscar una prueba eficaz de la deslealtad laboral, accedió al correo particular)”.

Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: *“Trabajo, algoritmos y discriminación”, op.cit.*

trabajador¹¹⁶, con mayor o menor intensidad -en relación a la función concreta asumida por el empleado- se puede reconocer cuánto tiempo tarda en desempeñar una determinada tarea la persona y comparar este con el lapso que objetivamente se precisa para concluirla.

El problema surge cuando a pesar de que se pueda delimitar objetivamente el tiempo a emplear, la persona al llevar a cabo una actividad concreta se ve influida por otras circunstancias que tienen incidencia directa en la medición del tiempo. El algoritmo desconoce cuáles son los límites de nuestras capacidades -en función de factores como puedan ser los relativos a la salud o condición física, salud o incluso experiencia previa- por lo que las decisiones alcanzadas por no haber llegado al rendimiento máximo, sin tener en consideración esas otras circunstancias que nos humanizan, bien pueden resultar discriminatorias. Aún más, si el algoritmo es capaz de comparar los rendimientos entre diferentes trabajadores que ejercen la misma tarea (aun cuando no sea el mismo puesto de trabajo) también se podrán provocar situaciones discriminatorias. La homogeneidad en el tratamiento de los datos, desconociendo las circunstancias personales y particulares de cada trabajador no le hace precisamente un favor al principio de igualdad. Por último, la persona afectada por una decisión que se ha alcanzado por una “máquina” se presenta como neutra, carente de subjetividad, lo que hace despertar en el individuo al que le afecta un sentimiento de culpabilidad y aceptación.

Otro aspecto -en absoluto menor- viene constituido por el control de la jornada¹¹⁷. El registro de jornada a través de las posibilidades que nos dispensan los sistemas de control remoto también puede afectar al presente derecho¹¹⁸.

¹¹⁶ RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, op.cit., p. 194. Señala que “Según los especialistas, existen en la actualidad cuatro tendencias en el monitoreo y vigilancia de los trabajadores: herramientas de predicción y señalización, datos biométricos y de salud, monitoreo remoto y seguimiento del tiempo, y gamificación y gestión algorítmica”.

¹¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: *Big data y relaciones laborales* [Vídeo]. op.cit., Nos recuerda la necesidad de que los teletrabajadores tengan su propio sistema de evaluación.

¹¹⁸ Aun cuando nos centramos en la lesión al derecho a la no discriminación, no se puede descartar que se pueden a través de los algoritmos afectar a otros derechos. De hecho, el primero en resultar afectado es el relativo a la protección de datos (MUÑOZ RUIZ, A.B. (15/05/2019). “Registro de jornada y modernidad tecnológica: ¿cómo afecta al derecho fundamental de protección de datos de carácter personal de los empleados?” *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/registro-de-jornada-y-modernidad-tecnologica-como-afecta-al-derecho-fundamental-de-proteccion-de-datos-de-caracter-personal-de-los-empleados/>).

El segundo derecho que puede quedar comprometido es el relativo a la intimidad. De hecho, siguiendo con el anterior autor podemos apreciar cómo el control al trabajador a través de sus huellas, podría desencadenar la invasión de los dos derechos anteriores. Destaca que en este caso concreto no sería necesario requerir previamente el consentimiento del trabajador, pese a que sería oportuno -recogiendo a este efecto la información de la AEPD- que el sistema de control no almacenase el dato.

Una muestra la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2021 (AS 2021/1257) en la que se observa que la falta de tratamiento específico de las pausas fisiológicas provoca discriminación indirecta por razón de la edad¹¹⁹.

Pero es que, si el algoritmo además no está diseñado para diferenciar, por ejemplo, entre las causas que han motivado las ausencias del trabajador y se dispensa un tratamiento uniforme a las mismas, también aquí de forma flagrante se comete discriminación. Esta es -aun simplificada- expuesta por nuestra parte- la situación que el 31 de diciembre de 2020 del Tribunale Ordinario di Bologna tuvo que resolver, apreciando finalmente la discriminación denunciada¹²⁰.

¹¹⁹ Se trataba de un sistema de registro o control de la jornada previsto para los teletrabajadores que están “en todo momento conectado telefónica y digitalmente”. La Audiencia entiende que “el no permitir registrar pausas vulnera la dignidad del trabajador, que no es otra cosa que el derecho que tiene a ser tratado como una persona en todo momento, resulta contrario a la protección de [la] salud, y, aun cuando no se haya alegado, esta Sala a mayor abundamiento y “obiter dictae” considera que puede constituir una discriminación indirecta por razón de edad proscrita por el art. 17.1 del ET pues resulta indiscutible que esta práctica, aparentemente neutra, implica en la práctica un trato peyorativo a los trabajadores de más edad con respecto de los más jóvenes”.

¹²⁰ MERCADER UGUINA, J. R. (2021). “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del *big data*”, *op.cit.*, p. 7. Este autor destaca que uno de los efectos positivos del fallo judicial estriba en que la discriminación en el acceso al trabajo no se hace depender de la calificación jurídica del vínculo de los prestadores de servicio, lo que a la postre supone la extensión en la comprensión del derecho a no ser discriminado con independencia del tipo de actividad prestacional que se lleve a cabo.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF núm. 457, pp. 179-193. “Cada domingo, los/las riders de Deliveroo recibían un mensaje donde se les informaba, en función del ranking, sobre la franja horaria en la que podían acceder a realizar las reservas de las sesiones de trabajo para la semana sucesiva. Así, cada lunes, los/las riders con mejor ranking reputacional accedían a la plataforma para realizar las reservas a las 11:00 de la mañana, los siguientes en el ranking accedían a las 15:00, mientras los que poseían una puntuación peor tenían que esperar hasta las 17:00 horas. Esto comportaba que las ocasiones de trabajo de los/las riders con una puntuación inferior se redujesen según avanzaban las franjas. De tal forma, Frank iba lentamente excluyendo del ciclo productivo a la persona repartidora que no aseguraba la disponibilidad”.

El rider se situaba en una posición fruto de la combinación de dos criterios: el primero relativo al número de ocasiones en las que el repartidor habiendo reservado una “sesión” finalmente no hace esta y el segundo cuántas veces el repartidor estaba disponible para llevar a cabo los pedidos durante el fin de semana (concretamente, desde las 20.00 horas del viernes a las 22.00 horas del domingo). El resultado servía para que el repartidor pudiera -o no- acceder a repartos.

Para determinar si la conducta empresarial era o no discriminatoria fue necesario conocer cómo se comportaba la plataforma y concretamente, cómo lo hacía el algoritmo. Pero dada la oscuridad de su funcionamiento, el acceso a esta información era prácticamente imposible, lo que redundaba a favor de los reclamantes, surgiendo de esta manera la sospecha (presunción) de discriminación.

La sentencia indica que “no se discute sobre la legitimidad del sistema en sí, ni del hecho de que se incentive la cancelación preventiva de las sesiones reservadas que no se pretenden realizar, sino solo el hecho de que la (...)”

Por supuesto, extremadamente sensibles hemos de ser en el análisis de los diferentes enseres que los trabajadores portan y que sirven para controlar tanto su salud como la propia actividad laboral¹²¹.

Otro de los aspectos susceptibles de ser invadidos por los algoritmos -como antes anunciábamos- es el relativo a la evaluación del desempeño. La intensificación en el uso de la tecnología consigue que, a la postre, el trabajador se encuentre más controlado¹²² y, por ende, que se incremente la intensidad del elemento de dependencia o subordinación jurídica. Esta circunstancia entraña que finalmente si el rendimiento del trabajador -calculado objetivamente y sin tener en consideración otros factores que podrían explicar la actitud del empleado- ha disminuido por debajo de lo que se consideran como topes insalvables para la máquina, la decisión del empleador sobre la extinción del trabajador afectado se hace realidad¹²³.

Pero sin llegar a los extremos de cercenar el vínculo, lo cierto es que los algoritmos también pueden resultar útiles para la determinación del salario, por lo que deberemos ser especialmente escrupulosos con el respeto de los derechos y,

eventual cancelación tardía o la falta de participación en la sesión de trabajo no cancelada no pueda justificarse por el rider sobre la base de comprobadas razones dotadas de relieve jurídico (la primera entre todas, pero no la única, el ejercicio del derecho de huelga constitucionalmente garantizado)." Con base en ello, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., expresa que la discriminación indirecta le otorga la posibilidad a la parte contraria (a la que se le imputa la discriminación) de que pueda justificar la medida o acción controvertida, exponiendo cuál es la finalidad legítima que se pretende. A diferencia de este tipo de discriminación, en la directa son contadas las razones que pueden emplearse para la justificación de la discriminación, concretamente, bajo "*requisitos profesionales esenciales y determinantes*" (art. 4 Directiva 2000/78 CE).

¹²¹ MERCADER UGUINA, J.R.: "Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo", *op.cit.*, nos ofrece ejemplos concretos: "*chaqueta inteligente, reloj inteligente, etc.*" y, a continuación, destaca el Dictamen 2/2017 del actual Comité Europeo de Protección de Datos para recordarnos a continuación cómo "*los empresarios podrían además fomentar el uso de estos dispositivos durante el tiempo de ocio, para medir los patrones de sueño y los niveles de ejercicio, basándose en su posible vinculación con la productividad y con comportamientos ligados a la idea de empresa saludable [...] Datos en relación con los cuales el RGPD establece como principio general la prohibición de tratamiento*".

¹²² MOLINA NAVARRETE, C.: "Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una «sociedad del e-trabajo decente»", *op.cit.*, p. 7: "*Se suele afirmar que, a diferencia de lo que sucedía en el siglo XX, la vigilancia y el control de las personas en general, y de las trabajadoras en particular, tiende a realizarse a través de formas en las que se las ve completamente, hasta incluso predecir conductas futuras, e incluso deseos, pero quienes son así controlados/as no tienen percepción de vigilancia, sino al contrario, de libertad (Byung-Chul, 2017)*".

¹²³ Ejemplos a lo largo del globo tenemos. Así, por acudir a una noticia relativamente cercana al momento en que se redacta el presente, la protagonizó una empresa rusa de software (Xsolla) que en agosto de 2021 despidió a ciento cincuenta empleados (la plantilla estaba compuesta por cuatrocientos cincuenta). <https://www.economista.es/economia/noticias/11354137/08/21/Me-puede-despedir-un-algoritmo-por-ser-improductivo-teletrabajando-En-Rusia-ya-esta-pasando.html>. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2021]

específicamente, con la máxima de la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor¹²⁴.

El problema que se plantea con los algoritmos específicamente enfocados en la materia de determinación de sistemas salariales es que son especialmente complejos, toda vez que “*se basan a su vez en resultados de otros algoritmos*”¹²⁵.

En sede de extinción, entendemos que los peligros que entrañan decisiones algorítmicas pueden ser soslayados -a diferencia de lo que ocurre en sede precontractual- con la intervención humana. Para otro debate dejamos la valoración -que incluso desde el punto de vista de la salud- puede provocar al trabajador el saberse constantemente evaluado, ya no solo por quien ejerce potestades de mando en su empresa sino por clientes de la empresa y nos centramos tan solo en los riesgos que entraña una respuesta automatizada desde el prisma del respeto al derecho a la no discriminación. Así, si la imposición de la sanción -sea cual fuera esta- es alcanzada por medios mecánicos, pero es en todo caso evaluada por un humano a través de un proceso de valoración que tenga en consideración variables que el algoritmo no ha podido (o no ha querido) tomar en cuenta, podremos calificar jurídicamente con mayor índice de acierto las conductas de los trabajadores.

Circunstancias ajenas a la dimensión netamente laboral pueden haber sido las desencadenantes de una actitud incumplidora del empleado y que, en todo caso, han de ponderarse para imponer la sanción final, logrando con ello que se ajuste al principio de proporcionalidad, principio este que ha de presidir toda actuación disciplinaria del empleador.

Habiéndonos centrado en los párrafos precedentes a las facultades sancionadoras del empresario -y, en especial, en el despido disciplinario- no se puede obviar que los algoritmos pueden ser útiles también para definir otras situaciones que son jurídicamente relevantes y, concretamente, para valorar cuál es el criterio de todos los posibles más acertado -desde un punto de vista

¹²⁴ OLARTE ENCABO, S.: “Los criterios retributivos y su modelación a través de la: propuestas de mejora”. [Vídeo]. *op.cit.* Destaca los datos que representa la brecha salarial, a saber: 2020: 22%, 2019: 19,5% y 2018: 21%. Si se observa, se comprueba cómo e 2019 disminuye el porcentaje en atención a la subida que experimentó el SMI de ese año (la mayor subida, al haberse incrementado en un 22%) que redundó especialmente en el colectivo femenino. Resalta, igualmente, que en 2021 volvemos a la situación previa, siendo probable que se supere el 22% en este año (en la UE el porcentaje medio es del 15%).

¹²⁵ *Ibidem*. Téngase en cuenta que cuando el salario (o determinadas partidas salariales) se cuantifica valorando el desempeño del trabajador, los resultados obtenidos o cualquier otro tipo de parámetro, el algoritmo salarial se remite a su vez a otro u otros algoritmos que, a su vez, pueden presentar sesgos discriminatorios que se diluyen en esta cadena algorítmica. De ahí que, incluso esta autora, proponga como posible solución “*la creación de algoritmos de control de los algoritmos*”.

empresarial- a fin de proceder a despidos objetivos o colectivos¹²⁶ o para constatar el absentismo, la rotación del personal y bajo qué condiciones se produce o, incluso, la productividad de los equipos de trabajo con el objeto de determinar cuáles son los que alcanzan mayor rendimiento, sin tener que demorar a futuro su constatación.

Esa utilidad, no obstante, habrá de ser revisada y examinada a la luz de los derechos de los trabajadores, pues ya estemos en sede de extinción objetiva o de despido disciplinario, habrá que ser muy cautos con la admisión de decisiones que se proyectan no en atención a los datos presentes sino a los que de futuro el algoritmo prediga, esto es, con relación a los algoritmos predictivos. En definitiva, tenemos que aplicar las garantías destacadas por Molina Navarrete¹²⁷ al analizar el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos, cuales son el de transparencia, el de precaución y el que postula el derecho a que la decisión final sea humana; siguiendo con este autor: *“el algoritmo nunca podrá ser tu jefe”*.

9. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y POSIBLES ALTERNATIVAS

Los números discriminan. Esta es una realidad de la que no podemos dudar. A partir de ahí se discute si estamos ante un tipo de discriminación diferente a la tradicional¹²⁸ que tiene implicaciones muy notables -aunque veces no tan claras- con el derecho a la libertad¹²⁹.

¹²⁶ La no tan cercana STS de 25 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4275) empleó un programa para evaluar a los trabajadores y extraer conclusiones sobre quiénes eran los que habían obtenido mejor valoración y quiénes eran los más versátiles, para extinguir las relaciones laborales -despido colectivo- de quienes no alcanzaban determinados umbrales. Se legitima, con ella, el sistema algorítmico *Skill Competency Matrix*, para la selección de las personas trabajadoras que serán objeto de un despido colectivo.

¹²⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: *“Big data y relaciones laborales”* [Vídeo], *op.cit.*

¹²⁸ Eso es lo que sostiene OLARTE ENCABO S. *“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” op.cit., p. 92 “... ya que en el mercado de trabajo tradicional, la lesión se limita a la fase de la elección, mientras que en el mercado on line la potencialidad discriminatoria se proyecta más ampliamente, incluso en la publicidad de la oferta de trabajo (cómo se presenta la oferta de trabajo a los posibles interesados) y en la preselección que comporta seleccionar quienes pueden o no visualizar una determinada oferta de trabajo”*.

Entendemos que efectivamente las posibilidades de discriminar son cuantitativamente superiores a las del denominado mercado de trabajo tradicional, no obstante, la forma de presentar la oferta de trabajo aun cuando no se empleen medios de selección automatizada, también puede ser discriminatoria. Recuérdese -aunque no prosperara la pretensión de la parte actora- lo ocurrido con la convocatoria de Iberia en relación a la cobertura de plazas de auxiliar de vuelo y cómo a través de la misma se limitaba el acceso a determinadas personas que no tuvieran la edad requerida, la altura determinada (variando esta en función de si se era varón o mujer) y limitándose también a las personas que padecieran de miopía (más de dos dioptrías) y las que sufriendo este defecto visual en grado inferior al límite no portaban microlentillas. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999/10091).

En la actualidad nos encontramos ante un escenario en el que el pertenecer a determinados grupos sociales sí constituye una desventaja¹³⁰ y, como -definitivamente- la información que se maneja a partir de los datos es ingente, el ulterior resultado de posible lesión a los derechos de las personas se multiplica exponencialmente, por cuanto se extiende a un mayor número de personas¹³¹. Esta realidad nos hace preguntarnos -siguiendo a Rivas Vallejo¹³²- sobre el “*origen del sesgo*” para saber dónde -como humanos- debemos actuar para poder erradicar las consecuencias negativas que entraña para el derecho a la igualdad.

Volvamos de nuevo a los datos y, aunque parezca una obviedad, que existan macrodatos o *big data* presupone que detrás de ellos aparezcan una serie considerable de individuos que están dispuestos a verter esa información aunque sea de manera indirecta, esto es, para conseguir un fin (la instalación de una aplicación, *v.gr.*). Junto a ello, es también preciso que exista un espacio para su almacenaje y en este sentido la red, internet, es el espacio ideal sin fondo y límite de capacidad.

Problemas también planteados en relación a la no discriminación de determinadas ofertas de empleo para el sector público o en el sector privado mostradas a través incluso de meras manifestaciones verbales en las que se infiere claramente la voluntad del empleador de no contratar a determinadas personas por la única y exclusiva circunstancia de no ser nacionales del país. En definitiva, el riesgo de discriminar desde la propia configuración de la oferta de empleo siempre ha existido, no siendo fácil reconocerla, especialmente, en este estadio.

