

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.
Directores

LOS CONTENIDOS LABORALES EN LAS NUEVAS LEYES SOCIALES

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

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

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

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

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970 / 932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos.

© Los autores

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykison.es> / <http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-098-5
Depósito Legal: M-5673-2025
DOI: <https://doi.org/10.14679/3733>

ISBN electrónico: 979-13-7006-465-5

Maquetación:
Besing Servicios Gráficos S.L.
besingsg@gmail.com

Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio,
de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley 15/2022, de 12 de julio,
integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,
de garantía integral de la libertad sexual.

Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero,
por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,
de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

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

Quintanilla Navarro, R. Y.
Sempere Navarro, A.V.

Directores

Autores

Alarcón Castellanos, M^a. M.

Boró Herrera, F.

Charro Baena, P.

Duro Carrión, S.

García Gil, M.B.

González García, S.

Lasaosa Irigoyen, E.

Mateos y de Cabo, O. I.

Merino San Román, J. C.

Morales Vállez, C.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C.

Pérez Campos, A.I.

Quintanilla Navarro, R. Y.

Ramo Herrando, M. J.

Romeral Hernández, J.

Sempere Navarro, A. V.

Ciencias Jurídicas y Sociales

Ciencias de la Salud

Ciencias Experimentales y Tecnología

Ingeniería y Arquitectura

Arte y Humanidades

Índice

Prólogo	13
Carmen Sánchez Trigueros	
Capítulo I. Las nuevas leyes sociales desde la perspectiva de sus contenidos laborales	19
Quintanilla Navarro, R. Y. - Sempere Navarro, A. V.	
I. INTRODUCCIÓN	20
II. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA (LOPIVI).....	23
1. Principios internacionales inspiradores	23
2. Una tendencia normativa persistente.....	25
3. Alcance de la LOPIVI	25
III. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN (LITND)	27
1. Antecedentes y objetivos.....	27
2. Caracteres generales.....	28
3. Motivos de discriminación proscritos.....	29
4. Dinámica de la tutela	42
5. Tipos de discriminación.....	43
6. La acción positiva	46
7. La indemnidad	47
8. Contenidos laborales adicionales.....	50
IV. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LOGILS)	52
1. Alcance general y contexto	52
2. Principales aspectos laborales.....	54
V. LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (LOSSR)	57
1. Caracterización general y contexto.....	57
2. Principales aspectos sociolaborales	58
VI. LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI (LEY LGTBI)	59

1.	<i>Caracterización general y contexto</i>	59
2.	<i>Principales aspectos sociolaborales</i>	60
VII.	APUNTE FINAL	61
Capítulo II.	Supervisión de la contratación de los centros educativos	65
	Duro Carrión, S.	
I.	INTRODUCCIÓN	65
II.	ANTECEDENTES Y CONTEXTO NORMATIVO	67
III.	PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LIZA	71
IV.	DE LA ORGANIZACIÓN EDUCATIVA, LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y EL COORDINADOR/A DE BIENESTAR Y PROTECCIÓN	75
V.	DE LA SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS	78
VI.	DE LA FORMACIÓN EN SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD DIGITAL	81
VII.	CONCLUSIONES	83
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	85
Capítulo III.	Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Incumplir las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia	87
	Morales Váñez, C.	
I.	EL ARTÍCULO 57.3 DE LA LOPIVI	87
II.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	91
III.	INCIDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	92
IV.	LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL	97
V.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INEPTITUD DEL TRABAJADOR	98
VI.	INCIDENCIA EN LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	98
VII.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMPLEADORA	99
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	100
Capítulo IV.	Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y a la no discriminación y medidas de protección y de garantía en la LITND	101
	Mateos y de Cabo, O. I.	
I.	EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA	101

II.	EL PROBLEMA JURÍDICO DEL RANGO NORMATIVO DE LA LITND: ¿ES VERDADERAMENTE INTEGRAL COMO DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 14 CE?	109
III.	LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN FRENTE A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LITND	116
IV.	LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN	125
Capítulo V. Conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación		135
Charro Baena, P.		
I.	LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN Y SUS CONCEPTOS	135
1.	<i>Discriminación directa y discriminación indirecta</i>	137
2.	<i>Discriminación por asociación y discriminación por error</i>	138
3.	<i>Discriminación múltiple e intersectorial</i>	143
4.	<i>Actuaciones discriminatorias</i>	145
II.	LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	149
III.	INTERPRETACIÓN DE LA NORMA Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA	151
IV.	BIBLIOGRAFÍA	152
Capítulo VI. El acceso al empleo en la LITND		155
Alarcón Castellanos, M ^a . M.		
I.	INTRODUCCIÓN	155
II.	ALCANCE DEL DEBER DE TRATO IGUAL Y LA PROHIBICION DE DISCRIMINAR EN EL ACCESO AL EMPLEO CONTENIDA EN LA LITND	156
1.	<i>Aproximación al deber de igualdad de trato y no discriminación</i>	156
2.	<i>El deber de trato igual y las medidas de discriminación positiva</i>	159
3.	<i>Aproximación a los factores discriminatorios de la LITND</i>	163
4.	<i>Aproximación a los tipos de discriminación a la luz de la LITND</i>	164
III.	ÁMBITOS A LOS QUE ALCANCE LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO	167
1.	<i>La dimensión privada en el acceso al empleo</i>	168
2.	<i>La dimensión pública en el acceso al empleo</i>	173
3.	<i>El acceso al empleo autónomo</i>	175
IV.	CONTROL DEL RESPETO DEL DEBER DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR LA LITND Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO	175
V.	LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ACCESO AL EMPLEO	180
1.	<i>La inteligencia artificial y el acceso al empleo</i>	180
VI.	BIBLIOGRAFÍA	184

Capítulo VII. Nuevas obligaciones para las empresas	187
Merino San Román, J. C.	
I. INTRODUCCIÓN	187
II. OBJETIVOS DE LA LITND	189
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL	190
IV. ACCESO AL EMPLEO POR CUENTA AJENA, PÚBLICO O PRIVADO	193
V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN.....	195
VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	197
VII. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	198
VIII. OBLIGACIONES PARTICULARES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL	201
IX. AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	202
X. APUNTE FINAL	204
XI. BIBLIOGRAFÍA	205
Capítulo VIII. Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa	207
Ramo Herrando, M. J.	
I. INTRODUCCIÓN	207
II. ASPECTOS LABORALES DE LA LITND	208
III. COMPETENCIAS DE LA RLPT EN MATERIA RETRIBUTIVA	210
IV. NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND	212
1. <i>Igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva</i>	212
2. <i>Las acciones de responsabilidad social en la empresa</i>	213
3. <i>Las medidas de acción positiva</i>	216
4. <i>Los códigos de conducta y buenas prácticas</i>	218
5. <i>Especial referencia al colectivo LGTBI</i>	219
V. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND SIN REFLEJO EN EL ARTÍCULO 64 ET	221
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	222
Capítulo IX. Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social	225
Boró Herrera, F.	
I. INTRODUCCIÓN	225
II. PLAN ESTRATÉGICO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 2021-2023	226

I.	<i>Eje 1.2 La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo.</i>	228
III.	PLAN INTEGRADO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA 2023.....	229
IV.	SANCIONES PROPUESTAS POR EL OEITSS EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y DE HOMBRES Y DE OTRO TIPO DE DISCRIMINACIONES (2016-5/2023).....	233
V.	ACTUACIONES EN OTROS COLECTIVOS AFECTADOS POR LA DISCRIMINACIÓN.....	237
VI.	CONCLUSIONES.....	238
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	239
VIII.	ANEXO.....	241
 Capítulo X. Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral		243
Romeral Hernández, J.		
I.	CUESTIONES PREVIAS.....	243
II.	OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PREVENCIÓN Y SENSIBILIZACIÓN	245
I.	<i>Ámbito objetivo de la obligación</i>	247
2.	<i>Ámbito subjetivo de la obligación</i>	249
3.	<i>Ámbito espacial</i>	249
III.	MEDIDAS PREVENTIVAS.....	250
I.	<i>Plan de prevención</i>	251
2.	<i>Evaluación de riesgos</i>	252
3.	<i>Información</i>	255
IV.	MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN.....	256
I.	<i>Formación</i>	256
2.	<i>Código de buenas prácticas</i>	258
V.	GESTIÓN DEL RIESGO.....	260
I.	<i>Protocolos de actuación</i>	260
2.	<i>Resolución de conflictos</i>	261
3.	<i>Sistema de seguimiento y control</i>	264
VI.	COLABORACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.....	265
VII.	DISTINTIVO EMPRESARIAL.....	267
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	268

Capítulo XI. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual	271
García Gil, M. B.	
I. INTRODUCCIÓN.....	271
II. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	273
III. BONIFICACIÓN DE LA CUOTA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CONTRATO DE SUSTITUTO/A DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL.....	277
IV. OTRAS MEDIDAS LABORALES CONTENIDAS EN LA LEY 10/2022.....	281
Capítulo XII. Derechos laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia sexual	285
González García, S.	
I. La garantía integral de la libertad sexual.....	285
1. <i>Ámbito de aplicación</i>	286
2. <i>El carácter integral y transversal de la norma</i>	287
II. Derechos laborales.....	288
1. <i>Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena</i>	289
2. <i>Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia</i>	295
3. <i>Derechos reconocidos a las funcionarias</i>	296
III. Derechos en materia de Seguridad Social.....	297
IV. Conclusiones.....	303
V. BIBLIOGRAFÍA.....	303
Capítulo XIII. Las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal traídas por la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo	305
Lasaoa Irigoyen, E.	
I. INTRODUCCIÓN.....	305
II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA.....	306
1. <i>Definición</i>	306
2. <i>Régimen jurídico: particularidades</i>	309
III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.....	312
1. <i>Definición</i>	312
2. <i>Régimen jurídico: particularidades</i>	314
IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA.....	315
1. <i>Definición</i>	315
2. <i>Régimen jurídico: particularidades</i>	317
V. REFLEXIONES FINALES.....	318

Capítulo XIV. Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral.	
Análisis del art. 14 de la ley LGTBI	321
Pérez Campos, A. I.	
I. INTRODUCCIÓN	321
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI	323
1. <i>Delimitación conceptual</i>	324
2. <i>Antecedentes</i>	326
III. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI	332
1. <i>Obligaciones de las Administraciones Públicas</i>	333
2. <i>Medidas de Apoyo y Promoción</i>	338
IV. EL IMPULSO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGTBI	343
V. REFLEXIÓN FINAL	345
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	346
Capítulo XV. Integración sociolaboral de las personas trans	349
Ortiz De Solórzano Aurusa, C.	
I. INTRODUCCIÓN	349
II. ENTORNO NORMATIVO	351
III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	354
IV. LA INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS TRANS EN LA LEY LGTBI	357
1. <i>Medidas en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans</i>	357
2. <i>La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans</i>	362
V. CONCLUSIÓN	363
VI. BIBLIOGRAFÍA	365
VII. DOCUMENTACIÓN	366

Prólogo

Carmen Sánchez Trigueros

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.
Directora de la Unidad para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*

DOI: <https://doi.org/10.14679/3717>

El Grupo de investigación de alto rendimiento en Relaciones Laborales y Protección Social en el siglo XXI de la Universidad Rey Juan Carlos (cuyo acrónimo es URJC-LAB), coordinado por la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Raquel Yolanda Quintanilla Navarro, fue reconocido con la más alta categoría de calidad dentro de los Grupos de Investigación de la Universidad a la que pertenece, el 20 de junio de 2020. Actualmente, dicho Grupo ha superado el proceso de reevaluación de los grupos de investigación reconocidos, habiendo obtenido, de nuevo, el reconocimiento como tal con la categoría de Alto Rendimiento para los próximos tres años.

Este Grupo de investigación está formado por 33 investigadores, que han intervenido en 19 Proyectos de investigación en los últimos diez años, tiene reconocidos 54 sexenios de investigación, 4 sexenios de transferencia, 109 quinquenios y 78 menciones favorables de Docencia. La composición de dicho Grupo de Alto Rendimiento incluye profesores universitarios en sus distintas escalas funcionariales y laborales, además de expertos miembros de la judicatura y profesionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ofreciendo un perfil completo que enriquece sus posibilidades como colectivo investigador.

Desde que, en la Convocatoria URJC 2018, se reconoció el Grupo de Alto Rendimiento URJC-LAB, cada año se ha venido celebrando una Jornada de

Investigación. En concreto, la III Jornada de Investigación del Grupo, titulada “Los contenidos laborales en las nuevas leyes sociales”, tuvo lugar el pasado 14 de junio de 2023. Las ponencias de dicha Jornada se publican en el presente libro colectivo, el tercero del Grupo URJC-LAB.

En la Jornada de la que surge el presente libro colectivo, se desarrollaron cinco Mesas Redondas, correspondientes con otros tantos bloques temáticos de la máxima actualidad. El punto en común a todas ellas es que incorporan aspectos jurídico-laborales relacionados con la igualdad y no discriminación, en los que conviene detenerse para realizar un estudio en profundidad que permita conocer los cambios que operan en las normas existentes hasta el momento. A su través aparecen tratados detenidamente los contenidos de naturaleza jurídico-laboral presentes en las Leyes sociales siguientes:

- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

La Introducción.- La obra que ahora se prologa, comienza con el capítulo titulado “Las nuevas leyes sociales desde la perspectiva de sus contenidos laborales”, en el que los profesores Antonio Sempere y Yolanda Quintanilla justifican el enfoque de la obra colectiva y abordan los aspectos más relevantes de las normas en cuestión. De su compromiso con la materia examinada dice mucho el tramo final de su exposición: “Deseamos que el estudio crítico de las cinco leyes mencionadas permita conocer sus fortalezas y carencias, para determinar qué mejoras se pueden mantener y qué contenidos han de ser modificados. Esperamos que esta obra aporte un granito más de arena, que se sume al esfuerzo común por avanzar en el camino hacia una igualdad e inclusión social de calidad”.

A continuación, la obra se distribuye en distintos capítulos en torno a los cinco textos normativos anteriormente indicados.

La LO sobre protección a infancia y adolescencia.- En primer lugar, respecto de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la profesora Susana Duro se detiene en la regulación de la supervisión de la contratación de los centros educativos. La norma constituye una

garantía para el libre desarrollo de la personalidad del menor en todos los ámbitos de la sociedad. La educación, estrechamente vinculada a la libertad, es el instrumento idóneo para garantizar una formación integral y ese pleno y libre desarrollo de la personalidad. La supervisión de las empresas contratadas por centros educativos se integra en la obligación constitucional de los poderes públicos de promover las condiciones para que libertad, pluralismo, justicia, e igualdad del individuo en los grupos en que se integra, como valores constitucionales, sean efectivos en entornos seguros para infancia y adolescencia.

Seguidamente, la profesora Concepción Morales reflexiona sobre la modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Incumplir las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Debe partirse de que las profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad, lo son todas aquellas, retribuidas o no, que por su propia naturaleza conllevan el trato repetido, directo y regular -y no meramente ocasional- con niños, niñas o adolescentes.

La Ley Integral sobre Igualdad.- En relación con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se estudian seis temas principales.

- 1º) La ampliación de los supuestos de discriminación corre a cargo del profesor Óscar Mateos. También aborda las medidas de protección y de garantía de la igualdad y la no discriminación pues, como dice la exposición de motivos, en nuestro país el problema no es la regulación de esta materia sino la defensa del cumplimiento de las normas que la desarrollan.
- 2º) Los conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación son desarrollados por la profesora Pilar Charro. Basta la mención de los tópicos para apreciar su trascendencia: discriminación directa o indirecta; por asociación y por error; múltiple e intersectorial; actuaciones discriminatorias; acciones positivas; principio de norma mínima.
- 3º) El acceso al empleo es estudiado por la profesora Mar Alarcón. A pesar de que la mayor parte de las decisiones contrarias al principio de igualdad de trato se manifiestan dentro de la vida de la relación laboral propiamente dicha, quien aspira a un puesto vacante también puede sufrir discriminación. Por ello, se necesario analizar el régimen jurídico aplicable a estos supuestos, el ámbito de la prohibición de no discriminación en el acceso al empleo y el control de los actos y decisiones discriminatorias, así como las consecuencias y responsabilidades que pueden ser exigidas a los sujetos responsables. Se hace una aproximación también al novedoso ámbito de la IA.

- 4º) Las nuevas obligaciones para las empresas están a cargo del profesor Juan Carlos Merino. Repasa los objetivos de la ley desde la vertiente laboral y de seguridad social y de acceso al empleo. A continuación, examina las medidas de protección y reparación así como las directrices que la norma establece en el ámbito de la negociación colectiva. Por último, se realiza un estudio de las infracciones y sanciones, así como la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No discriminación.
- 5º) El nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa aparece elaborado por la profesora María José Ramo. La LITND ha introducido una obligación tanto para las empresas como para los representantes legales de la plantilla: no establecer en los convenios colectivos o acuerdos colectivos, limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas discriminatorias a las que se refiere la propia ley.
- 6º) El Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social se examina por el profesor Fernando Boró. Pone especial énfasis en la igualdad efectiva de mujeres y hombres contemplada en el artículo 9º de la Ley. El estudio parte de la información proporcionada por el OEITSS correspondiente a un lapso temporal amplio: de 2016 a mayo de 2023, y que concluirá si la actividad de este organismo en la materia ha sido eficaz y adecuada al respecto.

La LO sobre libertad sexual.- La tercera de las normas legales estudiadas en el presente libro colectivo es la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Son tres los estudios que alberga.