Así, nos alineamos con la reflexión que realiza RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, op.cit., p. 219 “¿Por qué crea la tecnología nuevos campos de discriminación? Esto no es totalmente cierto, pues aquella se limita a reproducir virtualmente la realidad social y con ello sus profundas desigualdades sociales”.

¹²⁹ SORIANO ARNANZ, A.: “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, op.cit., “...si a una persona le es negado el acceso a un bien o servicio o no se le escoge para un puesto de trabajo porque pertenece a un grupo desaventajado, o por otros elementos que se encuentran vinculados a la pertenencia al grupo, se le está negando la libertad. Es por ello que la protección de la igualdad debe también ser entendida como protección de la libertad”

¹³⁰ Véase, el Eurobarómetro sobre discriminación (mayo 2019) en el que se deja plena constancia de la percepción europea sobre la discriminación, siendo la etnia gitana el colectivo más perjudicado. Un resumen en castellano: https://www.gitanos.org/upload/95/84/eb_espanol.pdf [Fecha de consulta: 24/11/2021].

¹³¹ SÁEZ LARA, C.: “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas Laborales* núm. 155/2020. P. 46. Nos desaconseja plantear el debate acerca de cuál es más discriminatorio la decisión humana o la automatizada. La pregunta verdaderamente relevante es si el marco normativo actual resulta suficiente para evitar los efectos perversos que entraña esta particular forma de manifestación de la discriminación, en atención precisamente a los particulares rasgos que presenta. Desliza la autora la necesidad de enfocar este riesgo de discriminación no solo desde el punto de vista exclusivamente jurídico, sino también teniendo en cuenta los aspectos técnicos.

¹³² RIVAS VALLEJO, P. (22 de junio de 2021). “Discriminación algorítmica en el trabajo” [Video]- op.cit.

Por supuesto la intervención humana no se ciñe únicamente a introducir datos, sino que también será necesario que existan personas que sean capaces de analizar e interpretar esos datos. Y es aquí donde hay que introducir el matiz que lamentablemente agria el tono optimista bajo el cual hemos pretendido introducir estas líneas.

Así pues, es necesario que existan tanto sujetos que introduzcan datos como también otros que los interpreten. ¿En qué situación quedan los individuos que ya no es que no tengan habilidades para comprender la interacción de la información, sino que ni tan siquiera tienen la oportunidad de incluir datos atinentes a su persona? Insistimos en recordar que *big data* hace referencia a la información de cualquier cariz que rodea a la persona, pero si el individuo no tiene la oportunidad de verter estos datos ¿en qué posición se encuentra?

Esta realidad incide de manera significativa en lo que se ha venido denominando brecha digital, pues qué duda cabe que los sujetos que saben interpretar los datos “*son los privilegiados de este nuevo mundo*”¹³³, privilegio este que se manifestará, con suma probabilidad, en la consecución de empleos de mayor calidad: solo quien sabe interpretar los *big data* será capaz de discernir con total claridad qué derechos de la persona están en juego, apuntar sus posibles lesiones, así como arbitrar mecanismos que incidiendo sobre los datos eviten (o si se tiene una visión menos optimista) minimicen los efectos perniciosos que sobre estos derechos los datos, los algoritmos y la inteligencia artificial pueda provocar.

No obstante, lo más inquietante viene de la mano de ese núcleo de la población que en absoluto se relaciona con los datos, pues ni tan siquiera ofrece los mismos y esto tiene repercusiones mucho más serias de las que imaginábamos en un principio. Ciertamente es que los datos -y por supuesto los algoritmos y, en general, la inteligencia artificial- nos servirán para predecir conductas, pero también -y acaso esto ocurre en primer lugar- para reconocer los gustos de la persona navegante que con mayor o menor dosis de consciencia deja su rastro en la nube, e incluso para detectar situaciones que son más trascendentales y que se extienden desde el campo de la educación, al del trabajo o a la falta de ocupación.

Si existen individuos -que probablemente forman parte de un colectivo que tradicionalmente ha resultado ignorado- que están fuera de ese tráfico de datos, significa que los sistemas arbitrados en torno a los datos (insistimos, los algoritmos) no van a poder nutrirse de la información que requieren. Estos sujetos que ofrecen menos información (o ninguna) son más susceptibles de seguir

¹³³ COTINO HUESO, L.: “*Big data* e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”. *op.cit.*, p. 138.

sufriendo una situación de marginalidad y vulnerabilidad que, incluso nos atrevemos a afirmar, se verá acrecentada más allá de nuestras fronteras¹³⁴.

Si esta última consideración la trasladamos al mundo del trabajo, no es descabellado pensar que estas personas vulnerables pueden encontrarse excluidas del mercado laboral, incluso antes de plantearse acceder al mismo. La carencia de datos sobre sus condiciones particulares y singulares provocará que queden al margen, puesto que si el sistema algorítmico deja de contener patrones (datos) sobre los mismos, este los rechazará automáticamente y sin contemplaciones.

Esta situación, en definitiva, fomenta las posibilidades discriminatorias tanto de forma directa como indirecta, pues es un dato incontestable que *“big data y los algoritmos pueden heredar o reflejar prejuicios y patrones de exclusión o ser resultado de quienes han tomado decisiones anteriores”*¹³⁵, de forma tal que corremos el riesgo de emular conductas discriminatorias pasadas, algunas de las cuales incluso habíamos ido superando como sociedad¹³⁶.

¹³⁴ Vid. EUBANKS, V.: *La automatización de la desigualdad. Herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres. op.cit.* A lo largo de 259 páginas se nos relatan supuestos concretos por medio de los cuales la tecnología, los algoritmos vienen perjudicando a las clases más pobres y marginadas -a pesar de que la visión que se haya querido ofrecer sea justamente la contraria-. Estos prejuicios se han visto acentuados con la crisis económica, pues esta acentúa el riesgo de sometimiento a un control más férreo. De otra parte, la estandarización a la que nos lleva la inteligencia artificial y la respuesta automática a los distintos problemas cotidianos a través de los algoritmos no es exclusiva del mundo del empleo. La autora apuesta por promover la enseñanza de aquellas habilidades que la inteligencia artificial no puede conseguir (así, la curiosidad, el pensamiento crítico o la creatividad).

“En su célebre novela 1984, George Orwell se equivocó en una cosa. El Gran Hermano no nos observa como individuos, sino como colectivo... Las personas de color, los migrantes, los grupos religiosos impopulares, las minorías sexuales, los pobres y otras poblaciones oprimidas y explotadas soportan una carga de control y rastreo muy superior a la de los grupos privilegiados” (op.cit., pp. 18 y 19).

¹³⁵ COTINO HUESO, L.: *“Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”*. *Dilemata* núm. 24. 2017. P. 138. Cita también a Barocas y Selbst 2016, 675,714.

¹³⁶ EUBANKS, V.: *La automatización de la desigualdad. Herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres. op.cit.* p. 54: *“Los defensores de la adopción de la automatización y los algoritmos por parte de los servicios sociales suelen describir la nueva generación de herramientas digitales como “disruptivas”. Explican que los datos masivos, el big data, agilizan los rígidos procesos burocráticos, estimulan la adopción de soluciones innovadoras y fomentan la transparencia. Pero cuando nos centramos en programas dirigidos específicamente a los pobres y la clase trabajadora, el nuevo régimen de análisis de dato tiene más de evolución que de revolución. Se trata, simple y llanamente, de una ampliación y continuación de unas estrategias de gestión de la pobreza moralistas y punitivas aplicadas desde la década de 1820”*. Y aunque la autora se refiere a EEUU, no olvidemos cómo en nuestro país la gestión del ingreso mínimo vital también por medios algorítmicos se nos presentó como la panacea. La idea -MOLINA NAVARRETE, C.: *Big data y relaciones laborales* [Vídeo]- era que disponiendo de una ingente información previa, se identificarían las situaciones de necesidad real y así se podría otorgar la prestación a las personas que realmente estaban viviendo una realidad menesterosa, descartando a los individuos que no lo precisaban y sin que fuera necesario emplear para ello un exceso de (...)

Adviértase la peligrosidad que esta realidad entraña y que, por supuesto, trasciende de la esfera laboral a otra mucho más inquietante: la de la salud. Si introducimos una serie de datos que dejan fuera a un sector de la población, a fin de que -por ejemplo- el algoritmo establezca determinadas predicciones acerca de complicaciones posibles en los procesos patológicos o para analizar síntomas o tratamientos, esa parte de la población no formará parte de ese ensayo y, a la postre, no existirá una verdadera y eficaz respuesta médica universal.

De nuevo, en este punto, la doctrina iuslaboralista ha manifestado cómo el conocimiento del código fuente y en general el relativo a los datos, se muestran como herramientas valiosísimas para conocer si se ha producido la lesión al derecho a la no discriminación. El problema surge cuando se observa que existe una normativa (lógica también) de protección al meritado código fuente y a los datos, tutela esta que procura la imposibilidad de acceder al mismo porque forma parte de la propiedad del empresario¹³⁷. Junto a ello, no se ha de olvidar que es más que probable que aun cuando pudiera garantizarse legalmente el acceso al mismo, este no sería de fácil entendimiento para los que somos legos en el lenguaje de la programación¹³⁸. De cualquier manera, ese derecho al conocimiento exclusivo que tiene en este caso el empleador sobre los datos y/o el código fuente, es susceptible de ser limitado en el transcurso de un procedimiento judicial o

recursos humanos. Se pensaba entonces en que más de cien mil familias no tendrían que acreditar nada porque se lo reconocerían de oficio. Lamentablemente la realidad ha desmentido ese objetivo tan encomiable.

¹³⁷ Amparando la confidencialidad en los datos y el código, el Considerando 63 del RGPD, la Directiva 2016/943 de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, art. 70 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de Inteligencia Artificial (21 de abril de 2021) y, en nuestro derecho interno el art. 133 de la Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg. 1/96, de 12 de abril)

El posible acceso de los particulares, aun cuando pese sobre ellos una sospecha razonable de que existió violación en sus derechos (particularmente el de igualdad que hoy nos atañe), está vedado.

Volviendo, de nuevo, a nuestra doctrina especializada, RIVAS VALLEJO, M.P.: “Combatir la discriminación algorítmica a través de instrumentos jurídicos y formativos: la formación en perspectiva de género de los programadores y desarrolladores” [Ponencia] destaca las Sentencias de Ámsterdam de 11 de marzo de 2021 (C/13/689705 HA RK 20-258 C/13/687315; HA RK 20-302 C/13/692003/HA RK 20-302), en las que se declaran que “los conductores no tienen derecho a información relevante sobre el algoritmo”.

¹³⁸ Siguiendo con RIVAS VALLEJO, P., nos manifiesta cómo la garantía del derecho a una explicación quedaría vacía de contenido si se ofrecieran datos que no son comprensibles para el trabajador. De ahí que propugne como estrategia que esa explicación que se ha de otorgar al trabajador sobre la razón de la decisión empresarial alcanzada, ha de ser inteligible. Vid. RIVAS VALLEJO, P. (22 de junio de 2021). “Discriminación algorítmica en el trabajo” [Vídeo]- *op.cit.*

administrativo, tal y como se prevé en la propia normativa de protección intelectual¹³⁹.

Es decir que lo que sí se presenta como diáfano -al menos para nuestra doctrina laboral especializada- es el consenso de que a pesar de lo que pueda suponer de avanzada la modificación operada en el art.64 del Estatuto de los Trabajadores, la solución al problema no estriba en el conocimiento de “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos” y ello no solo porque el lenguaje es ininteligible, sino también porque sobre los mismos pesan una serie de garantías, derechos de propiedad intelectual entre otros, que también son dignos de ser tenidos en consideración¹⁴⁰.

La discriminación indirecta -en cualquier caso- es más difícil de observar y, en relación al algoritmo, la “disposición, práctica o criterio aparentemente neutro” vendría constituida por “la variable específica introducida en el sistema que, por el valor que le otorga este, genera un resultado discriminatorio para el grupo desaventajado, o bien el algoritmo generalmente considerado”¹⁴¹.

Ante esta realidad, necesitamos explorar los canales para erradicar estos efectos perversos de los algoritmos; y, partiendo siempre de la responsabilidad empresarial ¹⁴², la doctrina plantea que: “Si son los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana los que están en el origen de la alerta sobre las tecnologías convergentes, será desde los derechos fundamentales -desde todos ellos incluido el de participación política- desde donde debemos reconstruir y articular las tecnologías convergentes con la sociedad del futuro”¹⁴³.

¹³⁹ Véase, art.135.c) Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) dispone que “1.- El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos:...c) Cuando se trate de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial”.

¹⁴⁰ Que esta previsión no es la respuesta al problema ha sido destacada, entre otros, por Beltrán de HEREDIA RUIZ, I.: “La irrupción de los algoritmos en el Derecho del Trabajo”. [Vídeo]. *op.cit.*

¹⁴¹ SORIANO ARNAZ, A.: “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *op.cit.*

¹⁴² VALVERDE ASENCIO, A.J.: *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*. Bomarzo. 2020, p. 27: “... el algoritmo puede ayudar a la toma de decisiones; puede condicionarla si la empresa lo acepta como medio o instrumento para adoptarlas; incluso puede servir de instrumento para determinar concretamente ciertos aspectos en el ejercicio del poder de dirección; pero en ningún caso puede admitirse ninguna pretensión que supusiera la exculpación o inimputabilidad de la decisión empresarial basado en que es el algoritmo quien decide en el marco de ninguna relación contractual y, menos, la laboral”. La contundencia de esta afirmación es suficientemente expresiva por sí misma, sin que precise de matiz alguno.

¹⁴³ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.: “Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital”. *Derecho Digital e Innovación*, núm. 2, Abril-Junio 2019, Ed. Wolters Kluwer. Versión digital. P. 3.

Téngase en cuenta que es muy difícil volver atrás. La tecnología “engancha”, genera dependencia, por lo que una vez implantados -específicamente- los nuevos sistemas de trabajo, no es fácil emprender el camino de vuelta. Acaso lo que en realidad subyace es una específica llamada a los agentes sociales para que velen por lo que aquí puede ocurrir: la gobernanza colectiva que, ineludiblemente, ha de ser precedida por una capacitación profesional para, a la postre, negociar el algoritmo¹⁴⁴ como se está haciendo en Italia, teniendo presente -y para ello tenemos estudios autorizados- cuáles son las razones que nos llevan a discriminar¹⁴⁵. Esta labor es preciso acometerla a través del despliegue de un trabajo interdisciplinar que implique no solo a los profesionales de la informática -o técnicos matemáticos- sino también a los juristas.

La llamada a los representantes de los trabajadores ha de tener un contenido concreto y claro, sin circunscribirse a la reproducción casi literal de lo que preceptúa la norma estatal, incluyendo la que indica el Reglamento General de Protección de Datos. De esta forma, se destaca el papel de la negociación colectiva como garante del derecho a la igualdad¹⁴⁶.

Ahondando en la idea anterior de asunción de competencias específicas en esta materia de la representación de los trabajadores, otra sugerencia apuntada es la de tener en cuenta las previsiones contenidas en la Ley (propuesta de Reglamento) de Inteligencia Artificial. Ciertamente, el texto indicado no está diseñado específicamente para el ámbito de las relaciones laborales, pero un comienzo podría ser su lectura al objeto de extender las obligaciones que fueron diseñadas para proyectarse en la relación que se entabla entre usuario -empresario- y proveedor del algoritmo (o sistema de inteligencia artificial). Se trataría de hacer recaer en el empleador la obligación de informar sobre los mismos extremos que aparecen en la citada Ley de Inteligencia Artificial a los representantes de los trabajadores, consiguiendo así sistemas más transparentes.

¹⁴⁴ Esa llamada a la negociación colectiva es preconizada por la doctrina. Por todos, MOLINA NAVARRETE, C.: quien se pregunta si los algoritmos son, en realidad, condiciones de trabajo. Téngase en cuenta que si la respuesta es afirmativa, la negociación colectiva sería el instrumento natural para encauzar su regulación.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Herramientas sindicales: la negociación colectiva”. [Ponencia]. Expone que la única solución para limitar a los algoritmos es la negociación colectiva.

La preocupación (y ocupación) sobre el algoritmo y la inteligencia artificial se extiende a los sindicatos. Así, a título de ejemplo, la Guía de Negociación Colectiva y Digitalización 2020 (septiembre) Cuadernos de Acción Sindical. CCOO. Disponible en [af6e35ab004a61334480e3b2bcae0e93000001.pdf](https://www.ccoo.es/af6e35ab004a61334480e3b2bcae0e93000001.pdf) (ccoo.es).

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: “Intermediación laboral y discriminación”, *op.cit.*, p. 18.

¹⁴⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: “La regulación de los algoritmos”. [Debate online] *op.cit.* Llamada a la negociación colectiva de la que no es ajena la propia ley de protección de datos.

Otra de las sugerencias proclamadas por nuestra doctrina más autorizada es la previsión de auditorías e incluso exigir que los sistemas algorítmicos, previamente a su empleo, tengan que ser visados y certificados por una autoridad pública que vele por la inexistencia de los sesgos, colocando por tanto a la Administración en garante de los derechos que, eventualmente, podrían resultar afectados.

Por supuesto, y aun cuando pueda tener lógicos detractores, otra de las opciones arbitradas a fin de lograr el respeto de determinados mínimos o si se quiere de asegurar comportamientos éticos y responsables en el manejo de los algoritmos, viene dada por las posibilidades que entraña la responsabilidad social empresarial¹⁴⁷.

Como se puede comprobar, ninguna de las opciones excluye al resto, por lo que bien podría tratarse más que de alternativas, de soluciones conjuntas. Lo que sí parece incontestable es la necesidad, también en este terreno, de la formación. Formación para los agentes sociales y por supuesto para las entidades, personas o sujetos que de forma más o menos directa se relacionan con los algoritmos. Aun cuando creemos un escenario jurídico provisto de garantías de toda índole, destinadas todas ellas a la procura del bien general y del respeto de derechos fundamentales, si los agentes que están en contacto directo con decisiones concretas y reales basadas en estos algoritmos no poseen los conocimientos especializados suficientes como para entender al menos de dónde puede provenir el ataque a los derechos humanos y comprender, siquiera indiciariamente, cómo funciona la inteligencia artificial y sus componentes, estamos seguros de que no se podrá garantizar exitosamente el cumplimiento de los límites infranqueables a las decisiones automatizadas.

Hemos tratado de analizar los riesgos que presentan los algoritmos en atención al respeto de los derechos fundamentales y, específicamente, del referido al derecho a no ser discriminado. Las posibilidades de que los algoritmos contengan sesgos que, en última instancia, segreguen a determinados colectivos o a específicas personas por supuesto es real, pero recordemos que *“aunque es poco probable que un algoritmo de predicción sea perfecto en un mundo incierto, puede ser mucho menos imperfecto que el ruidoso y, a menudo, sesgado juicio humano”*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ La propia Ley de Inteligencia Artificial le dedica un Título (Título IX) a contemplar los códigos de conducta.

¹⁴⁸ La emisión de un juicio por un ser humano no está exenta de condicionantes que influyen en la decisión final. La intuición está presente en la mayor parte de los enjuiciamientos que hacemos y aunque este factor no pueda equipararse a la existencia de un sesgo que invalide el pronunciamiento final, sí que es cierto que ese *“ruido”* enturbia el resultado. KAHNEMAN, D., SIBONY, O. y SUNSTEIN, C.R.: *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Debate. 2021. A pesar de ello, no (...)

De esta forma, la discriminación por estos nuevos sistemas algorítmicos “...obtiene, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales [pero] requeriría probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis”¹⁴⁹, lo que supone la necesidad de poner el acento en la protección de datos, con especial incidencia en el principio de proporcionalidad y transparencia¹⁵⁰, así como la evaluación del algoritmo¹⁵¹.

podemos alcanzar la conclusión -siguiendo a estos autores- de que los algoritmos sean la solución para garantizar, hoy por hoy, que las predicciones alcanzadas por ellos sean mejores decisiones.

¹⁴⁹ MERCADER UGUINA, J. R. (2021). “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del *big data*”. *op.cit.*, p. 6.

MOLINA NAVARRETE, C.: “«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también”. *op.cit.*, p. 21 “-La garantía efectiva de no discriminación algorítmica, que requiere también de técnicas específicas (precaución, EIPD, etc.) no solo las comunes”.

¹⁵⁰ El matiz que este autor expresa es relevante. No se trata de conocer el contenido del algoritmo que no discute sea de conocimiento exclusivo empresarial, sino “la lógica del algoritmo”, pues la transparencia es el método para descubrir la posible discriminación. MERCADER UGUINA, J.R.: La regulación de los algoritmos, *op.cit.* Es decir (MERCADER UGUINA, J. R.: “Algoritmos y derecho del trabajo”, *op.cit.*, p. 65) “El responsable del tratamiento debe hallar formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión”, porque de lo que se trata es de que el interesado “entienda los motivos de la decisión”. De esta forma, se sitúa al lado de lo que preceptúa el informe del Consejo Económico Social Europeo en “Inteligencia Artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa” (DOUE 6/12/2018) y particularmente el enunciado: “no consiste en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman”.

En definitiva, siguiendo a este mismo autor (MERCADER UGUINA, J. R.: “Algoritmos y derecho del trabajo”. *op.cit.* p. 65) debe observarse la “garantía de minimización de los datos”.

¹⁵¹ Aspecto este destacado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” (Bruselas. 8/04/2019). Se recogen los siguientes “requisitos esenciales para una inteligencia artificial fiable”. Intervención y supervisión humana; solidez y seguridad técnicas; privacidad y protección de datos; transparencia (a fin de garantizar la “trazabilidad” y “explicabilidad”); diversidad, no discriminación y equidad (para lo cual habrá de establecerse “equipos de diseño diversificados y crear mecanismos que garanticen la participación, en particular de los ciudadanos, en el desarrollo de la inteligencia artificial); bienestar social y medioambiental; rendición de cuentas.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DIGITAL COMO CAUSA EMERGENTE DE DISCRIMINACIÓN¹

OLGA GARCÍA COCA
Universidad Pablo de Olavide

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que las TICS forman parte de una sociedad que se presenta cada vez más globalizada y que, lógicamente, han contribuido de manera satisfactoria en agilizar muchos trámites y determinada burocracia, facilitando en líneas generales la vida a los ciudadanos. Si nos aproximamos a su incursión en el mundo de las relaciones de trabajo, encontramos que actualmente se determinan como instrumentos claves para propiciar el acceso al mercado de trabajo, ya que se presentan como mecanismos innovadores que aceleran la búsqueda de los candidatos idóneos para determinadas ofertas de empleo.

Las plataformas se determinan como una de las profundas transformaciones que nacen en los últimos tiempos, como consecuencia de su incursión se produce un cambio en el desarrollo de las tecnologías digitales, en el que los datos se han vuelto cada vez más centrales para las empresas y su relación con trabajadores, clientes y otros capitalistas. En un primer momento, la plataforma emergió como un nuevo modelo de negocio capaz de extraer y controlar una inmensa cantidad de datos y, al calor de este cambio, se ha impulsado el ascenso de grandes compañías monopólicas. Las plataformas en línea nos llegan hoy con diferentes formas y tamaños y continúan desarrollándose a un ritmo nunca antes visto en ningún otro sector de la economía. En la

¹ El trabajo es resultado del 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).

actualidad, cubren una amplia gama de actividades, incluyendo plataformas de publicidad en línea, mercados en línea, motores de búsqueda, redes sociales y medios de difusión de contenidos creativos, plataformas de distribución de aplicaciones, servicios de comunicación, sistemas de pago y plataformas dedicadas a la economía colaborativa².

En este caso le sería de aplicación la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico y su trasposición en nuestro país, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI). Como apunta Mayorga Toledano³, el paradigma descrito por tales normas respondería a un servicio neutral en el que el gestor de la plataforma quedaría amparado por las exenciones y libertades que reconocen. Así, la regulación de estos servicios se rige, como piedra angular, por el principio de libre prestación de servicios y, por tanto, sin restricciones salvo excepciones tasadas, y de no sujeción a autorización previa por parte de las autoridades nacionales.

Es por ello que, en una sociedad que se encuentra cada vez más globalizada, las plataformas digitales de intermediación laboral contribuyen de forma en agilizar muchos trámites y determinada burocracia, facilitando en líneas generales la vida a los ciudadanos. Si nos aproximamos a su incursión en el mundo de las relaciones de trabajo, encontramos que actualmente se determinan como instrumentos claves para propiciar el acceso al mercado de trabajo, ya que se presentan como mecanismos innovadores que aceleran la búsqueda de los candidatos idóneos para determinadas ofertas de empleo⁴.

Como ya llevamos viendo tiempo, el ámbito digital ha ido ganando progresivamente enteros frente al físico y con ese cambio de paradigma, ciertos servicios de intermediación y motores de búsqueda se han constituido en verdaderas autopistas por las que es necesario transitar en Internet para llegar a los consumidores finales.

² VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: "Un nuevo desafío normativo: las plataformas digitales ¿de intermediación?", *Actualidad Civil* núm. 6, junio, 2021, p. 3.

³ MAYORGA TOLEDANO, M.ª C., "La intermediación en línea de las plataformas. El caso de Airbnb", en GONZÁLEZ CABRERA, I. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ M. P. (dirs.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 57.

⁴ Vid. en este sentido, entre otros CRUZ VILLALÓN, J., "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm. 118, 2016, pp. 13 y ss.; DEL REY GUANTER, S., "Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos", *IUSLabor*, núm. 2, 2017, pp. 1-3; MERCADER UGUINA, J. R., "La robotización y el futuro del trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 27, 2017, pp. 14 y 15.

2. EL SECTOR DE EMPLEO EN LA ERA DIGITAL: LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Los servicios de intermediación en línea (plataformas digitales) y motores de búsqueda, deben de cumplir con un entorno más equitativo y transparente para todos los operadores profesionales. En este ofrecimiento de bienes y servicios que las empresas realizan a través de las plataformas digitales, y como consecuencia del gran poder que atesoran, el servicio de intermediación laboral definido en la Ley de empleo como “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”. De forma directa en la ley que regula las agencias de colocación se establece que la intermediación laboral pueda desarrollarse por completo de forma digital, al presumirse la existencia de entidades que casan «ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos» (art. 3.1 RD 1796/2010). A pesar de la poca referencia que se hace en la normativa acerca de cómo llevar a cabo estos procedimientos digitales, es evidente que la realidad es otra pues, actualmente, nos encontramos en un escenario donde la mayor parte de la intermediación laboral se lleva a cabo por agentes que operan exclusivamente de forma digital o electrónica o bien que se apoyan mucho en estas tecnologías en sus procesos operativos. Se usan así algoritmos informáticos y técnicas de inteligencia artificial para analizar los datos del usuario, predecir comportamientos y definir capacidades y aptitudes para el desarrollo de una determinada actividad que luego se pone en relación con las ofertas de empleo disponibles en esas plataformas, por lo que puede hablarse de intervención activa «valoración de los perfiles, aptitudes, conocimientos y cualificación profesionales de quienes buscan empleo» y los «requerimientos y características de los puestos de trabajo ofertados» (art. 2.1 RD 1796/2010)⁵.

Con la definición dada en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico acerca de la consideración de prestadores de servicios se puede establecer que las agencias de colocación digitales están dentro de su ámbito de aplicación, ya que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones. En este caso, el operador es la agencia de colocación virtual que opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español y con la función de recepcionar información a través de sus servidores web o

⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA A. y GUERRERO VIZUETE, E.: “¿Pagar por buscar empleo? la gratuidad en la intermediación laboral digital”, *Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, vol. 8 núm. 1, 2020.

herramientas habilitadas con esa finalidad de reclutar candidatos para, en una segunda instancia, utilizar esos datos para realizar la selección de personal⁶.

La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades”, por lo que la digitalización y el uso de medios electrónicos facilita enormemente esta tarea, siempre que se respeten los principios de transparencia y equidad presentes en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019⁷, que permitan una competencia efectiva y un acceso igualitario a todos sus usuarios profesionales.

¿Qué quiere decir esto? Pues, entre otras cosas que, los servicios de intermediación en línea deben redactar las condiciones generales del servicio de manera sencilla y comprensible, dar determinados preavisos a sus usuarios profesionales, ser transparentes respecto de las razones en las que basan las decisiones de suspender, terminar o restringir las cuentas de los usuarios profesionales y justificar sus decisiones ante tales usuarios. También, el nuevo reglamento establece mecanismos para impugnar tales decisiones. Es muy importante asimismo la obligación de informar sobre los parámetros principales que rigen la clasificación que hacen de los bienes y servicios en sus respectivas plataformas y los motivos por lo que determinados parámetros cuentan con una importancia relativa superior a la de otros. También hay que informar sobre si la remuneración directa o indirecta al proveedor influye en la clasificación y si existe trato diferenciado a los bienes o servicios que ofrezcan ellos mismos en relación con los de otros usuarios profesionales. Por poner un ejemplo: un fabricante de pilas que venda a través de una plataforma online debe de poder saber los criterios que llevan a su producto a aparecer antes o después en el ranking de la plataforma, comparativamente con los productos que puedan ser de competidores y/o de marca propia de la plataforma.

Los datos, el oro líquido de la revolución digital que estamos viviendo, también entran en liza. Los proveedores de servicios de intermediación en línea deben incorporar en sus condiciones generales una descripción sobre el acceso técnico y contractual, o la falta de este, que vayan a tener los usuarios profesionales a los datos (personales o de otro tipo) que proporcionen, tanto los usuarios profesionales como los consumidores, para utilizar los servicios de

⁶ ORTIZ LÓPEZ, P.: “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en A. RALLO LOMBARTE, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: (eds.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 22.

⁷ DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019.

intermediación; o aquellos que se generen a través de la prestación de tales servicios.

Si trasladamos esta forma de trabajar a través de plataformas a los mecanismos digitales que se utilizan para realizar la selección de personal en las empresas de intermediación laboral, se puede observar cómo se han sustituido determinados trabajos por máquinas. En este sentido la robótica y los instrumentos de inteligencia artificial⁸ interfieren en los procesos de acceso al empleo y, sin entrar en el debate abierto sobre la consideración de estos como “trabajadores”, es obvio que, el uso de estos métodos puede interferir en derechos básicos de los futuros empleados, como puede ser el derecho a no ser discriminado cuando se someten a estas técnicas de intermediación laboral digital. Para ello, es preciso identificar en un primer momento que instrumentos se utilizan para abordar que implicaciones jurídicas tiene el uso de plataformas digitales de intermediación en el mundo de las relaciones de trabajo.

2.1. La oferta de empleo digital

El primer paso para iniciar una búsqueda de candidato por parte de la intermediación laboral, en su vertiente privada, es la difusión de una oferta de empleo en la que aparezcan, de forma detallada, los requisitos del candidato y las condiciones del trabajo que ofrecen. Esta tarea, hoy día, se realiza con gran presencia de formatos digitales. A partir de esta publicación comienza la tarea de reclutar a un trabajador e insertarlo en el mercado de trabajo. Por ello, es importante seguir unas instrucciones para captar, de esta forma, el mejor talento atrayendo a los mejores candidatos que se ajusten al perfil requerido. Es fundamental que la propuesta de la oferta de empleo sea, por un lado, interesante y, por otro, que reúna determinadas claves para que los demandantes de empleo puedan encontrar la vacante cuando realizan sus búsquedas.

La oferta de empleo tiene que ser atractiva y el medio en el que se publica debe conseguir tener impacto y llegar a mayor cantidad de demandantes de empleo. Por tanto, ¿cómo se pueden conseguir estos efectos? En primer lugar, es necesario que el título de la oferta sea claro y breve, además de resumir en pocas palabras, pero que sean claves para identificarlo, el puesto de trabajo debe constar la responsabilidad del cargo definiendo las funciones y el área en dónde

⁸ “la capacidad de los programas informáticos de producir unos resultados de razonamiento equivalentes a los obtenidos por la inteligencia natural humana a través de sistemas de aprendizaje artificiales similares a los naturales”, en AGOTE EGUIZÁBAL, R.: “Inteligencia Artificial, Ser humano y Derecho”, *Revista Claves de Razón Práctica*, núm.237, 2018, p. 41.

desempeñará la tarea⁹. Si, por ejemplo, se busca un perfil concreto se puede incluir en la oferta una leyenda que establezca la no inclusión en el proceso de aquellos candidatos que no cumplan ese requisito que se considera fundamental para cubrir la oferta de empleo.

En segundo lugar, es primordial hacer referencia a los requisitos realmente precisos para realizar con éxito las funciones, interesante diferenciar entre los imprescindibles y los valorables. Resulta útil por ello describir el tipo de jornada laboral, el tipo de contrato, la ubicación, y en la medida de lo posible, las condiciones económicas. Y, por último, a la hora de confeccionar la oferta de empleo es importante la identificación de la empresa, pues genera mayor seguridad para los que se inscriben en la misma, pues pueden decidir participar indagando previamente la infraestructura y demás datos de la empresa. Por último, existen otros factores que propician que una empresa sea más atractiva que otra tales como los valores, la seguridad laboral, el ambiente de trabajo, las perspectivas de futuro y la posibilidad de conciliar la vida laboral con la personal se han convertido en los factores clave a la hora de elegir una empresa u otra para trabajar. En este sentido, contar con una estrategia de *employerbranding*¹⁰ adecuada se convierte en una necesidad.

A la hora de incorporar ofertas de empleo en los distintos medios de difusión, ocupa un lugar esencial aplicar las ya conocidas técnicas de *employerbranding*, siendo la descripción de la propuesta transparente y real, con una base sólida dando prioridad al talento y creando una oferta atractiva, en otras palabras, remarcando las características del candidato ideal para cubrir las necesidades de empleo que demandan. De hecho, los propios trabajadores de la empresa, en estos casos, son los que pueden llegar a explicar los beneficios que se ofrecen, cómo es la cultura de tu empresa y el ambiente que se respira día tras día. Estas explicaciones, incluso, las pueden dar a través de las redes sociales que se pueden constituir como el canal perfecto para comunicar los valores de la empresa que demanda trabajadores, presentando los mismas a los potenciales candidatos a esas ofertas de empleo.

Una vez redactada la oferta de empleo llega el momento de darle la mayor difusión posible para que llegue al mayor número de candidatos. En este sentido, los mecanismos tradicionales (prensa, anuncios en la empresa, empresas de trabajo temporal, consultoras etc.) se han visto relegados por otros medios

⁹ Si, por ejemplo, se busca un perfil concreto se puede incluir en la oferta una leyenda que establezca la no inclusión en el proceso de aquellos candidatos que no cumplan ese requisito que se considera fundamental para cubrir la oferta de empleo

¹⁰ El Employer Branding no es otra cosa que la marca de una empresa como empleador. En otras palabras, la imagen que tiene una compañía no sólo hacia sus clientes sino también hacia sus propios empleados y sobre todo, la imagen que perciben sus posibles candidatos.

tecnológicos, que, obviamente, provocan un mayor alcance y proliferación. Tal es el caso, de los anuncios de empleo publicados en los buscadores webs y en los portales de empleo que proporcionan inmediatez a los candidatos al poder buscar realizando un filtrado objetivo de las ofertas que mejor se adaptan a su perfil formativo y profesional. Por otra parte, las redes sociales son una fuente esencial para la difusión de las ofertas de empleo, pues se presentan como una plataforma con una gran visualización como consecuencia del elevado uso que hacen de ello los ciudadanos y, también, los demandantes de empleo.