- 1º) La profesora Josefa Romeral examina las obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral. Dada la amplitud del fenómeno sociolaboral, el trabajo analiza de manera pormenorizada el contenido de la obligación de prevención y sensibilización encomendada al empresario, así como los procesos a seguir para su implementación; desde el compromiso empresarial y evaluación de riesgos a la gestión del conflicto en caso de materializarse el riesgo, y todo ello desde una visión integrativa de género.
- 2º) La bonificación del 100% de la cuota empresarial cuando se contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual está estudiada por la profesora Begoña García. La violencia sexual se define en el art. 3 de la LOGILS como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo

el ámbito digital”. De ahí que se haya afirmado que “la norma enumera un listado *numerus apertus* de manifestaciones de violencia sexual”.

- 3º) El profesor Sergio González aborda los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales. La Ley introdujo una serie de derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales, equiparándolas a las víctimas de violencia de género o de terrorismo. En este artículo se realiza una revisión de las principales novedades.

La LO sobre interrupción del embarazo.- La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo también es objeto de atención, en concreto, en el contenido relativo a las nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal traídas por la Ley orgánica citada, contenido en el que se detiene la profesora Elena Lasaosa.

La Ley sobre protección LGTBI.- La última de las normas legales analizadas en su contenido laboral en la presente publicación es la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

El análisis del art. 14 de la conocida como ley LGTBI, relativo a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral, es tarea realizada por la profesora Ana Isabel Pérez Campos. Explica cómo la complejidad de las leyes y regulaciones relacionadas con la igualdad LGTBI puede generar incertidumbre y dificultades para las empresas en su esfuerzo por cumplir con los requisitos legales; de ahí que, una vez más, la negociación colectiva se convierta en la herramienta idónea para avanzar en su aplicación.

Por su parte, la profesora Camino Ortiz de Solórzano dedica su estudio al tema de la integración sociolaboral de las personas trans. Destaca que las empresas deben incluir en los planes de igualdad expresamente a las personas trans –con especial atención a las mujeres de este colectivo–. Esta exigencia debe conectarse con la obligación de las empresas de más de cincuenta trabajadores de contar con plan de igualdad LGTBI, fruto de la negociación colectiva, aunque se remiten importantes materias a la regulación reglamentaria.

Capítulo I.

Las nuevas leyes sociales desde la perspectiva de sus contenidos laborales

Quintanilla Navarro, R. Y.

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Sempere Navarro, A. V.

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

DOI: <https://doi.org/10.14679/3718>

Sumario: I. Introducción. II. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: 1. Principios internacionales inspiradores. 2. Una tendencia normativa persistente. 3. Alcance de la Ley Orgánica 8/2021 (LOPIVI): 3.1. Supervisión de la contratación de los centros educativos. 3.2. Exigencia de una certificación negativa del registro de delinquentes sexuales para poder realizar trabajos que impliquen el contacto con niños, niñas y adolescentes. 3.3. Modificación de la LISOS. III. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: 1. Antecedentes y objetivos. 2. Caracteres generales. 3. Motivos de discriminación proscritos: 3.1. Cuadro general. 3.2. Nacionalidad. 3.3. Mayoría de edad. 3.4. Residencia legal. 3.5. Nacimiento. 3.6. Origen racial o étnico. 3.7. Sexo. 3.8. Religión. 3.9. Convicción u opinión. 3.10. Edad. 3.11. Discapacidad. 3.12. Orientación o identidad sexual. 3.13. Expresión de género. 3.14. Enfermedad o condición de salud. 3.15. Estado serológico. 3.16. Lengua. 3.17. Situación socioeconómica. 3.18. Cláusula abierta. 4. Dinámica de la tutela. 5. Tipos de discriminación: 5.1. Directa. 5.2. Indirecta. 5.3. Asociativa. 5.4. Errónea. 5.5. Múltiple. 5.6. Interseccional. 5.7. Acosadora. 5.8. Inductora. 6. La acción positiva. 7. La indemnidad: 7.1. Idea general. 7.2. Pautas de la jurisprudencia constitucional. 7.3. Jurisprudencia ordinaria. 8. Contenidos laborales adicionales: 8.1. Supervisión de la contratación de los centros educativos. 8.2. Acceso al empleo. 8.3. Nuevas obligaciones para las empresas. 8.4. Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa. 8.5. Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. IV. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: 1. Alcance general y contexto. 2. Principales aspectos labo-

rales: 2.1. Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral. 2.2. Negociación de códigos de buenas prácticas y protocolos. 2.3. Revisar los protocolos de acoso sexual. 2.4. Obligación de contemplar la violencia sexual en el marco del diseño y elaboración de los canales de denuncia internos. 2.5. Revisión de los sistemas de valoración de riesgos en los puestos de trabajo bajo la perspectiva de la violencia sexual. 2.6. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual. 2.7. Derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales. V. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: 1. Caracterización general y contexto. 2. Principales aspectos sociolaborales. VI. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: 1. Caracterización general y contexto. 2. Principales aspectos sociolaborales: 2.1. Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral. 2.2. Igualdad y no discriminación LGTBI en las empresas. 2.3. Fomento del empleo de las personas Trans. 2.4. Integración sociolaboral de las personas Trans. VII. Apunte final

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años vienen apareciendo importantes normas con rango de Ley que abordan materias relacionadas con la igualdad, la diversidad de las personas o los colectivos considerados vulnerables. No se trata, desde luego, de normas que podamos considerar pertenecientes al ordenamiento laboral. Pero tampoco es posible que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social las considere ajenas, puesto que dentro de ellas aparecen contenidos propios de este sector del ordenamiento.

La presente monografía quiere “repescar” esos preceptos y ofrecer un primer estudio acerca de su alcance. Podría decirse que estamos ante “*Una mirada laboralista a las Leyes paralaborales del Bienio 2021/2023*”, por parafrasear los títulos de algunos libros bien queridos por quienes esto escribimos.

Aunque las normas en cuestión son tributarias de los acuerdos suscritos por las fuerzas políticas que articularon la mayoría de gobierno durante la XIV legislatura, en buena parte de ellas aparece una clara sintonía con los objetivos marcados a nivel de Unión Europea. En la Cumbre Social de Gotemburgo (noviembre de 2017) se establecieron principios y derechos relativos a la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, unas condiciones laborales justas y la protección y la inclusión social. Con posterioridad, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión

proclamaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales, reafirmado en la Cumbre Social de Oporto de 2021.

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales establece una serie de acciones de la UE que la Comisión se compromete a tomar durante el mandato actual (hasta finales de 2024), basándose en las numerosas acciones ya emprendidas desde la proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en Gotemburgo, Suecia, en 2017. Este Plan de Acción es la contribución de la Comisión para hacer realidad los principios del Pilar social.

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales convierte los Principios en acciones concretas en beneficio de los ciudadanos. También propone objetivos principales que la UE debe alcanzar de aquí a 2030. Dentro de ese Pilar Europeo, destacamos en este momento, que los Estados miembros han adoptado la propuesta de la Comisión de una Garantía Infantil Europea, que tiene por objetivo ofrecer a los niños un acceso libre y efectivo a servicios clave y promover la igualdad de oportunidades para los niños en riesgo de pobreza o exclusión social.

La nueva Estrategia integral de la UE sobre los Derechos del Niño y la Garantía Infantil Europea son iniciativas políticas importantes presentadas por la Comisión Europea para proteger mejor a todos los niños, ayudarlos a cumplir sus derechos y colocarlos en el centro de la formulación de políticas de la UE. El Área temática 3 de la estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño contiene las Acciones de la UE que ayudan a los niños a crecer libres de violencia. En este marco, podemos situar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI).

Asimismo, las desigualdades existentes se abordan en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género y otras tantas iniciativas, incluida la lucha contra la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado laboral y la brecha salarial entre hombres y mujeres, por medio de la propuesta sobre transparencia retributiva, nuevas normas sobre el equilibrio de género en los consejos de administración y la nueva Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores que trabajan.

Con la finalidad de reforzar la Unión de la Igualdad, la Comisión europea presentó también un Plan de Acción contra el Racismo para 2020-2025, una Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ, un Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos y la primera Estrategia de la UE de Lucha contra el Antisemitismo y Apoyo a la Vida Judía. En este contexto, se sitúa la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, LITND).

Asimismo, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual se puede considerar otra norma incluida dentro de las acciones de la Estrategia Europea para la Igualdad de Género, en la medida en que, como su

Exposición de motivos afirma, las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia.

Del mismo modo se deduce respecto de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2023 se encontraría dentro de ese conjunto de acciones europeas para la Igualdad de Género, puesto que la salud sexual y reproductiva es considerada como un elemento esencial de la dignidad humana, vinculado con la consecución de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género, en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres¹.

La discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la orientación sexual y, la identidad sexual. La Comisión Europea ha adoptado también la Estrategia de Igualdad LGBTIQ 2020-2025. Esta es la primera estrategia de la Comisión sobre la igualdad LGBTIQ y cumple con el compromiso de la Comisión Europea de construir una Unión de la Igualdad, en la diversidad, donde todas las personas puedan ser ellas mismas sin riesgo de discriminación, exclusión o violencia. Uno de los pilares a alcanzar de aquí a 2025 consiste en abordar la discriminación contra las personas LGTBI, dentro del cual se establecen medidas como la de hacer cumplir y mejorar la protección jurídica contra la discriminación y la de fomentar la inclusión y la diversidad en el trabajo. En esta línea de actuación destaca la Ley LGTBI, de 28 de febrero de 2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

La III Jornada del Grupo URJC-LAB analizó en detalle las citadas cinco normas legales recientemente aprobadas. El punto en común a todas ellas es que incorporan aspectos jurídico-laborales relacionados con la igualdad y no discriminación, en los que conviene detenerse para realizar un estudio en profundidad que permita conocer los cambios que operan en las normas existentes hasta el momento.