En este sentido existen unas pautas a la hora de publicar ofertas de empleo en redes sociales para que esta sea atractiva y llegue al máximo número de demandantes de empleo. Como es sabido, hay redes sociales que están enfocadas a tratar perfiles profesionales y a fomentar el empleo entre sus usuarios (Linkedin, Xing, etc.) pero no son las únicas que pueden llevar a cabo este cometido, aunque sí las más usuales, pues la publicación de ofertas de empleo es una práctica que se realiza, también, desde el propio Facebook¹¹. Es por ello de suma importancia configurar la difusión de la oferta, como se ha comentado, de forma llamativa y cercana. En las redes sociales, las ofertas de empleo están compitiendo por la atención del usuario con miles de contenidos diferentes, por ello captar la atención de este usuario es esencial. Pero no solo esto: hay que dejar a la vista toda la información para que la oferta resulte atractiva y el candidato decida inscribirse, esté en la red social que esté.

Si se pretende publicar una oferta a través de twitter la idea es “decir mucho en pocas palabras” pues la configuración de los denominados tweets no admite textos con muchos caracteres. En este caso, es preciso tener una cuenta de twitter en el que aparezca el logo y la denominación de la empresa que ofrece el empleo para que sea claramente reconocible, en este perfil hay que insertar un mensaje breve y claro en el que se identifiquen los requisitos de la oferta (palabras claves y hashtag¹²) y se inste a los demandantes a inscribirse en la misma a través de una llamada de acción. Los hashtags deben ser claros y no ser abusivos, es decir, no es

¹¹ Esta opción se activa cuando tienes una página de empresa en el propio Facebook pues, de esta manera, si puedes explorar la novedad de publicar una oferta de empleo. Para ello, se habilita un formulario en el que podrás incluir información sobre la oferta rellenando campos como el de “Introducción”, en el que puedes escribir una frase que resuma la vacante en 90 caracteres. A medida que avances podrás incluir una foto (mejor sin texto y siempre relacionada con la profesión de la que hablamos), la ubicación de la posición, el salario (opcional) o el tipo de trabajo (a tiempo completo, a tiempo parcial, prácticas, voluntariado o contrato).

¹² Etiqueta formada por una o más palabras clave (puedes añadir números, pero no símbolos), escritas todas juntas sin espacios, y que van precedidas del símbolo # (llamado almohadilla). Una vez compartas tu contenido, con los hashtags que hayas decidido, éstos se convertirán en un enlace que, si alguien lo pulsa, dirigirá a todos los contenidos que se han compartido con esas mismas palabras clave. De esta forma, los contenidos sobre un mismo tema se agruparán para facilitar la búsqueda de información y facilitará la conversación en torno a éste.

necesario incluir más de uno, de hecho, hay algunos que están catalogados como los más populares para captar candidatos a raíz de una oferta de empleo, por lo que es una etiqueta identificativa en los anuncios de empleo de las redes sociales que cumple con esa función de difusión. Si por el contrario la publicidad de la oferta se hace por medio de una de las llamadas redes sociales profesionales, como pudiera ser el caso de LinkedIn, hay observar más aspectos formales por ser la red profesional por excelencia plataforma. Además de identificar la oferta con palabras clave e incluir una llamada de acción se ofrece la posibilidad de acceder directamente en la oferta al insertar en el texto el enlace a la misma y de recomendar o incluso compartir en otros grupos creados en la propia red LinkedIn.

Así pues, estos mecanismos de publicidad son utilizados por las propias empresas y por todas aquellas que realizan labores de intermediación públicas y privadas. Muchos de estos procedimientos, además de ofrecer servicios de registro de datos, se configuran como verdaderas oficinas virtuales de empleo que ofrecen una amplia cartera de servicios para colaborar en la colocación de aquellas personas que estén a la búsqueda de un empleo.

2.2. El curriculum vitae electrónico

Una vez que la oferta es publicada de una u otra forma las empresas necesitan filtrar a los candidatos según los CV presentados en los distintos medios de captación de candidatos (portales de empleo, redes sociales, email directo a la empresa que anuncia el empleo, etc.) A simple vista el curriculum no necesita de una profunda presentación concluyendo que simplemente es una relación ordenada de los datos académicos, de formación y profesionales de una persona que busca empleo. El currículum se redacta con el objeto de responder a una oferta de trabajo, pero también puede ser espontáneo, es decir se redacta sin la existencia de oferta y se reparte en distintas empresas para solicitar trabajo.

Es parecido a un buen anuncio o invitación que envía o entrega una persona aspirante a un empleo, el cual incluye toda la información sobre su vida laboral, los datos de contacto e indica el lugar donde reside. El objetivo de un currículum vitae es generar una buena impresión e interés para darse a conocer y así conseguir una entrevista personal, para conseguir ese puesto de trabajo tan deseado. A la hora de redactar un CV se deben tener en cuenta varios factores, pues ya en este momento es cuando se transmite información personal a la empresa que demanda empleo o a aquella otra empresa intermediadora que realiza la selección de personal. Es por ello que se hace necesario conocer la importancia de dar los datos precisos, siendo esa información de fácil lectura y

comprensión dejando, de forma clara en el propio CV, los datos de contacto para que puedan notificar su inclusión en el proceso de selección¹³.

Los datos que deben aparecer, por tanto, en el CV son: nombres y apellidos; N.I.F.; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; ubicación de tu domicilio; números de contacto, mínimo dos; dirección del correo electrónico personal a la que accedes frecuentemente; estudios realizados indicando la fecha de comienzo y fin, centro académico, y lugar donde han sido realizados; postgrados, cursos o talleres realizados igualmente indicando la fecha de comienzo y fin, centro, y lugar donde han sido realizados; experiencias profesionales indicando la fecha de comienzo y fin, nombre de la empresa y funciones desempeñadas; idiomas que dominas y en el nivel correspondiente.

Es importante conocer que en la actualidad no sólo llega a los seleccionadores de personal la información mostrada en el CV, sino que como consecuencia de la digitalización y de la proliferación de internet se puede conocer mucha información e incluso tratar, es lo que se conoce como CV social¹⁴. Es en ese momento cuando entra el juego el debate de ser visible o no en internet, ya que lo que es evidente es que las empresas pueden entrar en ese círculo social pues están en su derecho de conocer como los candidatos se muestran en la sociedad digital.

Se hace por ello importante establecer las pautas e instrucciones dadas en la normativa actual sobre protección de datos de carácter, como se tratará más adelante, para que los candidatos no tengan la sensación de tener su vida privada abierta en internet. Hay que restringir el uso de toda información que no sea necesaria ni adecuada para calificar la aptitud del candidato en el proceso de selección, sobre todo para no contaminar y realizar una clasificación de los demandantes lo más objetiva posible.

Hoy día alcanza gran importancia la configuración de los CV infográficos que ayudan a que la información contenida en el CV sea más atractiva y fácil de leer para el seleccionador. Pero estos currículums, a pesar de suponer una innovación en los recursos humanos pueden generar cierta desconfianza porque a lo mejor pueden enmascarar cierta información para realizar el proceso de selección e incluso perjudicar a un candidato que cumpla los requisitos para el puesto pero que no sepa transmitirlo desde un punto de vista creativo. Para ello, es preciso tener en cuenta que la creación y la difusión de un CV infográfico no

¹³ RUBIO, A. *Ganarse el puesto y superar con éxito el período de prueba*, Díaz de Santos, 2008, pp. 24-28.

¹⁴ Es el CV formado por toda la huella digital en Internet, donde se puede conocer más a fondo al candidato. Cuando alguien escribe un Tweet está provocando que puedan tener más información de él como por ejemplo pueden ser sus valores, opiniones, intereses, motivaciones, red de contactos, empresas de interés... y *"es aquí donde estamos teniendo información actualizada del candidato y no sólo del pasado a través de su curriculum"*. Fuente: <https://br.escoladenegociosydireccion.com/business/tr-hh/redes-sociales-imprescindibles-en-el-reclutamiento/>

impida realzar y enfocar tu perfil profesional, además de asegurarse que el puesto de empleo que se oferta no sea creativo ni innovador, por lo que toda la configuración del CV debe ir en consonancia con la oferta de empleo en la que se quiere participar como candidato¹⁵.

Otra de las formas para lograr una primera toma de contacto con la empresa que ofrece empleo y que está vinculada a las necesidades del nuevo contexto laboral, es el videocurrículum, y, sobre todo, aquel que incluye la marca personal, pues aporta un valor añadido incuestionable y logra la diferenciación del resto de los competidores. El proceso es sencillo y está relacionado con la realización de vídeos en los que el demandante de empleo expone su currículum académico y profesional para optar a un puesto de trabajo, por lo que constituye una herramienta que puede facilitar la inserción laboral, ya que permite personalizar y singularizar al demandante de empleo frente al empleador. Esta nueva herramienta, además, posibilita que el demandante de empleo pueda mostrar otros factores cualitativos de su persona que, junto a sus datos curriculares, puedan suponer una ventaja a la hora de conseguir el puesto de trabajo¹⁶.

2.3. La digitalización de los portales de empleo

Una vez delimitada la consideración de los portales de empleo como auténticos intermediadores de empleo¹⁷, es el momento de determinar lo que hoy en día es ya una realidad, pues la gran proliferación de su uso hace que, prácticamente, hayan absorbido a la ya clásica intermediación laboral. En estos portales de empleo, de carácter público o privado, se centralizan las distintas ofertas y a través de ellos los candidatos pueden inscribirse en aquellas que le resulten más atractivas. Su objetivo principal es que tanto el demandante de empleo como la empresa cubran una necesidad laboral concreta. Por una parte

¹⁵ DUNIA TALLEDA, MARC TUDÓ, BERNAT RODRIGO, ALBA NEBOT: "La evolución del curriculum vitae", *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, Año núm. 30, N^o Extra 323, 2017, pp. 54-56. GARCÍA COCA, O.: "Protección de datos personales y procesos de selección de trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.

¹⁶ CLIMENT-RODRÍGUEZ, J. A., NAVARRO-ABAL, Y. y ORTEGA-CAMPOS, E.: "El videocurrículum-branding como recurso digital para el desarrollo de competencias de búsqueda de empleo en los futuros egresados". En VV.AA.: *I Congreso Virtual Internacional sobre Innovación Pedagógica y Praxis Educativa* INNOVAGOGÍA 2012; LANDETA ETXEBERRIA, A. y PRIETO PREBOSTE, S.: "La generación y el potencial de transferibilidad del curriculum vitae en formato audiovisual", *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, núm. 13, 2019, p. 42. Fuente: <https://www.randstad.es/tendencias360/adapta-tu-curriculum-a-la-era-digital/>.

¹⁷ Sobre este aspecto, y teniendo en cuenta el art. 31 de la Ley de Empleo, puede concluirse que, según la definición de agentes de intermediación, los portales de empleo, efectivamente, se consideran como tales debido, sobre todo debido a que su función principal es la de poner en comunicación a los demandantes de empleo con las entidades o empresas que lo ofrecen

que el demandante encuentre un puesto de trabajo que se *adapte* a su perfil y por la otra que la empresa encuentre un candidato con un perfil adecuado para ocupar el puesto de trabajo ofertado de forma más o menos fácil y rápida.

En este sentido, los portales de empleo no sólo colaboran en la intermediación laboral, sino que participan de forma directa al configurarse como auténticos intermediadores laborales de manera digitalizada. Existen muchos tipos de portales, puedes ser públicos o privados, y los ciudadanos acceden a ellos según sus preferencias a la hora de seleccionar una oferta de empleo. Los criterios para decantarnos por uno u otro portal son variados, dependerá en gran medida de factores como: el tipo de trabajo que busquemos, el sector laboral, la ubicación geográfica que nos interesa, también del grado de confianza que tengamos en algún portal en particular o de las referencias que nos puedan transmitir personas con experiencia en el tema. Seleccionar solo una posibilidad no es una decisión muy acertada, sería bueno probar con al menos unos tres y ajustar nuestra selección de forma continua. Cuando más conozcamos los pormenores de estos portales, mejores serán nuestros criterios para realizar y ajustar nuestra selección¹⁸.

El uso de los portales de empleo también se ha incrementado por la utilización de los de dispositivos móviles (tablets y smartphones), en los que se pueden descargar aplicaciones móviles para facilitar al usuario el acceso sin depender de un ordenador de sobremesa o portátil. También, en este caso será el propio usuario el que decida que app le interesa más tener en el móvil para consultar las distintas ofertas de empleo o, incluso, recibir alertas sobre las que se publiquen de acuerdo con sus preferencias relacionadas con su aptitud profesional y académica¹⁹.

Existen distintos portales de empleo dentro de la intermediación pública, en el ámbito autonómico están los Servicios Autonómicos de Empleo que se encargan, entre otras cosas, de las políticas activas de empleo: formación, orientación laboral, intermediación y demás actividades relacionadas con el ámbito laboral de la comunidad. A nivel estatal destaca el portal “empleate” en el que se publican todas las ofertas de empleo autonómicas y estatales, los candidatos pueden inscribirse y dejar su curriculum. Es el portal del Ministerio de

¹⁸ BURGOS GOVÉ, M.C.: “Los portales web de búsqueda de empleo y su funcionamiento para la inserción laboral” en VV.AA. *Nuevas estrategias para el acceso al empleo: aspectos comunicativos y prácticos*, 2016, ISBN 9788433859532, pp. 65-79; <https://www.emprendedores.es/casos-de-exito/infojobs-monster-2/>

¹⁹ Una aplicación informática es un tipo de software que permite al usuario realizar uno o más tipos de trabajo y de vincularse con la oferta y la demanda de servicios» (G. GAUTHIER, “El derecho laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano”, en *Revista da Faculdade de Mineira de Direito*, 2016, vol. 19, n. 37, p. 120)

Empleo y cuenta con la colaboración, tanto de los portales de empleo autonómico, como de algunos de los portales privados de empleo nacionales: JobandTalent, Monster, Infoempleo, Portalento, TicJob, Universia, Trabajos.com y Hacesfalta.com, entre otros.

Dentro de la intermediación pública las TICs han sido claves al ser capaces de integrar la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que llevan a cabo los Servicios Públicos de Empleo, Estatal y Autonómicos, a través de SISPE²⁰. En un modelo mixto de gestión, en el que tiene que convivir la gestión transferida a las Comunidades Autónomas (políticas activas de empleo) y la gestión estatal (prestaciones por desempleo), y que, a su vez, debe posibilitar la coordinación a nivel nacional de los planes de actuación encaminados a fomentar el empleo, el SISPE hace posible compartir, integrar y coordinar tanto la información propia de cada uno de los Servicios Públicos de Empleo, como las actuaciones y estrategias 3 orientadas a favorecer la inserción laboral y el estudio del mercado laboral español.

Por otra parte, y más en el ámbito de la intermediación privado existen portales de empleo generalistas, es decir, incluyen ofertas de cualquier sector profesional (Infojobs, Infoempleo, Monster). De hecho, la plataforma Monster se presenta como líder mundial en conectar con éxito oportunidades de empleo y personas. Esta plataforma de empleo te propone las mejores ofertas en función de tu perfil, entre miles de ofertas de contrato temporal, indefinido o becas, a tiempo completo o parcial. Simplemente bastará con crea tu perfil o subir tu CV para solicitar las ofertas. Si atendemos a portales especializados en sectores como el turismo (Turisjob), la hostelería (Gastroempleo), informática y telecomunicaciones (Tecnoempleo), ingeniería industrial (Proempleoingenieros) voluntariado y tercer sector (Hacesfalta), servicios en general (Yobalia), etc. o personal directivo o de alta cualificación (Experteer).

Otro de los portales que presentan mayor influencia e interés dentro del sector privado es Infojobs, considerado como el más importante en la actualidad y sus servicios destinados a los candidatos permiten la inscripción de forma gratuita para el «encuentro con empresas», «crear o unirse a espacios de diálogo, de debate», gestión de la búsqueda de empleo a través de la plataforma, «página principal personalizada en el menú privado», «ser buscado (de acuerdo con el nivel de privacidad seleccionado) a través de la base de datos de candidatos registrados», recepción automática y gratuita de ofertas por vía electrónica, etc. La mayoría de los portales ofrecen servicios similares y todos son prestados de forma gratuita para el candidato, aunque no siempre es o ha sido así. Hubo una época en

²⁰ A tal fin el artículo 7.2.c) de la Ley establece como uno de los instrumentos del Sistema Nacional de Empleo el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE).

la que importantes portales de empleo como Infojobs o Infoempleo disponían de servicios de pago destinados a los candidatos: por ejemplo, test de inglés y psicotécnicos que complementaban el currículum (10 euros por test), servicios de información adicional a través de mensajes SMS sobre la oferta de Infojobs a la que un usuario se acababa de inscribir (situación del candidato en el proceso, número de inscritos en el mismo, etc.); por su parte, Infoempleo posicionaba entre los 20 primeros puestos de una oferta al candidato que enviaba un SMS de pago y le permitía la creación de una web personal²¹.

De forma más específica dentro de determinadas fundaciones existen portales dónde se ofrecen empleo a personas con unas características específicas, por ejemplo, empleos para personas que acrediten algún grado de discapacidad. Este es el caso del portal “portalento” a través del cual se ofrece acompañamiento para acceder a ofertas de empleo a las personas con discapacidad que se han registrado en el citado portal. La finalidad es conseguir un puesto de trabajo para la mayoría de los demandantes de empleo que se inscriban, para ello realizan distintas actividades y actuaciones como hablar con las empresas para determinar las posibles ofertas de empleo, o también realizan distintas campañas de comunicación con el objetivo de informar a las empresas sobre sus funciones. También trabajan con los candidatos identificando a aquellos perfiles y personas que mejor se ajustan a cada oferta de empleo con un proceso de preselección²².

Aunque con menor incidencia, en la actualidad es prácticamente imprescindible para cualquier empresa de éxito tener su propia página web corporativa. Entre sus múltiples usos destaca el ser un sistema de promoción y conocimiento de la organización, así como un nuevo y cada vez más importante canal de ventas que permite una rápida y eficiente interacción oferta-demanda. A través de link o pestañas insertas en la propia web, los candidatos pueden consultar las ofertas de empleo de la propia empresa e inscribirse por medio de formulario o enviando el CV de forma directa al departamento de recursos humanos de la entidad.

Las TICS colaboran también en la propia empresa con la gestión de los recursos humanos y del talento, transformando la forma en la que las organizaciones retienen y motivan a los mejores candidatos. El reclutamiento por medio de las webs corporativas se presenta como un mecanismo innovador que agiliza la gestión de la selección de personal, ya que es capaz de vincular la

²¹ FERNÁNDEZ GARCÍA A. y GUERRERO VIZUETE, E. “¿Pagar por buscar empleo?...” *op.cit.* pp. 82-84.

²² <https://www.portalento.es/Candidatos/Servicios/Intermediacion/>

información que registran los demandantes de empleo con aquella necesaria para realizar un adecuado proceso de selección²³.

2.3.1. Características de los portales web de empleo

Para que una página web de empleo sea atractiva y facilite la selección de personal, lo más importante es que sea atractiva y llegue al mayor número de candidatos posibles. Si quieres poner en marcha una buena estrategia de selección, la página de Empleo es el elemento principal de la primera fase de la metodología Inbound Recruiting²⁴. Es preciso, tener en cuenta, que para que la intermediación digital sea efectiva la configuración de forma adecuada de una página de Empleo es fundamental, ya que es lo primero que cualquier candidato verá de ti, así que, es necesario asegurar que a través de ella se le va a causar buena impresión a los futuros candidatos de empleo.

En líneas generales los portales de empleo ofrecen una serie de servicios relacionados con : acceso inmediato a la información laboral según se genera; automatización de procesos; boletines de noticias sobre el mercado laboral; rapidez de repuesta; foros de discusión etc.; y por otra parte, servicios para usuarios/as tales como; inserción de CV; Confidencialidad absoluta; asesoría laboral; consulta a expertos en orientación e intermediación laboral; información y buscador de becas, ayudas y oposiciones, cursos, etc.; listado y perfiles d empresas que ofrecen empleo, etc.

Cada empresa debe adaptar una serie de puntos clave o características para otorgarle a su página de empleo su propia personalidad. Pero, aun así, hay algunos aspectos genéricos que son importantes y que son fundamentales para que sean páginas interesantes. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la cabecera de una Página de Empleo es lo primero que un candidato verá y leerá, por lo que hay que sintetizar el contenido de esta sin perder el tiempo con textos largos o imágenes sin sentido. Los candidatos tardan apenas unas milésimas de segundo en decidir si la página está a la altura de sus expectativas. Una buena cabecera contiene 3 apartados fundamentales: una imagen, ilustración o diseño llamativo que transmita la personalidad de la empresa y llame la atención del

²³ E-HRM es, en esencia, la delegación de funciones de RR.HH. a la dirección y los empleados. Por lo general, acceden a estas funciones a través de una intranet u otros canales de tecnología web. El empoderamiento de los gerentes y empleados para realizar ciertas funciones de recursos humanos elegidas libera al departamento de recursos humanos de estas tareas, lo que permite que el personal de recursos humanos se concentre menos en los elementos operativos y más en los estratégicos de recursos humanos, y permite a las organizaciones reducir los niveles de personal del departamento de recursos humanos como el administrativo.

²⁴ El *Inbound Recruiting* es el cambio que todos estábamos esperando en el sector de los recursos humanos. Es una nueva estrategia enfocada en las necesidades de las personas, que ayuda a las empresas a atraer al talento adecuado, tanto candidatos activos como pasivos, y fidelizarlo desde el primer contacto con la empresa.

candidato; un titular que con muy poco, diga mucho; y un botón de llamada a la acción que dirija a los candidatos hacia donde te interesa.

En segundo lugar, establecer el tipo de trabajo que ofreces a través de la determinación de las ofertas de empleo vacantes explicándole al candidato como va a ser el trabajo en la empresa y qué condiciones profesionales va a tener. Muchas de empresas para expresar estas indicaciones explican los valores que tienen como empresa y otros transmiten las características únicas del equipo o incluso, hay empresas que explican el tipo de candidato ideal. En el mismo contexto de la página web de empleo se puede aludir a aspectos más específicos centrados en perfiles técnicos que cuestan más atraer.

Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de confeccionar una página de empleo es la inclusión de opiniones sobre el funcionamiento de la empresa, o incluso testimoniales sobre los propios empleados o de los candidatos que se han sometido a un proceso de selección en esa empresa de gestión de talento o recursos humanos. Como recomendación para hacer la opinión más creíble, se puede añadir el perfil personal a alguna red social del testimonio (siempre con su consentimiento). De esta manera, el candidato podrá ver que esa persona existe e incluso, hablar con ella para intercambiar impresiones.

En el mundo multimedia la creación de una imagen o logo de empresa es imprescindible para tener presencia en ese ámbito de una forma mucha más directa y cercana, por lo que es fundamental aprovechar recursos como; vídeos, fotografías, ilustraciones y todo aquello que se te ocurra que le dé información al candidato de cómo es trabajar en tu empresa. Las empresas tienen que intentar utilizar contenido multimedia propio. Y, por último, la empresa debe identificar de forma clara, como hemos comentado en apartados anteriores, la oferta de empleo con las características citadas y sin caer en el error de pedir al candidato el envío del CV por medio del email facilitado en la propia web de empleo. En el apartado, ofertas de empleo, se debe tener las ofertas activas y actualizadas para que cualquier profesional pueda encontrar la que más encaja con su perfil. No obstante, en el propio portal también se debe dar entrada a los candidatos espontáneos, ya que éstos, a pesar de no encontrar una oferta de empleo que encaje con su perfil profesional quieren dejar sus datos en una oferta genérica, es la diferencia entre crear una base de datos potente o una mediocre²⁵.

2.3.2. Ventajas de los portales webs de empleo

Las ventajas que tiene reclutar personal a través de los portales de empleo digitales y las webs corporativas son más que evidentes, a la gratuidad del servicio se unen otros beneficios. Por ejemplo, si se trata de una selección de

²⁵ Fuente: <https://www.inboundrecruiting.blog/2021/03/12/pagina-de-empleo-perfecta/>.

personal para empresas que se encuentren fuera de España, el uso de Internet amplifica más las ventajas ya que el coste de un proceso de selección a nivel internacional empleando medios tradicionales es muchísimo más caro que empleando Internet²⁶.

El uso de internet para efectuar un proceso de selección agiliza algunos trámites que pueden ser laboriosos (definición del puesto, planificación de los medios donde aparecerá y presupuesto asociado, recepción de los candidatos, creación de la base de datos, análisis de los candidatos, cruce de los datos del perfil con el de los candidatos, entrevistas, llamadas o envío de cartas a los candidatos tanto aceptados como rechazados, etc.), sobre todo si en el proceso interfiere más de una persona los problemas se multiplican. Por ello, si se utiliza internet y una aplicación informática a través del sitio web propio o el de un sitio dedicado al efecto, se simplifican enormemente los procesos ya que a medida que los candidatos introducen sus datos en el sitio web, éstos se organizan directamente en una base de datos relacional. La creación de una base de datos, a partir de la información facilitada por los portales de empleo permite a los reclutadores la consulta inmediata de la información y la extracción de los candidatos más interesantes para cada puesto, así como la automatización de la respuesta a los candidatos, tanto aceptados como rechazados, consiguiendo, de esta forma otorgar al proceso de una mayor rapidez y flexibilidad.

Debido a la estructura de los sitios web de empleo e incluso del sitio web corporativo, es posible ofrecer mucha más información para el potencial candidato sobre el puesto de trabajo y de la empresa que lo ofrece. Algunas grandes empresas permiten que a través de su sitio web, el candidato se ponga directamente en contacto con una persona que ya trabaja en la empresa para preguntarle cualquier cuestión que se considere interesante y de esa manera conocerla «desde dentro».

La página de empleo fortalece tus canales propios y permite garantizar una estrategia definida para atraer candidatos²⁷. Con esta técnica los candidatos se dirigen directamente a la empresa que ofrece el empleo, no existen intermediarios y este hecho supone, también, un ahorro en los costes. Ahora bien, la página de empleo puede ser complementaria de otros canales externos que colaboran en diversificar la captación de candidatos, y transmitir mejor su cultura

²⁶ La tecnología permite reducir hasta un 75% los costes y un 40% el tiempo invertido en realizar los procesos de selección de personal con relación a los métodos tradicionales (Fuente: Soluziona).

²⁷ Podríamos definir el *Employer Branding* como la suma entre la reputación de la que goza una compañía como marca empleadora y la propuesta de valor que tiene con sus empleados. El fomento de esta tendencia solo puede traducirse en mejores resultados en la captación y fidelización del talento dentro de las organizaciones. (Fuente: <https://employerbrandinglab.com/employer-branding>)

organizacional, las redes sociales son un claro ejemplo de canal complementario y colaborativo de los portales de empleo.

Otra de las ventajas de las webs o portales de empleo que son armas básicas en una intermediación digital bien organizada es la posibilidad que presentan de cumplir con criterios transparentes para comunicar la cultura corporativa de una determinada empresa. De esta forma, la empresa puede posicionarse mejor ante los candidatos y ser bastante más accesible e interesante para ellos. A través de estas webs también se pueden crear comunidades de talento que no es una simple base de datos, sino que es un espacio en el que se consigue crear un sentimiento de fraternidad entre los profesionales que están interesados en tu organización, generando un vínculo entre ambos, incluso antes de ser contratados.

Como consecuencia de las posibilidades de comunicación que otorga Internet, se puede publicitar las ofertas de empleo en distintos portales de empleo y seleccionar aquellos que se dirijan a un público más segmentado, permitiendo reclutar candidatos mucho más cercanos al perfil que se está buscando. Si, por ejemplo, estamos buscando un directivo, podríamos poner un anuncio en un sitio web cuya temática sea la dirección de empresas y los resultados serán mucho mejores que si usamos un medio masivo y con público poco segmentado. Igualmente, si buscamos un cocinero, podemos hacer lo mismo con un sitio dedicado a la hostelería.

Para conseguir lo anteriormente expuesto, existen gran cantidad de sitios Web dedicados a poner en contacto a las empresas demandantes y a los candidatos. El funcionamiento de estos sitios web es el siguiente: disponen de áreas reservadas para las empresas donde éstas colocan sus ofertas. Éstas, o bien son enviadas a una base de datos de potenciales interesados en la oferta, o bien son los candidatos los que la consultan directamente recibiendo la empresa oferente toda la información de los potenciales candidatos.

2.4. Algunas notas sobre los sistemas de recruiting 4.0

El concepto *recruiting 4.0* ha sido una tendencia muy importante en el mercado laboral a nivel global durante un tiempo. Las tecnologías inteligentes tales como la Inteligencia Artificial, el blockchain, el machine learning o los chatbots²⁸, han sido especialmente diseñados para que la acción de reclutar sea más fácil, sobre todo para los reclutadores y los equipos de recursos humanos. El desarrollo de este tipo de innovaciones tecnológicas está en constante cambio

²⁸ Es habitual ya el uso de estos programas para segmentar las candidaturas rápidamente y así contactar solo con los perfiles más idóneos. Además, también facilitan el seguimiento de las personas que se incluyen en el proceso de selección. Pero esto no es lo único que pueden hacer los chatbots por nosotros en el ámbito de los recursos humanos.

empujado por unas necesidades y entornos también cambiantes. Es por ello por lo que, a algunas de las técnicas digitales de gestión del talento y atracción de candidatos, ya citadas, se unen otros instrumentos que colaboran con la intermediación laboral para seleccionar a los mejores demandantes de empleo, según las situaciones y necesidades que presente la empresa. Las agencias de intermediación se benefician bastante de la utilización de estas técnicas ya que, hoy día, es usual la publicación de ofertas de empleo en su página web²⁹, pudiendo llegar así a comunicar sus necesidades a todos aquellos demandantes de empleo que visiten con asiduidad su portal web.

El uso de las redes sociales, concebidas como modelo colaborativo y abierto a la participación de todos los usuarios posibles³⁰, ha supuesto un gran avance en la selección de demandantes de empleo por la agilización y simplificación que pueden suponer para el proceso de selección de personal. La navegación por las citadas redes sociales propicia que el intermediador laboral pueda acceder a, y tratar, una gran cantidad de información sobre las personas que están buscando un empleo, por lo que habrá que analizar si estos sistemas ofrecen la protección suficiente al titular del dato³¹.

A través de estos medios se almacenan una gran cantidad de datos de carácter personales no sólo de los candidatos que directamente se inscriben en la oferta por medio de la red social, sino también de los denominados candidatos pasivos, que son aquellos que pueden encajar perfectamente en el perfil que busca la empresa de intermediación pero que no se encuentran en búsqueda activa de empleo. Con ello, el buscar candidatos a través de las redes sociales ha contribuido a que no sólo se puedan encontrar personas desempleadas disponibles, sino que también que se puedan ofrecer oportunidades de empleo más competitivas y más

²⁹ Internet sigue siendo el medio más escogido para captar mandos, técnicos y empleados (68,8%). Sin embargo, para la selección de directivos, se mantiene el uso de las empresas de selección (89%), Fuente: III Estudio Adecco Profesional sobre Intermediación Laboral, diciembre de 2012, disponible en http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/420.pdf

³⁰ Según datos estadísticos, en 2013 Facebook contaba con 1.100 millones de usuarios activos mensuales en todo el mundo, de los cuales un 23% se conecta a sus cuentas más de 5 veces al día. Twitter había superado a finales de 2012 los 485 millones de usuarios, de los cuales 288 son usuarios activos, mientras Tuenti rebasa los 14 millones de usuarios. Google plus se sitúa en los 500 millones de usuarios y LinkedIn en los 225 millones. Por lo que se refiere a España, el 80% de los internautas usa redes sociales, siendo las principales Facebook (con 17 millones de usuarios únicos en España), Youtube, Twitter (5,6 millones), LinkedIn (2,7 millones) y Tuenti (9,6 millones). Son datos obtenidos de "Estadísticas usuarios redes sociales en España. 2013 (www.concepto.05.com) y "Cifras y estadísticas de las Redes Sociales 2013" (www.rvillanuevarios.com).

³¹ MORATO GARCÍA, R.: "El impacto de las redes sociales virtuales en los procesos de selección de trabajadores" Comunicación presentada al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 2011, pp. 10-12, disponible en: http://www.aedtss.com/images/stories/documentos/congresouropeocomunicaciones/1/106morato_garcia.pdf.

acordes con sus características formativas y profesionales³² a aquellos trabajadores que tengan intención de cambiar de empleo.

A pesar del gran número de redes sociales que existen, si lo que se pretende es seleccionar personas para trabajar en una determinada empresa, lo lógico es que se acuda a las redes sociales profesionales, siendo las más utilizadas³³: LinkedIn, Viadeo, Xing, Ziki³⁴. Con estos mecanismos se consigue efectividad a coste cero puesto que la inscripción en la mayoría de redes profesionales para buscar candidatos es gratuita. Aunque si se quiere utilizar la red profesional para realizar alguna tarea concreta (por ejemplo, el diseño específico de un plan de selección; buscar candidatos con filtros de búsqueda avanzada para seleccionar personal; poder indagar perfiles distintos de los establecidos en la red de contactos etc.), se puede contratar los servicios premium con un coste que no suele ser elevado³⁵.

Para que el reclutamiento sea imparcial y objetivo es necesario distinguir entre redes sociales generales y profesionales. Así, aunque LinkedIn está considerada la red social que más se ajusta a lo que se conoce como red social profesional³⁶, hay otras como Facebook que, aunque su finalidad principal es generar contactos sociales, han comenzado recientemente, como consecuencia del desempleo existente, a crear grupos de búsqueda de empleo. A través de ella se puede consultar información que no queda recogida en los currículums, habilidades personales, aficiones de los empleados y otra información adicional de interés que nos pueda ayudar a cumplimentar el currículum de los candidatos, siempre y cuando sus perfiles estén disponibles. De todas formas, no es el medio adecuado para buscar un determinado profesional, pues los candidatos pueden tener su cuenta privatizado y además, aunque nos aporte información sobre sus gustos y habilidades, es difícil conocer cómo trabaja sólo con su perfil de Facebook³⁷.

³² DE PABLOS, S.: "El impacto 2.0 en la búsqueda y selección de profesionales con talento", *Revista Capital Humano*, núm. 248, 2010, pp.1-3; MAROÑO OTERO, E.: "¿Cómo están afectando las redes sociales al mercado laboral en España?", *Revista Capital Humano*, núm. 287, 2014, pp. 4-5.

³³ Fuente: <http://www.redesociales.net/redesprofesionales/>.

³⁴ La misión de estas redes sociales profesionales consiste en poner en contacto a profesionales de todo el mundo para que sean más productivos y tengan más éxito en el ámbito laboral, por lo que se permite que los usuarios puedan acceder a informaciones laborales incluso de otros países.

³⁵ GARCÍA COCA, O.: *La protección de datos en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, 2016.

³⁶ ALASTRUEY, R.: *Empleo 2.0*, Editorial UOC, 2009; TELLO DÍAZ, L; "Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook", *Revista Científica de Educomunicación*, 2013, pp. 206-208. UNIQUE: "Sobre el uso de las redes sociales y profesionales como fuentes de reclutamiento y selección de personal", *Revista Capital Humano*, núm. 248, 2010, pp. 50-53.

³⁷ Fuente: TalentClue, Los beneficios de reclutar en las redes sociales, pp. 7-13; DAGNINO, E.: "Social recruiting: una novità da perfezionare" publicado en *Conquista del Lavoro*, el 21 de octubre de 2014, disponible en www.bolletinoadapt.it.

Evidentemente con estos medios, tanto redes sociales como portales de empleo o con la digitalización de los CV se llegan a almacenar multitud de información personal que debe ser procesada y para ello, se hace necesario utilizar mecanismos de software que colaboran en estos procesos de filtrado y registro de datos, y que pueden colaborar en los procesos de selección. Aunque, como ya veremos, un mal uso de estos puede dar lugar a prácticas discriminatorias.