Se trata de los siguientes textos normativos:

- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI)².

1 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html

2 Publicada en: «BOE» núm. 134, de 05/06/2021.

- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, LITND)³.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS)⁴.
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: situaciones especiales de Incapacidad temporal (en adelante, LOSSR)⁵.
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, Ley LGTBI)⁶.

II. LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA (LOPVI)

1. Principios internacionales inspiradores

La primera de las leyes enunciadas es la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Su propio enunciado no debe pasarse por alto: en lugar de la referencia cronológica a la minoría de edad (a la postre, dotada de seguridad jurídica) ha optado por categorías sociales más imprecisas que remiten a la niñez o adolescencia.

La protección a la infancia, a los niños⁷ aparece como una tendencia universal y permanente⁸. Puede constatarse rememorando el tenor de cualquier Declaración, Conferencia, Convenio o Instrumento que se haya promovido en el plano interna-

3 Publicada en: «BOE» núm. 167, de 13/07/2022.

4 Publicada en: «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

5 Publicada en: «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

6 Publicada en: «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

7 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “niño” como “el que está en la niñez”. A su vez, se concreta el término “niñez”, como “periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, Ed. Espasa, Madrid, 1998. Vol. 2, pág. 1441.

Por su parte, el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 1989, define “niño”, de la siguiente manera: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

8 APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Colección Estudios nº 72, Ed. CES, Madrid, 1999, pág. 43.

cional y que aluda a derechos de las personas⁹. Tanto da que se piense en ámbitos sectoriales (como es el de la Organización Internacional del Trabajo, OIT) como generales (Organización de las Naciones Unidas, ONU); desde luego, papel relevante desempeñan el Consejo de Europa o la Unión Europea (UE).

Tomando como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990, el Preámbulo de la LO 8/2021 recuerda los principales textos normativos relativos a la protección infantil en el ámbito educativo, jurídico, social y sanitario. En el ámbito de Naciones Unidas resulta obligado aludir a los tres protocolos facultativos de la Convención mencionada y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Destaca, en este sentido, la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente.

Otros textos normativos, como el Tratado de Lisboa (en su art. 3), el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia ponen

9 Entre los documentos relacionados con el trabajo infantil y los derechos del niño elaborados por la comunidad internacional, destacan los siguientes:

- Convenio núm. 5 de la OIT, sobre la edad mínima (industria)(1919);
- Convenio núm. 7 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajo marítimo) (1920);
- Convenio núm. 10 de la OIT, sobre la edad mínima (agricultura) (1921);
- Convenio núm. 15 de la OIT, sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros) (1921);
- Convenio núm. 33 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajos no industriales) (1932);
- Convenio núm. 58 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo) (1936);
- Convenio núm. 59 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (industria) (1937);
- Convenio núm. 60 de la OIT, (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales) (1937);
- Convenio núm. 112 de la OIT, sobre la edad mínima (pescadores) (1959);
- Convenio núm. 123 de la OIT, sobre la edad mínima (trabajo subterráneo) (1965);
- Convenio núm. 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973);
- Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989);
- Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social (1995);
- Conferencias Internacionales sobre Trabajo Infantil de Ámsterdam y Oslo (ambas en 1997);
- Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998);
- Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999);
- Un mundo apropiado para los niños (2002), documento de resultados de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) a favor de la Infancia;
- Plan de acción mundial contra las peores formas de trabajo infantil (2006);
- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008).

de manifiesto que la protección de los menores constituye un objetivo general de la política común europea.

Más cercana en el tiempo se encuentran la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) y la Agenda 2030 con la meta 16.2: *Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños*, dentro del Objetivo 16 de promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

2. *Una tendencia normativa persistente*

En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España sobre protección integral de las personas menores de edad, ya se habían introducido en nuestro ordenamiento diversas innovaciones. Recordemos la reforma operada sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia: Allí se establece que la actuación administrativa debe estar presidida por el principio del amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras.

Los factores de riesgo de esa violencia sobre los niños, niñas y adolescentes que, a menudo, se produce en el seno familiar y escolar, son múltiples y comprenden, entre otros, los de carácter educativo, económico y cultural. Las consecuencias, cuando se producen situaciones de violencia sobre aquéllos, incluyen desde secuelas físicas, como discapacidad y retraso en el desarrollo físico, hasta trastornos mentales y dificultades en el aprendizaje.

Dentro de la variedad de actuaciones, de asistencia, de sensibilización, etc., que los poderes públicos pueden poner en marcha, conviene destacar en este momento las relativas a la prevención y protección, junto con los procedimientos de coordinación entre las distintas administraciones públicas competentes, a fin de lograr una protección efectiva ante las situaciones de riesgo y desprotección de las personas menores de edad.

3. *Alcance de la LOPVI*

En el ámbito de las relaciones laborales, determinados trabajos requieren o se prestan habitualmente en contacto con personas menores de edad. En concreto, la norma analizada se refiere a aquellas profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad, porque “por su propia esencia”

conlleven un trato repetido, directo y regular, y no meramente ocasional, con niños, niñas y adolescentes, quedando en todo caso incluidas aquellas actividades o servicios que se dirijan específicamente a ellos (art. 57.2 LOPIVI).

De ahí que la LOPIVI contenga previsiones principalmente preventivas y de seguimiento o control frente a posibles situaciones de riesgo para los menores de edad, que puedan surgir con ocasión o como consecuencia de dichos trabajos.

Como contenidos laborales en este texto legal tenemos los siguientes:

3.1. Supervisión de la contratación de los centros educativos

En virtud de lo previsto en el art. 32 LOPIVI, tanto las administraciones educativas como las personas que ostenten la dirección y titularidad de todos los centros educativos deben supervisar la seguridad en la contratación de personal docente y personal auxiliar, contrato de servicio u otros profesionales que trabajen o colaboren habitualmente en el centro escolar de forma retribuida o no. Dichas autoridades son responsables de controlar la aportación de los certificados obligatorios de que los trabajadores carezcan de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos.

3.2. Exigencia de una certificación negativa del registro de delincuentes sexuales para poder realizar trabajos que impliquen el contacto con niños, niñas y adolescentes

En virtud del art. 57.3 LOPIVI, queda prohibido que las empresas y entidades den ocupación en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad a quienes tengan antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos. El art. 58.1 LOPIVI es tajante al indicar que la existencia de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos al inicio de la actividad en aquellos trabajos o actividades que impliquen contacto habitual con personas menores conllevará la “imposibilidad legal de contratación”.

En caso de que, de manera sobrevenida, existan antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, la norma exige el cese inmediato de la relación laboral por cuenta ajena o de las prácticas no laborales (art. 58.2 LOPIVI), si bien se permite efectuar un cambio de puesto de trabajo manteniéndolo en el mismo centro de trabajo, siempre y cuando no tenga contacto habitual con personas menores de edad.

La norma se detiene en la aplicación de esta exigencia en las prácticas no laborales que conlleve el alta en la Seguridad Social (art. 58 LOPIVI) y en régimen de voluntariado, (art. 59 LOPIVI), así como en la labor que debe llevar a cabo el empresario, y los efectos jurídicos de la cancelación de esos antecedentes en el Registro mencionado (art. 60 LOPIVI).

3.3. Modificación de la LISOS

El incumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 57.3 de la LOPIVI está sancionado como infracción muy grave en el art. 8 apartado 19, sobre infracciones en materia de relaciones laborales, del Real Decreto Legislativo 5/2000 (LISOS). Ante una infracción muy grave, está prevista una sanción económica mínima de 7501 euros y máxima de 225.018 euros (art. 39 LISOS).

Queda para la Dogmática (y la jurisprudencia) el debate acerca de las consecuencias que sobre el negocio jurídico de carácter privado que es la relación laboral posee la ignorancia práctica de las exigencias referidas. ¿Habrà un contrato de trabajo nulo? ¿Serà necesario que la empresa acuda a la ineptitud (despido objetivo) para ponerle término?

III. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN (LITND)

1. Antecedentes y objetivos

La segunda norma que debemos noticiar, y que se examina más adelante, es la Ley 15/2022, sin duda la de mayor relevancia en el terreno de las relaciones sociolaborales. Recopila un importante ramillete de reglas sobre igualdad y no discriminación a fin de “respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución” (art. 1.1).

Tanto la normativa de la Unión Europea, como nuestro ordenamiento jurídico interno han continuado, en sus respectivos ámbitos, el camino iniciado por las Declaraciones de derechos humanos de ámbito internacional, como uno de sus principios más básicos y esenciales el de la igualdad de trato y la no discriminación.