2.4.1. El uso de la inteligencia artificial dentro de la selección de personal

Como es sabido, cuando una empresa necesita buscar un perfil concreto lo primero que realiza es analizar las tareas que necesita cubrir y las relaciona con las cualidades y aptitudes que el candidato debe poseer para la correcta realización de las actividades que el puesto de trabajo comporta, así como el grado de importancia que dicha competencia tiene en relación con tal puesto. En la práctica es común establecer una lista de la totalidad de las competencias necesarias, entendiendo por competencia una característica esencial de un individuo que genera un desempeño eficaz o superior en el trabajo. En esta definición se englobarían habilidades, rasgos personales, motivaciones y otros aspectos como la autoimagen, el rol social desempeñado, el conocimiento que el individuo posea, etc.

Una vez hecho esto, la empresa publica la oferta a través de alguno de los medios ya citados y comienza a recibir información sobre posibles candidatos por las diferentes vías. Para poder segmentar y filtrar todos esos datos las empresas de recursos humanos, en la actualidad, precisan la colaboración de instrumentos de inteligencia artificial como otra de las ventajas que presenta la intermediación de forma digital. En este sentido, los algoritmos se configuran como instrumentos eficaces para automatizar puntos cruciales del proceso de selección, como la criba de curriculums y la generación de informes basados en la analítica de datos. Con ello, las empresas de recursos humanos se libran de una gran parte de la carga administrativa y burocrática que supone realizar la selección de personal de forma tradicional.

Ese es el propósito principal de trabajar con algoritmos para la selección de personal la facultad de encontrar al candidato perfecto en base a las variables introducidos en la configuración de la propia operación matemática. Una vez conocidos los niveles en que cada candidato posee una determinada cualidad, se procede a su comparación con las cualidades del perfil del puesto de trabajo establecido, lo que debe permitir conocer el grado de adaptación de cada candidato y obtener, en definitiva, un orden de preferencia entre ellos. Todo ello

sin olvidar la compatibilidad de las personas, objetivo paralelo a la buena adaptación de los candidatos a los puestos³⁸.

Como mecanismos de inteligencia artificial también se presentan otros en los que se combinan algoritmos. Actualmente los chatbots tienen como objetivo colaborar en la selección de personal presentándose como auténticas encargadas de la entrevista inicial que se realiza a los candidatos preseleccionados. Su servicio de conversación automatizada permite el reconocimiento de voz y gestos, analizando así las respuestas de los candidatos y decidiendo cuáles de ellos pueden superar la primera fase. A partir de aquí, la resolución del proceso de selección queda en manos de los profesionales del departamento de Recursos Humanos, que se encargarán de decidir quién es el mejor candidato. Antes de realizar la entrevista los chatbots colaboran en la preselección de los candidatos segmentando las candidaturas rápidamente para, de esta manera, contactar solo con los perfiles más idóneos. Además, también facilitan el seguimiento de las personas que se incluyen en el proceso de selección. Pero esto no es lo único que pueden hacer los chatbots por nosotros en el ámbito de los recursos humanos.

Existen técnicas basadas en algoritmos en lo que se determina la selección de personal en función de las competencias. Se realiza una ordenación de los candidatos en función de las competencias del puesto de trabajo ofertado, intentando conseguir con este algoritmo una perfecta adecuación entre el trabajador y el puesto de trabajo de manera que se logre un desempeño excelente y no meramente satisfactorio de las tareas y actividades. En definitiva, una adaptación al puesto con la finalidad de que el desarrollo de determinadas tareas y actividades en la empresa sea lo más eficaz posible, a partir de seleccionar en base a unos son los conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, etc. totalmente vinculados con las competencias necesarias para que el empresario consiga que el trabajo determine unos resultados sobresalientes³⁹.

Cuando ya se ha hecho la preselección del candidato por medio de una de las técnicas indicadas anteriormente llega el momento de evaluar al candidato o candidatos al puesto de trabajo ofertado. Las empresas disponen de una amplia cantidad de posibilidades para la evaluación digital del demandante de empleo, además de la clásica entrevista a través de chatbots, y determinar los niveles de aptitud de una persona con relación a ciertas cualidades que se estiman precisas para desarrollar correctamente las tareas de un puesto de trabajo. La conexión de los algoritmos con otras técnicas digitales de selección, como la gamificación, es

³⁸ VV.AA. "La selección del personal con un algoritmo genético borroso", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 2, num. 2, 1996, pp. 62-64.

³⁹ VV.AA.: "Un algoritmo fuzzy para la selección de personal basado en agregación de competencias", *XV Jornadas de ASEPUMA y III Encuentro Internacional*, en <https://fdocuments.ec/document/algoritmo-fuzzy-para-seleccion-de-personal.html>.

más que evidente si tenemos en cuenta que en una segunda fase, al utilizar este método el candidato se enfrenta a una experiencia en la que se le plantea una situación límite, desde sobrevivir en una balsa rodeado de desconocidos tras naufragar, gobernar una isla o gestionar un restaurante. Lo importante no es el juego en sí sino la herramienta que hay detrás, que permite medir patrones de comportamiento humano.

La cantidad de juegos existentes para colaborar en la selección de personal permiten identificar las habilidades de los candidatos, su personalidad, su forma de pensar. Muchos candidatos pueden sorprenderse al encontrarse con estas técnicas de selección⁴⁰. Su respuesta ante ello puede dar luz sobre cómo actúa frente a los imprevistos, cómo se maneja con la incertidumbre, etc. El objetivo es seleccionar al mejor talento, la persona que más encaje con los valores empresariales. Por lo que, en ocasiones, no hay que juzgar la actuación del candidato como buena o mala, sino ver si se ajusta más o menos a lo que se anda buscando. Lo mejor que se puede hacer es tratar de relajarse y no ver las pruebas como un examen, sino como un juego, sin más.

Es más que evidente los beneficios que aportan a las empresas y a la selección de personal los instrumentos de inteligencia artificial, pero es cierto que un mal uso de ellos puede ocasionar problemas jurídicos de gran importancia, como analizaremos más adelante. De hecho, la inteligencia artificial ayuda a optimizar el rastreo de grandes volúmenes de candidaturas, y permite agilizar el trabajo de los equipos de recursos humanos a la hora de profundizar en el análisis de un perfil en concreto y evaluar aspectos más subjetivos como la creatividad, la capacidad de interacción social o de liderazgo. Pero no debe, tal y como ha reconocido en el Reglamento general de protección de datos⁴¹, ser el único elemento a tener en cuenta para la contratación de un trabajador, ya que se ha

⁴⁰ Juegos de recompensa; Similar a los juegos virtuales, en los que cada vez que superas una pantalla o nivel, adquieres unas recompensas. Estas recompensas pueden ser pasar a otra fase de la selección, como si fueses un personaje de videojuego que avanza en su progreso; Dinámicas grupales online; Se pueden realizar dinámicas con varios de los candidatos a través de plataformas online en las que se puedan realizar juegos por equipos, realizar *brainstormings*, ver cómo interactúan entre ellos, su liderazgo, etc.; Crea tu propia aventura; Este juego puede ser también aplicado en la selección, ofreciendo al candidato diferentes caminos, y ver así qué haría en diferentes situaciones. Sólo los que tomen las decisiones acertadas llegarán al final de la aventura pasando al siguiente nivel del proceso. Creando su propio camino hacia su nuevo empleo; Clasificaciones y progresos; Un buen método para conocer el avance de cada candidato. De este modo todos pueden saber si van por el buen camino para alcanzar los objetivos marcados en el juego y ser uno de los seleccionados.

⁴¹ Art. 22.1 del RGPD (DOUEL núm. 119 de 04 de mayo de 2016): “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

elaborado un perfil con la combinación de datos obtenido por el algoritmo y se ha generado una decisión automatizada, en la que se va a decidir su contratación o no. Este hecho está prohibido, sobre todo porque los juicios emitidos por los algoritmos en sus distintas posibilidades de actuación están basados en juicios matemáticas con parámetros estadísticos.

2.4.2. La técnica *Big Data* en la intermediación laboral

La aplicación de técnicas de *Big Data* al área de los recursos humanos (*People Analytics*) permite monitorizar y analizar una gran cantidad de datos de los empleados, facilitando la obtención de información y conclusiones sobre la experiencia y el desempeño de estos. Con el *Big Data* se consigue una mejor gestión del personal, incrementando su satisfacción y productividad. Además, se facilita que la valoración de los empleados no esté ligada a cuestiones únicamente subjetivas, basándose también en el análisis de los datos y de los hechos.

Los softwares que permiten el análisis de grandes cantidades de datos son claves para realizar una más ágil selección de personal. Con estas herramientas se pueden tramitar y organizar una gran cantidad de información, lo que resulta bastante útil en los procesos de selección. La digitalización de estas tareas puede acortar los plazos y facilitar la toma de decisiones⁴². Estos instrumentos tienen transcendencia tanto para acceder a puestos en la empresa pública como en la privada. Aunque, es obvio, que algunas de ellas tienen más repercusión en el ámbito privado sobre aquellas relacionadas con el registro de datos en ficheros automatizados (cloud computing).

En el marco de los SEPE y de los SPE existen sistemas de información (SISPE)⁴³ que se utilizan para vincular datos de demandantes de empleo y ofertas de trabajo⁴⁴, los cuáles se presentan como auténticos softwares colaboradores de la

⁴² El software de reclutamiento y selección (ATS) de Bizneo HR permite trabajar simultáneamente con más de 80 bases de datos diferentes, incluyendo las principales fuentes del mercado. También facilita que las ofertas de empleo tengan la mayor difusión posible y lleguen especialmente a los perfiles más deseables para la empresa. Además, permite una colaboración más estrecha entre los responsables de la contratación.

⁴³ Los objetivos del SISPE son: promover la libre circulación y la movilidad laboral de los demandantes de empleo; favorecer la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo e incrementar la capacidad de cobertura de puestos de trabajo; y compartir la información para mejorar la capacidad de intermediación. De modo que, tendrán que tener acceso a los datos de los demandantes de empleo que sean necesarios para cumplir con estas funciones.

⁴⁴ El SISPE permite integrar la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que llevan a cabo los Servicios Públicos de Empleo, Estatal y Autonómicos. En un modelo mixto de gestión, en el que tiene que convivir la gestión transferida a las Comunidades Autónomas (políticas activas de empleo) y la gestión estatal (prestaciones por desempleo), y que, a su vez, debe posibilitar la coordinación a nivel nacional de los planes de actuación encaminados a fomentar el empleo, el SISPE hace posible compartir, integrar y coordinar tanto la información propia de cada uno de los Servicios Públicos de Empleo, como las actuaciones

intermediación pública. Dicho sistema, perteneciente al SNE, permite al SEPE y los SPE autonómicos compartir una información básica y coordinada sobre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo⁴⁵. Lo que se pretende con este sistema informático es combinar la gestión transferida a las CCAA (políticas activas de empleo) y la gestión estatal (prestaciones por desempleo) y que, a su vez, debe posibilitar la coordinación a nivel nacional de los planes de actuación encaminados a fomentar el empleo.

Las agencias de colocación deberán tener, a su vez, sistemas informáticos compatibles y complementarios del SISPE, produciéndose de esta forma el nacimiento del Espacio Telemático Común como nexo de unión entre la agencia de colocación y el SISPE, en el cual ya se integran los datos aportados por los SEPE y distintos SEP autonómicos. A través de este mecanismo también se deberá presentar una memoria de las actividades desarrolladas por la agencia en el ejercicio anterior, considerando la información relativa a los indicadores de eficacia.

Ahora bien, en el ámbito privado, se desarrollan también sistemas que permiten informatizar datos de los demandantes de empleo. Actualmente, existen algunos programas informáticos que colaboran con estas empresas de intermediación privada realizando la tarea de procesamiento y almacenamiento de datos de carácter personal. Dado que el primer paso para la selección de personal es la entrega del CV, habrá que comprobar qué vías utilizan las empresas de intermediación para realizar la tarea de clasificación de CV⁴⁶ y el posterior almacenamiento de ese documento. Así pues, estos programas no sólo son útiles, sino que también pueden resultar muy necesarios puesto que, además, ponen en práctica una serie de filtros objetivos como, por ejemplo, pasar la información curricular de aquellos candidatos que cumplan determinados requisitos profesionales, formativos, o de edad, entre otros⁴⁷. Con el uso de estos programas

y estrategias orientadas a favorecer la inserción laboral y el estudio del mercado laboral español. Fuente: nota informativa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, disponible en <http://www.sepe.es/contenidos/inicial/sispe/>.

⁴⁵ El programa de modernización de los SPE incluye la mejora de los recursos materiales y tecnológicos, un plan estratégico de recursos humanos y una mejora de la gestión de las prestaciones por desempleo. Dicho programa se enmarca dentro de las directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008) de la Estrategia de Lisboa, en concreto la directriz n^o 20 que versa sobre la mejora de la respuesta a las necesidades del mercado laboral, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁴⁶ LEE, I., "E-recruiting: Opportunities and challenges", *Information Management*, vol. 19, núm. 3-4, 2006, pp. 24-25; VV.AA.: *Manual de selección de personal*, CEP, 2013, pp. 47-51.

⁴⁷ La empresa de selección RANDSTAD EMPLEO, utiliza el programa informático DARWIN (que es una aplicación para la validación y chequeo de datos, este programa permite hacer una criba curricular por perfiles, de todos los datos incluidos (CV) en el sistema a través de la web de la empresa (Fuente: Randstad Empleo). En MANPOWER ETT utilizan el programa de gestión de (...)

informáticos de selección se clasifican a aquellos candidatos que cumplan los requisitos requeridos, reduciendo, de esta forma, los miles de CV recibidos a cientos o incluso a decenas.

Actualmente, el mercado laboral proporciona herramientas tecnológicas que colaboran en la selección de personal, haciendo una criba de los candidatos atendiendo a su perfil psicológico, siendo quizás el más conocido el sistema experto Sigmund⁴⁸, a través del cual se intenta obtener datos cuyo tratamiento automatizado está prohibido (origen racial, nacionalidad, religión, opiniones políticas etc.) mediante unos cuestionarios exhaustivos realizados por psicólogos industriales.

Hoy día, la utilización en algunas empresas de selección de lo que se conoce con el término anglosajón cloud computing o computación en la nube para la gestión de los recursos humanos y para el almacenamiento de datos es bastante generalizada. Este sistema incluye algunos software tales como; expertHRM®, que incluye módulos como la gestión de nóminas (contratación, retribución y Seguridad Social), control de presencia (asistencia y absentismo), y recursos humanos (definición del organigrama, inventario de personal, desarrollo profesional, planes de carrera y procesos de selección); el IntegRHo que es una aplicación integral de administración de recursos humanos, diseñada con las últimas tecnologías para trabajar en entorno web⁴⁹.

El avance de las técnicas de selección digitales por medio de software especializados ha propiciado un gran ahorro en el tiempo dedicado por las empresas a esta gestión, e incluso, en la inversión que supone contratar a empresas externas para que lleven a cabo esta tarea. Por poner un ejemplo la plataforma Evalart⁵⁰, dispone de numerosas pruebas para evaluar diversos puestos y competencias. Los mismos se envían por email y los resultados son accesibles a los reclutadores por medio de la plataforma. Esto permite una

datos POWER BASE, para el registro de candidato, búsqueda de los mismos para un determinado empleo, almacenamiento de documentación relacionada con el demandante de empleo etc. (Fuente: MANPOWERETT).

⁴⁸ Sistema que permite determinar rasgos de la personalidad. El Método Sigmund es una herramienta informatizada de evaluación del Potencial, basada en competencias. Consta de 436 preguntas que evalúan 37 diferentes competencias que, a su vez, responden a 10 macrocompetencias o macrocriterios, en las Dimensiones Profesional, Social y Personal. Tras la realización de la Prueba, el Consultor mantiene una entrevista personal con el Candidato, para proporcionarle feed back explicándole los resultados obtenidos y, al mismo tiempo, ampliando aquellos datos necesarios para completar la información acerca de la candidatura. Como resultado se obtendrán un Gráfico Competencial, un Informe numérico y un Informe Individual con los comentarios del entrevistador, que se entregará al Cliente. (Fuente: Pricewaterhousecoopers)

⁴⁹ GARCIA COCA, O.: *La protección de datos... op.cit.* pp.78-84

⁵⁰ Innovadora plataforma para evaluar a candidatos en línea. permiten a los candidatos a puestos técnicos escribir programas, y posteriormente ser evaluados automáticamente por el sistema.

optimizar los procesos de selección, reduciendo tiempos y costos, además de permitir identificar al mejor talento. De otra parte, con GoYou te olvidas de los anuncios pudiendo seleccionar en una base de datos, creada al efecto, al candidato ideal que mejor se ajuste al perfil que estás buscando. Todo ello de una forma rápida, ágil y sencilla.

La base de datos que se crea con GoYou permite segmentar a muchos candidatos entorno a distintas posibilidades por: sector, formación, idiomas, situación laboral, lugar de residencia, años de experiencia, tipo de contrato deseado. De esta forma, el cliente obtiene una lista acotada de candidatos que poseen las aptitudes necesarias y se ajustan al perfil que necesita. Es una solución de software bastante completa al permitir, además, realizar búsquedas a través de palabras claves y proporcionar a la empresa de selección una lista acotada de candidatos que poseen las aptitudes necesarias y se ajustan al perfil que necesita⁵¹.

2.4.3. El reclutamiento móvil

El reclutamiento móvil es una estrategia enfocada a localizar talento a través de ofertas específicas y de los recursos que ponen a tu disposición los dispositivos móviles como son, por ejemplo, los smartphones y las tablets. El uso masivo de los teléfonos inteligente y la cantidad de posibilidades que tiene en la gestión de los recursos humanos, brinda multitud de oportunidades a la hora de encontrar un nuevo empleo. Por ejemplo, puede utilizarse para realizar seguimientos en tiempo real de las ofertas seleccionadas, detectar modificaciones, nuevas publicaciones, noticias de la empresa, actualizaciones, etc.

Sin duda, se trata del sistema más directo e instantáneo que existe en la actualidad. Además, permite llevar una oferta a un público más amplio y, a la vez, facilita las tareas no sólo para que la empresa pueda llegar a más personas sino para que el candidato tenga al alcance de su mano toda la información relacionada con la que puede ser su próxima oportunidad.

Esta forma de buscar empleo a través de alertas preconfiguradas en los smartphones y tablets constituyen muchas y variadas ventajas, que acercan a los candidatos de empleo a las ofertas de empleo más interesantes y a los cambios que se produzcan en cualquier anuncio de empleo. En primer lugar, son sistemas que se presentan con plena accesibilidad, permitiendo mantener el contacto permanente con la oferta al tener tarifas planas con las que pueden estar conectados en cualquier momento. El reclutamiento móvil se presenta como una técnica que elimina intermediarios otorgando un contacto más real entre el empleador y el candidato. Y, por último, el uso de este sistema optimiza el tiempo,

⁵¹ GoYou: el nuevo concepto de Selección de Perfiles Digitales & IT, en *Blog Social You*, <https://blog.socialyou.es/goyou-el-nuevo-concepto-de-seleccion-de-perfiles-digitales-it/>

además de que en ocasiones las personas prefieren ser avisadas antes de que se les llame directamente⁵².

Ante esta situación, las empresas tienen que reinventarse e invertir en medios con los que puedan interactuar con los candidatos. Pueden crear enlaces desde la página web corporativa hasta medios sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn... etc., así como a portales de empleo adaptados a dispositivos móviles, esto puede ser una gran estrategia para conseguir un mayor número de visitas al espacio de la empresa. Lo esencial es tener integradas en tu web todas las bases de datos de candidatos, ya que esto permite que los reclutadores y las empresas puedan acceder en tiempo real y en cualquier a todas tus fuentes de candidatos, esto es posible gracias al sistema "Cloud Computing" el cual permite consultar, gestionar, seleccionar, citar candidatos y cualquiera que sea la necesidad desde cualquier terminal móvil. Aunque hoy en día existen en el mercado múltiples aplicaciones útiles que optimizan tu trabajo, la personalización triunfa en todos los campos. Además, si optas por esta alternativa tendrás la posibilidad de mostrar vídeos, entrevistas, imágenes y todo tipo de información de la empresa que te interese exponer

El reclutamiento a través de dispositivos móviles debe ser una fuente más de selección a considerar en los procesos y al igual que otras. El trabajo no acaba aquí, ya que falta quizás la parte más importante, los resultados. Por ello una vez aplicada la estrategia empresarial a través de los móviles debemos hacer un seguimiento y una medición de las acciones de reclutamiento⁵³.

3. IGUALDAD DE TRATO Y ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

Según el artículo 34 de la Ley de Empleo, toda actividad de intermediación laboral, debe realizarse de "acuerdo con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos⁵⁴".

Por lo tanto, todos los agentes de la intermediación laboral ,así definidos en la Ley de empleo, deben garantizar que no se produzca discriminación, directa o indirecta, en el acceso al empleo, por motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos,

⁵² <https://es.linkedin.com/pulse/qu%C3%A9-es-el-reclutamiento-m%C3%B3vil-y-c%C3%B3mo-puedes-sacarle-mayor-rosanna-uva>.

⁵³ https://cdn2.hubspot.net/hubfs/252575/Eli/EBOOK_-RECLUTAMIENTO_MOVIL.pdf;
<https://www.deustoformacion.com/blog/recursos-humanos/funciona-mobile-recruiting-recursos-humanos>.

⁵⁴ La Ley de empleo viene a consagrar el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la CE y también lo establecido en el art.4.2 c) del ET-.

condición social, lengua dentro del Estado español, o vínculos de parentesco con personas pertenecientes a, o relacionadas con la empresa.

En efecto, desde el empleo y la ocupación, el principio de igualdad de trato y el derecho a la no discriminación prohíbe adoptar medidas que perjudiquen en el trabajo a un colectivo de trabajadores frente a otro por causas que, ampliadas progresivamente por el legislador comunitario y nacional, permiten describir a un conjunto de trabajadores como colectivo vulnerable con relación a aquéllas. No obstante, existe una excepción en la que en cierto modo se permitiría un trato desigual, cuando la diferencia de trato se base en “una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado⁵⁵”. No obstante, no siempre es fácil encontrar situaciones claras en las que se puedan justificar adecuadamente ofertas de empleo dirigidas tan solo a hombres o a mujeres⁵⁶.

Ante esta situación y teniendo en cuenta las distintas técnicas de intermediación laboral digital es preciso distinguir entre aquellas que pueden llegar a producir situaciones discriminatorias tanto directas como indirectas. La discriminación es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características tales como la opinión política, el estado civil o el sexo. Este tipo de discriminación se basa en prejuicios y estereotipos que atribuyen ciertas aptitudes o la falta de éstas a determinadas personas, en función de su pertenencia a un cierto colectivo racial, sexual, religioso u otro, independientemente de sus calificaciones y experiencia laboral.

A la hora de realizar una adecuada selección de personal es preciso tener en cuenta el criterio basado en las características del puesto de trabajo a desempeñar. Es importante tener claro los requisitos que el candidato debe cumplir atendiendo al desarrollo de la actividad que va a realizar para, de esta manera, conformar un criterio, el cuál debe quedar ajeno a los estereotipos o prejuicios respecto a ciertos colectivos sociales, étnicos o raciales, pues es una información que no permite conocer la valía de un sujeto individualmente considerado. Ciertos grupos de personas pueden obtener puntuaciones más altas o bajas en ciertas características, sin que ello implique necesariamente que los individuos tengan que obtener puntuaciones consonantes con ese promedio, ni que el instrumento de medición

⁵⁵ Art. 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁵⁶ La doctrina en esta materia suele acudir a cuestiones de imagen -un modelo- o de pudor -dependientes de lencerías- como posibles causas justificadoras de la elección de la persona de un sexo en particular, pero no existen situaciones tasadas legalmente en las que la distinción sea posible, lo que nos lleva al ámbito de la interpretación de la razonabilidad de la oferta publicada.

esté sesgado. Por tanto, lo que se pretende es que se examine la valía de los sujetos con el debido detalle, como seres individuales y únicos, y no como miembro del grupo demográfico al que pertenece. Es decir, se trata de medir y evaluar la valía del candidato independientemente de que se le pueda asignar a categorías propias de ciertos grupos que puedan discriminarle, como la raza, la religión, el sexo, etc.

La digitalización de la selección de personal, a través de las distintas técnicas anteriormente citadas, puede llegar a constituirse, si no se usa de forma adecuada, como auténticos mecanismos de discriminación directa⁵⁷. Estas situaciones tienen lugar cuando se impide el derecho de un individuo a alcanzar un lugar de trabajo a causa de alguna característica personal ajena a la aptitud requerida para el cumplimiento exitoso de las labores. El trato desigual entre los candidatos a un puesto de trabajo puede darse en cualquiera de las fases que intervienen en un proceso de selección, las cuales podemos resumir, en detección de la necesidad de cubrir un puesto de trabajo, análisis del mismo, reclutamiento, evaluación de candidatos y toma de decisiones.

Sin embargo, la jurisprudencia⁵⁸ en ocasiones ha facilitado el acceso al empleo de las mujeres, sin que ello, fuese una práctica discriminatoria, justificando ese hecho en la inclusión del género femenino en aquellos sectores de actividad que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas⁵⁹.

3.1. Trato desigual en la fase de preselección de los trabajadores

Si se atiende a las distintas fases que operan dentro de la intermediación digital es preciso referirse en un primer momento a la publicación de ofertas de empleo a través de medios digitales que, como es sabido, tienen gran repercusión.

⁵⁷ Sentencia núm. 176 de 11 de junio de 2018 del Juzgado de lo Social - Palma de Mallorca; Existencia de discriminación directa al asignar todos los puestos de trabajo de gerente y encargado a hombres, teniendo mujeres trabajadoras con los mismos perfiles profesionales y con datos estadísticos que demuestran la misma eficiencia que la de sus compañeros varones.

⁵⁸ La jurisprudencia española se ha pronunciado en escasas pero destacables ocasiones sobre la discriminación en el trabajo, creando bases para interpretar algunas situaciones particulares del ámbito la selección de personal y del acceso al empleo y las relaciones de trabajo. Así, tenemos las Sentencia del Tribunal Constitucional STC 145/1991, STC 41/1999 y STC 87/2004, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 12/1997, 91/1999, 202/2000 y 831/2000, de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 220/1998 y 830/2004, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León, Burgos, 325/2000, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 305/2001 del País Vasco, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 1085/2002 Sevilla, Andalucía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Baleares 724/2005, y la Sentencia 1161/05 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

⁵⁹ Sentencia del TJCE 236/1997, de 11 de noviembre, (caso "Marschall").

En esta fase la discriminación puede ser consciente o inconsciente, y puede ser reconocida en algunos casos con facilidad, por ejemplo, si en la fase de reclutamiento se inserta un anuncio en un medio de comunicación y se manifiesta explícitamente el motivo discriminatorio⁶⁰, por ejemplo, la edad o el género de los posibles candidatos o el estado civil (v.g.: “se necesita formadora”, “preferentemente varón”, “matrimonio estable”, etc.)⁶¹. En los servicios de intermediación pública también se han registrado algunos anuncios que pueden ser discriminatorios. Por ejemplo, en el SEPE se pueden encontrar ofertas de empleo en las que se establece que las personas que tienen que inscribirse sean mujeres y que tengan una edad determinada. Este tipo de ofertas vulneran la ley de igualdad por varios motivos, pues es discriminatoria por sexo y edad, y ofrece unas condiciones laborales ilegales.

Otro de los problemas que se pueden dar en esta primera fase de aproximación al mercado de trabajo es que muchas de estas ofertas que tienen rasgos discriminatorios son ciegas, esto quiere decir que las empresas ocultan sus datos identificativos, que se sustituyen por términos como “importante empresa del sector logístico” por ejemplo. En ocasiones, las empresas, a la hora de redactar sus ofertas de empleos no son conscientes realmente de que esos anuncios tienen aspectos discriminatorios, pero es obvio que es algo que debe estar presente en la formación que se les da a los reclutadores. De este modo es bastante común la utilización del femenino cuando la oferta de empleo es para desarrollar actividades de limpieza, cuidado de menores o personas mayores, representación, tratamientos estéticos o actividad textil, mientras que si, por ejemplo, la prestación de servicios se enmarca dentro de actividades como la ingeniería, mecánica, pintura o el sector inmobiliario, el género utilizado en la oferta de trabajo tiende a ser el masculino.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que junto a las indudables ventajas que aporta la incorporación de las TICs en los procesos de reclutamiento de personas trabajadoras a las plantillas de la empresas, también tales innovaciones se acompañan de importantes riesgos, por lo que si no queremos que se produzca un

⁶⁰ Art. 35.2 de la Ley de empleo: “Se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar” y siempre se «considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

⁶¹ Un Juzgado de lo Social de Toledo ha confirmado la sanción de 6.251 euros impuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a una empresa que publicó la siguiente oferta de trabajo: «Se precisan chicos jóvenes entre 25 y 30 años para trabajar como comercial de agencia inmobiliaria». Según declaró el propio empresario, la oferta se realizó para evitar contratar a mujeres tras un conflicto con una trabajadora anterior. Evidentemente, el juzgado consideró que la publicación vulneraba de forma muy clara el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directamente para el empleo por razones de sexo y edad.

efecto boomerang resulta imprescindible no olvidar estos nuevos ámbitos de actuación a la hora de velar por el cumplimiento de la normativa laboral, siendo en este punto, a nuestro parecer indispensable, reforzar el papel de los servicios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁶².

La regla general debe ser que las ofertas de empleo sean neutras para que todas las personas tengan la oportunidad de concurrir al puesto de trabajo con independencia de su sexo, sin perjuicio de que la ley de igualdad introduce la posibilidad de distinguir por sexo cuando constituya un requisito profesional esencial y determinante. Sobre este asunto la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶³, independientemente de la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se ha pronunciado y ha permitido algunos aspectos que no pueden ser considerados discriminatorios si las empresas lo realizan dentro de la fase de reclutamiento, siempre que éstos estén debidamente justificados. Si se establecen condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; aquellas ofertas de empleo que establezcan una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación; y cuando se quiera imponer unas condiciones mínimas referidas a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.

Las ofertas en formato digital se difunden por medio de los portales de empleo o redes sociales, por lo que será en estos medios en dónde se recojan también los CV de los interesados o las solicitudes que cumplimenten ellos mismos en los formularios habilitado para ello en las propias páginas webs. Una vez que se introducen los datos los reclutadores tienen acceso a la información de los candidatos y comienza el tratamiento de esos datos que debe hacerse atendiendo, también, a la igualdad de trato en el acceso al empleo.

En este punto, cuando el reclutador o empleador tiene la información del candidato utilizando los medios o herramientas digitales de software que tenga en su empresa. Asimismo, el uso de *big data* permite seleccionar y analizar el comportamiento, opiniones, gustos y habilidades de los candidatos, así como registrar y valorar que tipo de perfiles se ajustan mejor a las empresas. Las funciones algorítmicas permiten, una vez definido en detalle un perfil profesional

⁶² ROMERO BURILLO, A.: "Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones", *Revista Ius Labor*, núm. 1, 2019, pp. 216-219.

⁶³ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

determinado (titulación, años de experiencia, etc., y unos pesos asociados a cada una de esas características), extraer de los currículums de los candidatos la información relevante y calcular el ajuste más preciso al perfil. Estos programas que colaboran en el reclutamiento de personal establecen sistemas automatizados de decisión, y los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen, así que su tratamiento debe encontrarse sometido a cautelas significativas.

Esta forma de actuación, por parte de los reclutadores, puede ser poco transparente, los candidatos puede que las personas que están inmersas en un proceso de selección no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas o que no entiendan lo que implica. Este hecho puede determinar una discriminación, ya que puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla en un perfil concreto que puede ser inexacto y expulsarlo del proceso, sin que existan motivos para ello⁶⁴.

Otra forma, cada vez más habitual, de buscar información sobre futuros trabajadores en los procesos de acceso al empleo es acudir a las redes sociales, convirtiéndose la revisión de estas plataformas sociales en un mecanismo más de la preselección de candidatos. Cuando los reclutadores utilizan esas informaciones recogidas de las redes sociales se producen dos claras consecuencias jurídicas, en primer lugar están realizando un uso de esos datos de carácter personal que no cumple con los parámetros legalmente establecidos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal⁶⁵; y en segundo lugar, este hecho puede vulnerar el derecho a la igualdad en el acceso al empleo, al usar esa información de forma discriminatoria para no contratar a ese trabajador.

En este sentido, aunque una empresa haya podido acceder a la información personal de un candidato, como ya hemos mencionado anteriormente, esta no puede usarla a su libre albedrío, sino que solo podrá usarse para fines profesionales. Por lo tanto, el reclutador no puede usar la información de carácter personal extraída de los perfiles sociales de manera abusiva y discriminatoria.

⁶⁴ MASCITTI, M.: "El derecho del trabajo como un medio para atenuar el impacto de la vigilancia del trabajador, su manipulación y su discriminación en el ámbito laboral de la sociedad", *IUS ET SCIENTIA*, 2021 - revistascientificas.us.es; MERCADER UGUINA, J.: "Algoritmos y derecho del trabajo". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019.

⁶⁵ Según la guía 'Protección de datos y relaciones laborales' publicada recientemente por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), "las personas no están obligadas a permitir que el empleador indague en sus perfiles de redes sociales, ni durante el proceso de selección ni durante la ejecución del contrato". De igual manera, la AEPD también señala que no está permitido que la empresa envíe una solicitud de 'amistad' a los candidatos con el fin de obtener más información a través de sus perfiles sociales. En esta línea, en el apartado de selección de personal y redes sociales, la AEPD también apunta que, aunque un candidato tenga el perfil de sus redes sociales público, "el empleador no puede efectuar un tratamiento de los datos obtenidos por esa vía si no cuenta para ello con una base jurídica válida".

Sobre todo, porqué esta información sobre su vida privada, gustos y preferencias no es necesaria y su conocimiento puede generar una opinión fundada de los candidatos, cuando se visualizan a través de la red social situaciones que pueden dejar a un candidato perfectamente apto fuera de un proceso de selección, en una primera fase de reclutamiento⁶⁶. Casi la mitad de los profesionales encuestados y que trabajan en el área de recursos humanos, afirman haber buscado a los candidatos a trabajadores por las redes sociales. Y ante los posibles factores que terminaron en la no contratación de ellos, los más frecuentes eran: fotos provocativas o inapropiadas (49%), evidencias del candidato consumiendo alcohol u otras drogas (45%), la demostración de escasas habilidades comunicativas (35%), hablar mal sobre anteriores jefes (33%), comentarios discriminatorios, racistas o sexistas (28%), y mentir sobre sus cualidades profesionales (22%)⁶⁷. Una empresa podrá revisar las redes sociales de un candidato y hacer uso de la información extraída, pero con ciertos matices, quizás tiene más sentido que los reclutadores accedan a las redes sociales profesionales en las que el candidato registra datos sobre formación y experiencia laboral que sí que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar una correcta preselección de candidatos.

El problema de esto es que el demandante de empleo no podrá probar que la información publicada en la red social, de ámbito general y no profesional, ha sido determinante para no continuar en el proceso de selección. Se podría averiguar si el encargado del proceso lo admite expresamente o accediendo a la información recopilada en la empresa referida a esa preselección de candidatos, haciendo uso del derecho de acceso regulado en la LOPDGDD⁶⁸.