La Constitución de 1978 incorpora la igualdad y la no discriminación, como un pilar esencial del sistema constitucional, al reconocerla como un valor superior del ordenamiento jurídico español, que coopera con los principios de libertad, justicia y

pluralismo político (art. 1.1 CE). El precepto de referencia en materia de igualdad y no discriminación es el art. 14 de la Constitución.

Con anterioridad, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE fueron traspuestas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (arts. 27 y ss) y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Entre las finalidades perseguidas aparecen las siguientes: 1^a) Trasponer los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, de manera “más adecuada” que como lo realizó la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. 2^a) Consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 3^a) Crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir. El legislador aspira a que esta ley se establezca como “el mínimo común normativo” que contenga tanto las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español como sus garantías básicas.

2. Caracteres generales

No ha querido ser una Ley más de derechos sociales sino una Ley de derecho antidiscriminatorio específico, con vocación de aplicación presente y de futuro, para dar “cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir”.

Es una norma horizontal, interdisciplinar. Su relevancia para el ámbito socio-laboral no deriva de su especialidad sino de que afecta a la totalidad de ramas o sectores del ordenamiento. Ello, no obstante, resulta significativo que mencione de forma expresa diversos campos sobre los que proyecta su regulación y que entre los mismos aparezcan varios de la reseñada índole¹⁰:

- Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia (acceso, condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, promoción profesional, formación para el empleo, etc.).
- Empleo público (acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación).
- Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- Educación.
- Sanidad.
- Administración de Justicia.
- Protección social, prestaciones, servicios sociales.

10 El listado puede verse en su artículo 3.1.

Se trata de una norma de mínimos, esto es, de obligado cumplimiento, pero cuyas previsiones pueden ser superadas por otras que posean contenido más exigente desde la perspectiva de la igualdad¹¹. Desde esa perspectiva, consecuencia natural ha de ser la ausencia de concurrencia conflictiva. Aunque ello no significa que los problemas interpretativos estén ausentes. La vocación de la LITND de conformarse como “el mínimo común normativo” en materia de no discriminación, se refleja en su transversal aplicación a la totalidad de ramas del ordenamiento y en su carácter de norma de mínimos¹², que no impide la aprobación y aplicación de regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas (art. 3.2 LITND). En definitiva, la LITND pretende ser el instrumento eficaz de lucha contra todo tipo de discriminación de cualquier tipo de persona, en todos los ámbitos en que se puedan producir, como son los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y, también, en el ámbito sociolaboral.

C) La LITND complementa e interacciona cuanto ya disponía el ordenamiento jurídico, pero sin que se haya dedicado apenas a indicar el modo en que lo hace. Por tanto, una tarea hermenéutica relevante es la de llevar a cabo esa operación. Sin ser una norma laboral, actúa como si lo fuera a efectos prácticos.

D) Desde la perspectiva formal, se trata de una disposición innovadora en el Derecho interno. Desde una visión atenta a sus contenidos, sin embargo, lo que hace es sistematizar y compendiar construcciones presentes en las disposiciones europeas o en la jurisprudencia emanada de los *Tribunales mayores*.

3. Motivos de discriminación proscritos

3.1. Cuadro general

El art. 4.2.c) ET prohíbe las discriminaciones por razón de sexo, estado civil¹³, origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical o discapacidad que no impida el trabajo.

11 Su artículo 3.2 salva expresamente los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas.

12 SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Apuntes para contextualizar la LITND”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA GIL, M^a. B. (Dirs.): *Una visión transversal del derecho a la igualdad. LITND, de 12 de julio*, Colección Laboral y Seguridad Social Monografía, Ed. Sepin, Madrid, 2023, págs. 20-21.

13 En una fase inicial, el TC (Ss. 81/1982, 98/1983, 20/1987) quiso corregir lo que consideró una situación de privilegio retributivo de mujeres trabajadoras, no reduciendo su remuneración, sino elevando la de los trabajadores varones de igual categoría. La doctrina favorable al que ALONSO OLEA llamó irónicamente «varón discriminado» quebró con la sentencia TC 128/1987.

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta.

Puesto que es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley (Art. 55.5 ET) resulta lógico el replanteamiento que ahora se hace respecto de las consecuencias de que las circunstancias tipificadas como especialmente tuteladas (cual la enfermedad) puedan abocar a la nulidad del despido.

3.2. Nacionalidad

Teniendo en cuenta que la LITND no ciñe su ámbito aplicativo a las personas cuya nacionalidad se corresponde con uno de los Estados integrantes de la UE, resulta especialmente relevante la proscripción de la discriminación por razón de nacionalidad. La norma, en efecto, reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad.

Como ilustración práctica del alcance que pueda tener esta regla cabe recordar el caso del jugador de hockey que ganó competiciones con Checoslovaquia, opta por ser checo pero reside en Eslovaquia y solicita la prestación para deportistas prevista en Ley de su Estado de residencia. La no discriminación se opone a que solo se conceda una prestación a los deportistas de alto nivel que han representado a un Estado miembro si poseen su nacionalidad¹⁴.

Es indirectamente discriminatorio, por nacionalidad, un régimen de subsidios familiares y ventajas fiscales para trabajadores con hijos residiendo en otro Estado miembro, porque los trabajadores migrantes participan igual que nacionales en cotizaciones e impuestos, sin que a estos se les examine el lugar de residencia de sus hijos¹⁵.

En aplicación de este dogma, es posible que las tareas portuarias se realicen solo por quienes sean reconocidos como profesionales del sector, pero ha de aplicarse la no discriminación por nacionalidad y permitir la actividad de trabajadores reconocidos como tales en otros Estados miembros¹⁶. Sin embargo se rechaza la exigencia

14 STJUE de 18 de diciembre de 2019 (C-447/18), *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

15 STJUE de 16 de junio de 2022 (C-328/20), *Comisión Europea contra Austria*.

16 STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-407/19 y 471/19), *Trabajo portuario en Bélgica*.

de la nacionalidad para acceder a la profesión del Notariado pues respecto de ella juega la libertad de establecimiento¹⁷.

3.3. Mayoría de edad

La LITND quiere que las personas no reciban una peor consideración atendiendo al dato de si son menores o mayores de edad, concepto este que no clarifica si debe tomarse con carácter absoluto (conforme a la legislación española) o si debe estarse de algún modo pendiente de la Ley nacional del sujeto en cuestión. La concordancia con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social aboca a la conclusión de que se está presuponiendo, en todo caso, el cumplimiento de los dieciocho años.

Téngase presente que la norma juega en sentido bidireccional y no solo para proteger, sino también para exigir. Así, por ejemplo, para el Derecho de la UE, un menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro¹⁸.

3.4. Residencia legal

Dada la importante inmigración irregular existente y el inevitable desempeño de tareas productivas por parte de quienes se encuentran en esa situación. Especial relieve posee el que la LITND reconozca el derecho de la no discriminación a todas las personas, independientemente de si disfrutan o no de residencia legal.

Entre los muchos supuestos relacionados con el tema puede recordarse el de la familia alemana residente en Francia, aunque el trabajo de la madre y el colegio del hijo están en Alemania; a partir de determinado curso académico la Administración alemana solo abona gastos de transporte a quienes residen en su territorio. Existe discriminación indirecta al trabajador transfronterizo si la asunción del transporte

17 STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-575/16), Comisión Europea contra República Checa.

18 La STJUE de 2 de octubre 2019 (C-93/18), Bajratari, aborda el supuesto de mujer albanesa que pierde su trabajo en Irlanda, donde reside con su marido e hijos; tras caducar su tarjeta de residencia, el varón sigue trabajando; la mujer pide su derecho de residencia por ser quien cuida de su nuevo hijo, recién nacido y de nacionalidad irlandesa.

escolar de los hijos se limita a quienes residen en el territorio de la Administración regional competente (Land alemán), excluyendo a los transfronterizos. Las dificultades prácticas relacionadas con la eficaz organización del transporte escolar en un territorio no constituyen una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida nacional calificada de discriminación indirecta¹⁹.

3.5. Nacimiento

No es seguro el alcance que posea la norma conforme a la cual nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento. Este dato está conectado con la nacionalidad, la residencia, la situación socioeconómica, el idioma, la etnia o la raza, pero todas estas circunstancias aparecen autónomamente tipificadas. También cabe pensar en el tipo de filiación existente (matrimonial o no; cosanguínea o no), la familia a que se incorpora (heterosexual, monoparental, homosexual, etc.) o el origen de la gestación.

En ocasiones serán varios los factores que debemos tomar en cuenta, pero siempre teniendo presente que el derecho a la no discriminación posee límites. Por ejemplo, no es discriminatorio que las becas otorgadas por una Fundación privada se limiten a quienes hayan superado un examen de Derecho en el Estado donde está domiciliada²⁰.

Se ha considerado válida la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia²¹.

3.6. Origen racial o étnico

Está, desde luego, proscrita la discriminación por origen racial o étnico. Así, que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación²².

19 STJUE de 2 de abril de 2020 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße.

20 La STJUE de 15 de noviembre de 2018 (457/17), Maniero resuelve el caso de italiano nacido y criado en Alemania, obtiene título de Derecho en Universidad de Armenia; postula una beca para ampliación de estudios y las bases exigen superación del primer examen jurídico estatal alemán, *Erste Juristische Staatsprüfung*, cuando su título armenio equivale al segundo examen jurídico estatal, *Zweite Juristische Staatsprüfung*.

21 STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.

22 STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), Feryn. Conforme a ella, tales declaraciones constituyen serio indicio de discriminación y trasladan al empleador la carga de probar que no es así, por

Los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida. Esos factores (incluida la lengua, la religión, el origen, el color de la piel y la nacionalidad) son determinantes para establecer la posible influencia del origen racial o étnico. Existe discriminación por origen étnico cuando todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, 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 medida²³.

Pese a esta proscripción, se entiende que es lícita la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia²⁴.

3.7. Sexo

La arquetípica prohibición de trato discriminatorio que el ordenamiento laboral ha venido consagrando es la referida al sexo²⁵. Su proyección, sin embargo, no está agotada puesto que constantemente aparecen muestras de ella, en especial de forma encubierta.

Así sucede, por ejemplo, con el tenor del art. 251 LGSS: al excluir la protección por desempleo en el sistema de Seguridad Social para empleados de hogar comportaba una desventaja particular de las mujeres (mayoría entre tal colectivo) con respecto a los trabajadores y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo²⁶.

Lo mismo cabe afirmar respecto de la prohibición de compatibilizar dos pensiones de incapacidad permanente total (IPT) cuando son del mismo Régimen, mientras que

ejemplo, acreditando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. El Derecho de la UE exige que en tales casos el régimen sancionador cuando no haya víctima identificable sea también efectivo, proporcionado y disuasorio.

23 STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14) CHEZ-Razpredelenie Bulgaria.

24 STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.

25 Sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020

26 STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica.

se admite cuando dimanen de distintos Regímenes (por ejemplo, RGSS y RETA), puesto que afecta a una proporción significativamente mayor de varones (lo que debe calcularse sobre el conjunto de personas sometidas a las dos regulaciones), salvo que ello esté justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo²⁷.

3.8. Religión

La protección frente a los diversos credos se traduce en una prohibición de discriminaciones basadas en la religión. Sobre esta cuestión resulta obligado recordar el conjunto doctrinal acuñado recientemente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo:

- El reglamento interno de una empresa que impide a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo no comporta discriminación directa ni indirecta (en el caso, velo islámico). Es válido siempre que dicho régimen se aplique realmente de forma congruente y sistemática²⁸.
- La exigencia de un tercero (cliente) no es requisito profesional esencial y determinante (Directiva 2000/78/CE) para que los servicios contratados no sean prestados por trabajadora que lleva velo islámico. Lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante (excluyente de carácter discriminatorio) no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo²⁹.
- Es legítimo que una Fundación Evangélica rechace una solicitud de empleo por considerar que las convicciones religiosas constituyen un requisito profesional esencial. La exigencia de sintonía con el ideario es válida si va referida a actividad esencial (importante para la organización empleadora), es legítima (no se extiende a empleos neutros), está justificada (debiendo acreditarse la necesidad) y resulta proporcional (no excediendo de lo necesario); cabe control judicial sobre todo ello³⁰.
- El principio se opone a que el Viernes Santo solo libren (o perciban complemento sustitutivo) quienes pertenecen a determinadas Iglesias cristianas

27 STJUE de 30 de junio de 2022 (C-625/20), Comunidad de Castilla y León.

28 STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-157/15), *Achbita*.

29 STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-188/15), *Bougnaoui y ADDH/Micropole*.

30 La STJUE (Gran Sala) de 17 de abril de 2018 (C-414/16), *Egenberger*, surge al hilo de que una Entidad evangélica que busca persona cualificada para dirigir estudio sobre discriminación étnica, pide pertenencia a las Iglesias Cristianas o Protestantes y la candidata manifiesta que no pertenece a ninguna.

(cuatro confesiones minoritarias), sin exigirles práctica religiosa concordante. Quienes no pertenecen a las Iglesias de referencia deben disfrutar de los mismos beneficios, neutralizándose así la discriminación directa por motivos de religión, aunque el empleador sea privado³¹.

Al cabo, de este acervo derivan varias conclusiones: 1ª) La política de neutralidad requiere que la empresa acredite que sin ella se vería perjudicada (“verdadera necesidad” y “acreditación”). 2ª) Es válida la norma empresarial si se aplica *indiscriminadamente*. 3ª) La política de neutralidad debe ser *absoluta*, referida a “toda forma visible” de símbolos y no solo a los de mayor tamaño o vistosidad³².

3.9. Convicción u opinión

Además del respeto a la dimensión religiosa, la LITND acuña la prohibición de discriminar por convicción u opinión. De este modo queda protegido cuanto refiere a las convicciones religiosas, filosóficas o espirituales.

De modo similar a lo que sucede con el factor religioso, siempre que se aplique de forma general, no es discriminatorio que el empleador prohíba a los trabajadores manifestar sus convicciones, sea verbalmente, sea mediante el uso visible de signos o prendas de vestir con connotaciones religiosas, sea de cualquier otra forma³³.

3.10. Edad

Además de la mención al acceso a la mayoría de edad, la Ley acoge la generalizada proscripción de discriminar por razón de edad, aunque justo respecto de este factor surgen dudas muy casuísticas acerca de la existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato diverso.

31 La STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2019 (C-193/17). Cresco Investigation, aborda el caso de empleado no perteneciente a una de las Iglesias, minoritarias en Austria, a cuyos fieles se les exime de trabajar en Viernes Santo o se les abona complemento retributivo si deben hacerlo; trabaja efectivamente ese día y solicita 109 € como compensación).

32 Pueden verse en la STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y 341/19), Wabe., al hilo de dos empleadas de sendas empresas amonestadas por usar velo islámico. La Droguería había tenido conflictos en la plantilla por motivos religiosos. La Guardería quería clima neutral y había pedido a un empleado que no llevase el crucifijo.

33 STJUE de 12 de octubre de 2022 (C-344/20), S.C.R.L., al hilo de empresa con un Reglamento obligando a “respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa”, incluyendo “no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean”. La Ingeniera musulmana L.F. descartó prescindir del pañuelo islámico, pese a que está desarrollándose un proceso de selección que discurre favorablemente para ella, y la empresa desiste de su contratación.

La norma prohibiendo pilotar vuelos comerciales con más de 65 años no conculca la prohibición de discriminación. Otra cosa es que esa actividad se desarrolle en vuelos sin pasaje o de traslado, efectuados en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea, en los que no se transporte ni pasajeros, ni carga ni correo, o como instructor y/o examinador a bordo de una aeronave sin formar parte de la tripulación de vuelo³⁴. Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad. No es exigible aplicar al piloto de aviones que actúa en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales³⁵.

De manera diversa, se considera discriminatorio establecer un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (68 años) cuando tiene como única finalidad proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados³⁶.

No es discriminatoria una normativa que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumpla 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios³⁷.

También se ha validado la normativa nacional que prohíbe a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas, aunque siempre que se persiga un objetivo legítimo de política de empleo y los medios aplicados sean adecuados y necesarios³⁸.

Respecto de los convenios colectivos que prevén la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador alcanza los 65 años de edad y tiene derecho a una pensión de jubilación se ha resuelto que persiguen una finalidad legítima (polí-

34 STJUE 5 de julio de 2017 (C-190/16), Fries.

35 La STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro, aborda el caso de piloto que tras 14 años en misiones relacionadas con la seguridad nacional, la empresa le comunica su inminente jubilación forzosa por cumplir 60 años; el afectado considera que existe despido ilegal.

36 STJUE de 12 de enero de 2010 (C-341/08), Petersen.

37 STJUE 19 julio 2017 (C-143/16), Abercrombie.

38 STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), Comune di Gesturi. En el caso, el Ayuntamiento convoca concurso para adjudicar estudio y asesoramiento para el centro de reciclaje municipal, incluyendo requisitos [Licenciatura en Medicina y Cirugía. Especialidad en Higiene. Experiencia acreditada de gestión en el Servizio Sanitario Nazionale durante al menos cinco años. No tratarse de un trabajador jubilado de los sectores privado o público].

tica de empleo) y son válidos siempre que los medios empleados se reputen adecuados y necesarios³⁹.

No hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado. El objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años⁴⁰.

El principio antidiscriminatorio no impide las rebajas retributivas al colectivo judicial, aunque, en un contexto de crisis y restricción del gasto público, porcentualmente afecten más a las categorías inferiores, por lo general con menor edad y antigüedad⁴¹.

Desde la perspectiva de acceso al empleo, se ha entendido que no es discriminatoria la norma que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años⁴². Pero sí se considera discriminatoria la norma estatal que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local⁴³.