Los CV ciegos-sin nombre ni fotografía- pueden ser un gran mecanismo que favorezca las situaciones no discriminatorias en los procesos de selección. Es por ello por lo que, las empresas que tienen formularios en sus webs para recabar información sobre futuros candidatos no deberían de solicitar una fotografía del candidato, preservando así su imagen. En ocasiones valorar la imagen del candidato puede ser necesaria, sobre todo si es precisa para el desarrollo de una determinada actividad, pero no se puede utilizar como requisito determinante en un proceso de selección para un trabajo en el que no va a influir tener unas concretas características físicas. Si el reclutador se deja llevar por la imagen del

⁶⁶ Art. 16.2 LISOS: "Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado".

⁶⁷ Estudio llevado a cabo por Harris Interactives© para Careerbuilder.com, sobre 2.303 profesionales de recursos humanos, entre el 9 de febrero y el 2 de marzo de 2012.

⁶⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018).

candidato y no filtra su CV por este hecho, puede estar discriminando al candidato, lo mejor sería no solicitar determinada información si no es realmente necesaria para valorar a un candidato en esta primera fase de preselección y recurrir a los CV ciegos de forma más generalizada.

En los formularios webs o en las apps de recopilación de datos de los candidatos se pueden insertar las denominadas *killer questions*⁶⁹ que son preguntas de filtrado que se plantean a los candidatos durante una primera fase, las respuestas dadas pueden eliminarlos o mantenerlos en el proceso de selección. La práctica de este método de cribado puede ser legal, siempre que las preguntas no sean banales y sirvan, efectivamente, para realizar una correcta preselección. Por ello, las cuestiones tienen que adaptarse a cada proceso y no presentar un carácter fijo e inamovible, pues cada selección requerirá de las suyas propias. Si se realiza con esta finalidad este mecanismo no sería discriminatorio, ya que las preguntas van a filtrar los candidatos más idóneos para el puesto y estos demandantes de empleo contestaran en función de unas cuestiones prefijadas para preseleccionar. En cualquier caso, no solo tendrán que ver con el puesto, sino que sí existen algunas *killer questions* generales como las preguntas relativas al salario que el trabajador espera obtener, a la edad o al nivel de estudios, entre otras.

3.2. Entrevistas, test y otros instrumentos discriminatorios en la fase de selección de personal

Internet nos ofrece diferentes formas a través de las cuales se pueden realizar las entrevistas, por correo electrónico; llamadas asincrónicas; o las entrevistas en línea, que son vía chat. El uso de estos métodos que se han generado gracias a la digitalización de la selección de personal puede no llegar a ser accesible a todos los candidatos, ya que puede darse la exclusión de determinados perfiles por no tener acceso a esas herramientas virtuales o por no contar con la suficiente información informática para bajarse o entender concretos programas informáticos.

Es obvio que, en líneas generales, muchas empresas han decidido dar el paso a las videoconferencias frente a las entrevistas convencionales y pese a que son métodos novedosos, ofrecen una serie de ventajas frente a la entrevista convencional, que les hacen ser valoradas como una herramienta adecuada y metodológica de igual forma que la segunda. Dichas ventajas son la inexistencia

⁶⁹ Cuando se están recogiendo datos a través de plataformas digitales es muy útil incluir las denominadas preguntas de filtrado o las *killer question*. Se trata de preguntas que se hace al candidato durante su proceso de inscripción en la oferta. Por ejemplo, si se está interesado en contratar a personas con determinado certificado de discapacidad puede preguntarse de forma que todos aquellos candidatos que respondan "No" a la pregunta: *¿Tienes certificado de discapacidad?* queden automáticamente descartados. Garantizan una selección de candidatos más efectiva.

de límites geográficos para la realización de entrevistas, y en base a esto, la entrevista por internet permite entrevistar a candidatos con dificultades sociales, como por ejemplo aquellos que se encuentran en centros penitenciarios, o en hospitales, o aquellos socialmente aislados por residir en zonas de guerra, o los que presentan dificultades para moverse hasta el centro de trabajo para realizar la entrevista. Otra de las ventajas de este tipo de entrevista es el ahorro de costos que supone para la empresa al no requerir la presencialidad del candidato.

En un formato u otro la entrevista debe cumplir con una serie de pautas para que no se den situaciones discriminatorias. La entrevista y su contenido debe ser fijada previamente y ser igual para todos los candidatos que se presenten, las preguntas que se vayan a realizar tienen que ser objetivas y relacionadas con el trabajo. Es preferible el formato estructurado a la entrevista «libre», que es mucho más difícil de calificar, siempre que sea posible hay que incluir hombres y mujeres entre los entrevistadores/as y establecer un sistema de puntuación normalizado e igual para todos los candidatos/as. Cuando el reclutador finalice la entrevista debe conservar todos los datos una vez finalizada.

Sin embargo, surgen inconvenientes con el uso de dichas entrevistas, pueden discriminar a candidatos por no poder acceder a esas entrevistas virtuales, ya sea por un motivo u otro y, además, en las realizadas a través del correo electrónico se pierde el feedback con el candidato con el aspirante y las reacciones que pudiera tener a las cuestiones que se le planteen. Cuando un entrevistador realiza preguntas a través de la entrevista online tiene que tener cuidado con las preguntas que hace, pues alguna de ellas puede ser potencialmente discriminatorias, por ejemplo, preguntas por el número de hijos, si es una mujer la que opta al puesto de trabajo, puede provocar un trato desigual a la hora de realizar el proceso de selección. Los departamentos de RRHH siguen sosteniendo que en una entrevista de trabajo se benefician los candidatos masculinos, ya que se sigue presuponiendo que para las mujeres la prioridad será la familia y que son más propensas a solicitar reducciones de jornada para el cuidado de hijos, a pesar de que las últimas novedades normativas sobre igualdad tienden a equiparar estas situaciones, sobre todo en las prestaciones para el cuidado de hijos y en otras medidas para fomentar la corresponsabilidad. Aunque estos prejuicios no se corresponden con la realidad, ya que existen estudios que aseveran que las mujeres que tenían reducción de jornada podrían llegar a ser más productivas, pues aprovechaban de forma más integral su tiempo de trabajo.

Por tanto, existen una gran cantidad de preguntas que se realizan en las entrevistas que tienen matices discriminatorios, sobre todo aquellas referidas a vida personal, edad, estado civil, salud, nacionalidad, afiliación sindical etc., pues no sirven para evaluar las capacidades o profesionalidad del candidato para cubrir el puesto. Además de lesionar la igualdad de trato en el acceso al empleo

pueden hacer que el candidato se encuentre incómodo o molesto ante estas preguntas, pudiendo ser lesivas para la propia dignidad del trabajador⁷⁰.

Han surgido técnicas tales como el “shoulder surfing”, consistente en solicitar durante la entrevista que el candidato entre en su perfil de Facebook de modo que el empresario pueda supervisarle en su presencia; o el solicitar la “amistad” en Facebook, para evitar las barreras de privacidad establecidas en los perfiles de los candidatos, con la presión obvia a la que el aspirante es expuesto, de aceptar o no esas prácticas y siendo consciente de su posición asimétrica ante la capacidad del empresario para desechar su solicitud y escoger a otro candidato.

Muchas veces, el abuso de los test y juegos de realidad virtual puede llevar a resultados no igualitarios que fomentan el sesgo entre ocupaciones femeninas o masculinas. Por lo tanto, se hace necesario que éstos midan competencias intrínsecamente relacionadas con el trabajo. Se podría cuestionar la relevancia de una prueba que midiera la capacidad para llevar objetos pesados de un sitio a otro si en el taller hay máquinas que realizan esa labor. En general, se prefieren las pruebas profesionales a los tests de inteligencia y aptitudes. En las primeras, se le pide al candidato/a que realice una tarea muy similar a la que tendría que realizar en el puesto de trabajo en que hipotéticamente podría ser contratado quedar, por lo tanto, son más objetivas y acordes con una búsqueda adecuada de personal para un puesto de trabajo⁷¹.

Supuestamente, estas pruebas están libres de sesgos pero existen evidencias de que las pruebas no dan las mismas oportunidades a los hombres y a las mujeres, ya que a menudo se olvida lo que hay detrás del test y cómo se usan realmente en la selección. Es necesario y muy útil realizar guías o códigos para favorecer las buenas prácticas en la etapa de selección propiamente dicha que revisen periódicamente la validez, pertinencia, y fiabilidad de los tests de selección. Para que los test no contribuyan a la discriminación en las pruebas de selección deben adaptarse a los baremos nacionales que califiquen la aptitud para trabajar en esa actividad; deben justificarse que los test o pruebas tengan relación «intrínseca» con cada ocupación concreta y que no incluyan apartados donde se

⁷⁰ La Sentencia núm. 192 del TSJ de Canarias, de 7 de abril de 2017 resuelve un supuesto en el que en una entrevista de trabajo la empresa advierte a la candidata que va a ser muy complicado encontrar colegio para sus hijas, comentándole en la entrevista que no quería a alguien en su empresa que pudiera cogerse una baja maternal, teniendo que confesar la aspirante que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos. Ante esta situación el Tribunal resuelve que el hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada a revelar sus planes familiares pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado.

⁷¹ VV.AA.: “Discriminación en los procesos de selección laboral en la Unión Europea”, 2018.

favorezca más a los hombres frente a las mujeres. En caso de duda, se debe acudir a especialistas que conocen estas técnicas y han recibido formación en selección no discriminatoria⁷².

3.3. Decisiones automatizadas y discriminación de los trabajadores

La utilización de sistemas basados en la inteligencia artificial para realizar determinados procesos de selección conlleva que como resultado del uso de esos software se obtengan lo que se conoce como decisiones automatizadas. Aunque los ingenieros de software definen parámetros de análisis de minería de datos, los valores humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen, con lo que su tratamiento debe encontrarse sometido a importantes cautelas⁷³.

El análisis del impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas también obliga a confrontarlas con las reglas del derecho antidiscriminatorio. Y a formularse diversas cuestiones, aunque no todas ellas vinculadas estrictamente al campo del derecho antidiscriminación: a) ¿puede haber intencionalidad discriminatoria en el uso de un algoritmo que ofrece conclusiones sesgadas?; b) ¿es necesario que la haya o cabe imputar responsabilidad objetiva derivada de la interposición de mecanismos automatizados para adoptar decisiones o bien cabe deducir la nulidad de estas por falta de intervención humana?; c) basar decisiones en técnicas de automatización con escasa intervención humana que provocan sesgos discriminatorios ¿constituye discriminación directa o discriminación indirecta?.

Sobre la valoración como discriminatorios de actos basados en algoritmos se puede decir que “la discriminación directa puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido”. En el ámbito laboral, no es tan relevante que el propósito económico haya primado, aun sin especial finalidad discriminatoria,

⁷² ARAMBURU-ZABALA HIGUERA, L.: “Seleccionar sin discriminar. ¿posibilidad o utopía?”, *LAN HARREMANAK* núm. 159, 2015, pp. 153-165. FERNÁNDEZ GARCÍA, A. “Intermediación laboral digital y discriminación”. En VV.AA. *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías: Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género*. Universitat de Lleida, 2021. Aranzadi Thomson Reuters. pp. 19-53

⁷³ El Comité Europeo de Protección de datos en su trabajo sobre las “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679” subrayó los riesgos de estas fórmulas señalando que: “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. (...) La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a (...) una discriminación injustificada”.

este interés sobre la protección de los derechos fundamentales de las personas, o si realmente el objetivo buscado es el de hacer de peor condición a unos sobre los otros, a unos colectivos o individuos con características compartidas sobre otros que corresponden a un patrón estándar, como el resultado, la discriminación. Lo relevante es la diferencia de trato entre dos situaciones comparables.

El algoritmo utilizado para generar una decisión automatizada puede estar diseñado con finalidad estricta de descartar ciertas características cuando se trata de selección de personal o para realizar una evaluación a partir de criterios aparentemente neutros que perjudiquen a los individuos de ciertas características o que deliberadamente ignoren tales características claramente condicionantes de la valoración de su productividad (v.g. enfermedad o discapacidad). Tanto si se trata de una práctica no neutral como de un uso aparentemente neutro pero susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que respondan a uno o más criterios, o bien supondrían una desventaja particularmente para personas en función del sexo, en relación con las personas del otro sexo, lo cierto es que la decisión empresarial resulta constitutiva de discriminación. A menos que pueda operar la salvedad que desvirtúa la presunción de discriminación indirecta, eso es, que el criterio o práctica sean justificados objetivamente por un objetivo legítimo y los medios sean apropiados y necesarios.

Sobre la valoración como discriminación directa o indirecta de las decisiones automatizadas. La respuesta no es unívoca, porque el propio diseño del algoritmo se construye sobre la base de órdenes que persiguen un objetivo, y este se define por quienes ordenan su programación⁷⁴. Si el algoritmo funciona como una caja negra, y simplemente valora todos los elementos en juego para alcanzar la decisión “más sabia” y acertada, la decisión final (sesgada) podría estar contaminada y constituir un supuesto de discriminación indirecta, pero ajena a las intenciones del empleador que lo utilizó para fundar una decisión. ¿Es relevante, pues, la propiedad del algoritmo para derivar responsabilidad por discriminación? Si partimos de que la intencionalidad es irrelevante para deducir tal calificación como discriminatorio, ¿qué relevancia tendría usar deliberadamente arquitecturas de sesgo respecto de la mera adquisición de software que provoca el mismo resultado no buscado? De igual modo, si el modelo de funcionamiento del algoritmo empleado en la selección de personal, toma como referencia un patrón histórico, esto es, los antecedentes de sesgo de la propia empresa, ¿estaríamos ante un posible caso de discriminación directa inconsciente?

⁷⁴ RIVAS VALLEJO, P.: “Delimitación del concepto de discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, *Jornades sobre «El dret del treball en el segle XXI»*, Palma de Mallorca, 22-23 de enero de 2009, en <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vallejo.HTM>.

Ante estos casos se puede decir que el elemento diferencial lo proporciona la actitud de la empresa frente a este riesgo: su pasividad o soslayo del posible efecto perverso de la elección es lo que la acaba convirtiendo en cómplice del algoritmo. Y, por supuesto, las acciones previas que alimentaron y entrenaron al algoritmo y que este reproduce como modelo ideal a seguir, que fueron efectivamente ejecutadas por la empresa, porque en tal caso, si bien no resulta responsable de una orden directa de discriminar (esta sería el diseño *ex profeso* con tal fin), sí es responsable de sus acciones pasadas.

La cuestión es de enorme interés desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, pues cabe cuestionar si las empresas deben responder por comportamientos pasados cuando estos constituyen la base inconsciente de nuevas decisiones tomadas por un tercero (el algoritmo) pero asumidas por ellas (discriminación directa inconsciente). Es decir, si la empleadora debe responder por una discriminación basada en hechos anteriores como consecuencia de que un algoritmo ajeno a su esfera de decisión ha determinado que deben ser reproducidos, cuando la empresa desconoce tal realidad (por falta de motivación del algoritmo de los elementos en los que se basa para llegar a la conclusión polémica). Pues bien, en tanto la base de su reproducción es ajena a la voluntad empresarial, pero su consentimiento ha validado el sesgo que el algoritmo reproduce, no puede concluirse sino que, en el plano laboral, el empleador continúa siendo responsable de su acción discriminatoria, y que incluso quepa valorar su conducta como constitutiva de discriminación directa y no indirecta.

Durante los últimos años han salido a la luz numerosos casos en los que el uso de sistemas automatizados en ámbitos como la selección de personal, ha generado situaciones de discriminación que han perjudicado a las personas pertenecientes a grupos desaventajados o especialmente vulnerables. La aparente objetividad de estos sistemas no puede hacernos obviar que estos son creados y se desarrollan en un contexto social asentado sobre unas estructuras de desigualdad que los algoritmos pueden fácilmente incorporar y ayudar a reproducir y perpetuar⁷⁵.

En suma, los modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento están ignorando sistemáticamente criterios de orden jurídico-laboral que la legislación laboral ampara, incluso sobre una base constitucional, y que el derecho de la Unión Europea tutela con especiales garantías frente a la discriminación, como es el caso de la discapacidad o la necesidad de conciliar la vida personal y familiar. La cuestión se puede ejemplificar en la sentencia del Tribunal de Bolonia de 31 diciembre de 2020, núm. 29491, que detecta su arquitectura discriminatoria

⁷⁵ SORIANO ARNANZ, A.: "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. más allá de la protección de datos", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2021, pp. 91-93.

precisamente a partir de su diseño huérfano de cualquier factor de corrección de situaciones que servirían para justificar por parte de los repartidores de Glovo la cancelación de su disponibilidad para atender un servicio, lo que motiva que el algoritmo Frank sitúe a trabajadores que se encuentran en tales circunstancias legalmente justificadas en un orden bajo de preferencia en la asignación de encargos. Lo que a su vez determina una posición de debilidad en el reparto de servicios y, por reiteración en el tiempo, incluso la propia pervivencia de su puesto de trabajo⁷⁶.

No obstante, en líneas generales el RGPD prohíbe la toma de decisiones automatizadas que causen efectos jurídicos sobre las personas. Es por ello, que cuando esa decisión automatizada sea el único criterio que determine la contratación o no de un candidato de empleo debe seguir una serie de garantías para la salvaguarda de los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”, siendo estas garantías, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión⁷⁷. La empresa, como responsable de la información recabada a través de un mecanismo de inteligencia artificial, debe informar al candidato de las razones que han llevado a tomar esa decisión. Es decir, la empresa cuando tome decisiones automatizadas deberá indicarlo e informar de qué parámetros (y qué ponderación ha asignado a cada uno de ellos) ha utilizado para alcanzar dicha resolución⁷⁸.

⁷⁶ XENIDIS, R.: “Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three path way store silence”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, Vol. 27, núm. 6, pp. 736-758, 4 de enero de 2021, en <https://doi.org/10.1177/1023263X20982173>

⁷⁷ Art. 22.3 RGPD.

⁷⁸ TODOLI SIGNES, A.: “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales «big data», creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “Decisiones automatizadas basadas en algoritmos y protección de datos personales” en VV.AA. *Las cláusulas específicas del Reglamento General de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Universidad de Vigo, 2021, pp. 333-360.