3.11. Discapacidad

La prohibición de discriminar por razón de discapacidad estuvo en la base de los debates sobre la validez del despido por absentismo y comportó la conclusión de que se opone al artículo 52.d) ET que permitía despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente⁴⁴.

39 STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005), Palacios Villa.

40 STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan respecto de docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10% inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3. “Doble escala salarial”, en terminología usual.

41 STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), Escribano Vindel, respecto de Magistrado de lo Social que impugna sus nóminas de 2011, al comportar una disminución considerable respecto de las retribuciones del año precedente y afectar desigualmente a las diversas categorías: el 7,16, el 6,64 o el 5,90 %. El Pleno del TC había inadmitido previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

42 STJUE de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), Salaberría Sorondo.

43 STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), Vital Pérez.

44 STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero, al hilo de caso suscitado por limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas.

En este ámbito resulta obligado resaltar la importancia de que la empresa introduzca ajustes razonables. La regla se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos)⁴⁵.

Tales ajustes son obligados también al contrato de trabajo en prácticas. Si la persona, por su discapacidad, es declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa debe ser destinada a otro para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. El acondicionamiento del “lugar de trabajo” es medida prioritaria a fin de que la persona con discapacidad pueda seguir desempeñando su trabajo, lo que incluye cambio de “puesto”⁴⁶.

La situación de enfermedad no está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad⁴⁷. Pero, tras la aprobación de la Convención de la ONU, se admite como tal cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical)⁴⁸.

A la vista de tales reflexiones se concluye que no existe un principio general de no discriminación por razón de obesidad que pueda derivarse de la categoría de “discapacidad”, pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁴⁹.

45 La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu) aborda el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica. Advierte que la defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

46 La STJUE de 22 de febrero de 2022 (C-485/20), HR Rail SA recae en el caso de trabajador contratado para mantenimiento ferroviario; un año después se le coloca marcapasos sensible a radiaciones de las vías férreas y es declarado no apto para el desempeño de su actividad; la empresa lo despidió y le ayuda a buscar otro empleo.

47 STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05), Chacón Navas.

48 STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge, rechazando la extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo.

49 STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), Kaltoft; añade que corresponde al tribunal nacional comprobar si concurren dichos requisitos.

Muy trascendente ha sido el caso Daouidi, precisando que lo incierto de la duración de una incapacidad no significa, por sí solo, que la limitación de la capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». Como indicios para evaluar si tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona⁵⁰.

Por descontado, la doctrina de la STJUE 18 enero 2024 (C-631/22; Na Negreta), es de máxima relevancia. Conforme a ella la Directiva 2000/78/CE (igualdad de trato en el empleo), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se oponen al artículo 49.1.e) ET, conforme al cual el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables.

3.12. Orientación o identidad sexual

Está prohibida la discriminación por razón de orientación⁵¹ o identidad sexual, factor contemplado de forma autónoma respecto del sexo propio de cada persona.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE ha considerado inadmisibles que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en cuestionarios de personalidad proyectivos⁵².

Es necesario advertir la “ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género”⁵³.

50 STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi, respecto de ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal.

51 Se trata de la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género.

52 STJUE de 25 de enero de 2018 (C-473/16), F.

53 STC 68/2022 de 2 junio, respecto de Ingeniero aeroespacial que a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda.

3.13. Expresión de género

Al margen del debate sobre reformas normativas específicas, la LITND garantiza la protección frente a discriminaciones basadas en la expresión de género.

Resolviendo un complejo caso se ha considerado inadecuado que una persona (varón) transexual deba cumplir el requisito de no estar casada con otra de su nuevo sexo (femenino) para acceder a la pensión de jubilación con arreglo a las condiciones (más ventajosas) legalmente aplicadas a las personas (mujeres) del sexo adquirido. La situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. Debe evitarse su discriminación⁵⁴.

3.14. Enfermedad o condición de salud

Desde su promulgación, la LITND ha generado múltiples reflexiones acerca de las consecuencias de haber tipificado como circunstancia singularmente protegida frente a discriminaciones la enfermedad⁵⁵ o condición de salud.

La cuestión es relevante porque hasta ahora solo se identificaba como discapacidad (circunstancia tutelada) el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral. Y una persona “especialmente sensible” a determinados riesgos no está *necesiter* afectada por discapacidad, en sentido jurídico⁵⁶.

54 La STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2018 (C-451/16), MB, aborda el caso de quien tras vivir como varón y casarse con mujer, años después cambia de sexo pero no disuelve su matrimonio; interesa jubilación como mujer, lo que determina la edad de acceso.

55 Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública (art. 2.3 LITND).

56 La STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica, recae al hilo de trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondilitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82 %, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55 %. La sentencia añade que el despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.

3.15. Estado serológico

La prohibición de discriminar por estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos está en línea con la tutela de la enfermedad o condición de salud.

El artículo 9.5 LITND advierte que el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

3.16. Lengua

Aunque es evidente que para desempeñar determinadas actividades será preciso el dominio de uno o varios idiomas, siempre hay que recordar los principios que presiden las excepciones a la no discriminación.

En principio es admisible que una norma establezca que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional⁵⁷.

Sin embargo, resulta ilícito obligar a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de un territorio a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial del mismo⁵⁸.

3.17. Situación socioeconómica

Hay que tomar con mucha cautela la regla que prohíbe el trato distinto en función de la situación socioeconómica. Muchas prestaciones sociales, o incluso previsiones sobre mejora de condiciones de trabajo hacen lo contrario, en el sentido de equilibrar la disparidad originaria.

Pero el casuismo se impone en todo caso, pues tan trabajador es quien percibe el SMI como el directivo que lo multiplica por un elevado guarismo. Es claro el caso de la protección frente a la insolvencia empresarial: dirigir una sociedad mercantil e integrar el Consejo de Administración no permite, por sí solo, presumir o excluir la existencia de laboralidad; no cabe presumir, sin posible prueba en contra, que quien dirige la empresa es responsable de su insolvencia⁵⁹.

57 STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, C391/09.

58 STJUE de 16 de abril de 2013 (C-202/11), *Anton Las*.

59 STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-101/21), *Directivo de AA*, al hilo de quien ha sido Arquitecto y Director de la empresa e incluso acaba promocionando a Presidente del Consejo de Administración.

3.18. Cláusula abierta

El elenco de circunstancias protegidas finaliza con la cláusula abierta referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. También aquí hay que multiplicar las cautelas a la hora de considerar antijurídicas determinadas previsiones que inciden sobre aspectos sociolaborales.

Así, no hay obstáculo aparente a que la Administración concedente de beca para formación (médica) en el extranjero exija al beneficiario que ejerza su actividad profesional (acabada la formación) en su propio territorio y durante cierto tiempo (cinco años de los diez siguientes), obligando en otro caso a reintegrar parte de la ayuda (hasta el 70 % más intereses)⁶⁰.

Tampoco hay obstáculo en que la diversa condición profesional genere derechos diversos, como deriva de la regulación sobre Profesorado Universitario honorario (tras jubilarse) conforme a la cual quienes han alcanzado el grado de excelencia (pueden dirigir Tesis) poseen un estatuto superior (vinculación indefinida, remuneración mayor) al resto (temporalidad, menor remuneración)⁶¹.

La fecha de incorporación al empleo a veces genera disparidad de derechos. La jurisprudencia de Luxemburgo⁶² parece más tolerante que la nacional. La primera insiste en que el Derecho de la UE sobre igualdad de trato solo prohíbe la discriminación por las circunstancias expresamente tipificadas en él.

4. Dinámica de la tutela

El deber de trato igual (y la prohibición de discriminaciones) juega tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la vida del contrato, incluido el momento de su extinción [«para el empleo» o «una vez empleados» los trabajadores, como dice el art. 4.2.c) ET⁶³]. El artículo 9º de la LITND contiene varias cautelas al respecto:

60 La STJUE de 20 d diciembre de 2017 (C-419/16), Simma Federspiel, entiende que existe justificación para lo anterior en la defensa del interés general (mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado), salvo que se comprobase que esta medida no contribuye de manera efectiva al fin perseguido.

61 STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-644/19), Universitatea “Lucian Blaga” Sibiu y otros, al hilo de Profesor Titular que cumple la edad de jubilación y ve denegada su solicitud de continuidad, motivada en que no posee la habilitación para dirigir Tesis Doctorales; a partir de ese momento es contratado temporalmente y remunerado por horas, realizando tareas idénticas a las precedentes.

62 STJUE de 20 de octubre de 2022 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros, concluye que es posible asignar retribuciones inferiores a los Magistrados incorporados tras su entrada en vigor, siempre que de ello no resulte discriminación directa o indirecta alguna por razón de la edad.

63 El art. 3.1.a LITND insiste en que el principio se proyecta sobre el empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

- No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.
- Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley.
- Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículum de vida anónimo.

La protección en el acceso al empleo opera, aunque no esté en marcha o programado ningún proceso de selección de personal; así sucede, por ejemplo, en el caso de efectuar declaraciones discriminatorias respecto de determinado colectivo⁶⁴. Con mayor razón, si el trato desfavorable por alguna circunstancia tutelada aparece en las normas sobre convocatoria de plazas de nuevo ingreso⁶⁵.

A este respecto debe tenerse en cuenta el derecho de quien participa en un proceso de selección a acceder a toda la información obrante en poder de la empresa. Una denegación total debe tenerse en cuenta a efectos de presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta⁶⁶.

5. Tipos de discriminación

En concordancia con la preexistente jurisprudencia (de diverso orden) la LITND identifica la directa e indirecta, por asociación o por error, múltiple o intersectorial, inductiva o imperativa.

64 STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020 (C-507/18), Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, en el caso de conocido titular de bufete, entrevistado telefónicamente; manifiesta que no incorporaría jamás a alguien del colectivo LGTBI a su Despacho.

65 STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), Ministerio de Justicia (Notariado) afronta litigio surgido en el marco de la Convocatoria de 500 plazas para Notariado, estableciendo en 50 años la edad máxima de acceso. Considera que esa limitación no parece perseguir los objetivos de garantizar el ejercicio de esta profesión durante un período significativo previo a la jubilación, proteger el buen funcionamiento de las prerrogativas notariales y facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la citada profesión.

66 La STJUE de 19 de abril de 2012 (C- 415/10), Meister, aclara que incumbe al tribunal verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce. Ello, al hilo de la reclamación de una ciudadana de origen ruso que concurre a solicitud de empleo en Alemania.

5.1. Directa

Existe discriminación directa cuando una persona o grupo recibe trato menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas reseñadas; incluye la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad.

Por ejemplo, la Inexistencia de evaluación del riesgo laboral por lactancia para determinado puesto de trabajo constituye una discriminación directa por razón de sexo⁶⁷.

5.2. Indirecta

Existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas reseñadas.

Por ejemplo, hay discriminación indirecta por razón de género si se exige una estatura mínima idéntica (1,70 cm,) para concursar al cuerpo de policía y ello supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino, sin que se acredite que la exigencia sea adecuada o necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue⁶⁸.

5.3. Asociativa

Surge la discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio.

Por ejemplo, es el caso de la trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación (“por asociación”) a causa de discapacidad, porque la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas⁶⁹.

⁶⁷ La STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15), Otero Ramos, añade que incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85 y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo. Corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

⁶⁸ STJUE de 18 de octubre de 2017 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri.

⁶⁹ STJUE (Gran sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman. Sienta la doctrina de que tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

En este sentido, los trabajadores distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a aquélla. El Derecho antidiscriminatorio 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 irradiación⁷⁰.

5.4. Errónea

Existe discriminación por error cuando el trato diverso se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas.

Aunque la categoría está formulada de modo defensivo, es probable que también proteja el fenómeno inverso. Así, serviría para impedir que un contrato de trabajo, de duración indefinida, para actividad que debe ser efectuada de noche, celebrado sin que trabajadora y empleador conozcan el embarazo, sea declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno para embarazadas⁷¹.

5.5. Múltiple

En el caso de discriminación múltiple una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las protegidas.

Dos o más circunstancias (edad y orientación sexual, por ejemplo) pueden concurrir en un mismo sujeto y respecto de determinada cuestión. Examinando alguno de tales casos se ha advertido que si una medida no constituye una discriminación por ninguno de los motivos prohibidos cuando dichos motivos se toman por separado, no puede dar lugar a una discriminación basada en el efecto combinado de varios de ellos (aquí, orientación sexual y edad)⁷².

70 STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), Hakelbracht y otros, al hilo del caso de empleada de RRHH que entrevista y propone para su contratación a embarazada de tres meses; RRHH desecha la propuesta por la gestación, cosa que la entrevistadora reprocha; la candidata reclama y la entrevistadora es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos.

71 STJUE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92), Habermann-Beltermann. Se trata de evitar que se anule el contrato alegando el empresario un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

72 STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C443/15), Parris, sobre el problema de afiliado a Plan de Pensiones solicita que la prestación de supervivencia se concediera a su pareja del mismo sexo. Pero

5.6. Interseccional

Se habla de discriminación interseccional para aludir a la que surge cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.

5.7. Acosadora

Es acoso discriminatorio cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación y con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

5.8. Inductora

Es discriminatoria toda inducción (concreta, directa, eficaz), orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley.

6. La acción positiva

Los arts. 4.2.c) y 17 ET vedan al empresario la adopción de medidas laborales discriminatorias —tanto discriminaciones directas como indirectas—; bien entendido que discriminaciones y privilegios no deben confundirse con las «medidas especiales de protección o asistencia» (v. gr.: en favor de mujeres o menores) a las que se refiere el Convenio núm. 111, ni con las medidas lícitas de «acción positiva» reconocidas por el art. 157.4 TFUE y la Dir. 76/207/CEE y por la LOI⁷³.

Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social.

Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas

se registraron como pareja tras haber cumplido 60 años, lo que el Plan descarta como hecho causante. Con anterioridad al registro no se permitía constituir pareja de hecho en Irlanda.

73 El art. 2.4 de dicha Directiva autoriza «medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas [...] a eliminar o reducir las desigualdades de hecho [...]» (TJCE 19.3.2002, caso *Lommers*). Vid. art. 11 LOI y nota 10.

en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan (art. 6.7 LITND).

El asunto sobre complemento de pensión por aportación demográfica⁷⁴ constituye buen ejemplo de lo escurridizo que resulta determinar cuándo estamos ante acción positiva válida y cuándo ante discriminación⁷⁵.

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares⁷⁶.

7. La indemnidad

7.1. Idea general

El art. 17.1 ET tipifica como discriminación el trato desfavorable al trabajador que ha presentado una reclamación contra el empresario (*garantía de indemnidad*⁷⁷) y reputa «nulos y sin efectos» los actos discriminatorios, tanto si consisten en decisiones unilaterales del empresario como si vienen incluidos en disposiciones normativas o contratos individuales. Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en la Ley.

Se configura como represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrirse por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

74 El artículo 60.1 LGSS reconoce “un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente”, cifrado en un porcentaje (5, 10 o 15, según número hijos) de la cuantía inicial de la pensión.

75 STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres) entiende que carece de validez como acción positiva pues no aporta solución alguna a los problemas a los que puedan tener que hacer frente las mujeres durante su carrera profesional, ni compensa las desventajas a las que puedan verse expuestas.

76 Art. 33.1 LITND.

77 Sobre ésta, TS/SOC 26.2.2008, 21.1.2014 y 21.2.2018; en cuanto a los trabajadores que ejercen funciones sindicales (TC 191/1998 y 100/2014).

7.2. Pautas de la jurisprudencia constitucional

La garantía de indemnidad consiste en que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad», como dijera tempranamente la STC 14/1993, de 18 de enero.

Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero—, «quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial».

La posterior jurisprudencia constitucional ha precisado que «el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de manera que, además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).

Especial relevancia posee la jurisprudencia constitucional respecto de la indemnidad retributiva asociada al disfrute de créditos horario de quienes desempeñan cargo representativo. Concretando el alcance de la garantía de indemnidad económica de los liberados sindicales se ha otorgado el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien veía negado un complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado. La STC 74/1998 de 31 marzo subraya que, dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 de la CE, se encuadraría, pues el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

La STC 191/1998, de 29 de septiembre, estima el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional desarrollada por él.

La STC 173/2001, de 26 de julio, otorga el amparo en un caso en el que la empresa Renfe se negaba a abonar al trabajador liberado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de los trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia.

Las SSTC 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero y 58/2001, de 26 de febrero estiman los recursos de amparo en varios supuestos en los que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a unos policías en el momento en que fueron liberados de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales.

La STC 92/2005 de 18 abril considera que la indemnización por residencia en Melilla debe seguir percibiéndose por el representante trasladado a la Península para desempeñar funciones como liberado sindical.

La STC 326/2005 de 12 diciembre ampara al empleado de Ayuntamiento que dejó de percibir el plus de puesto de trabajo cuando accedió a la condición de liberado sindical.

La STC 151/2006 de 22 mayo otorga el amparo porque la absoluta imposibilidad de percibir el complemento de productividad como liberado sindical no es compatible con la garantía de indemnidad en cuanto prohíbe el perjuicio económico del funcionario que se dedica íntegramente a la actividad sindical.

La STC 100/2014 de 23 junio ampara el abono de complemento de productividad en cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias, reconocida judicialmente.

La STC 148/2015 de 6 julio aplica también la doctrina sobre cobro del complemento de productividad de los trabajadores que tienen concedido un permiso para desarrollar labores sindicales y desestima el amparo porque considera que lo debatido es meramente la fijación de su cuantía, tema de legalidad ordinaria.

7.3. Jurisprudencia ordinaria

La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad⁷⁸. De conformidad con esta jurisprudencia, para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido⁷⁹.

⁷⁸ Basta con remitir, por todas, a las SSTs 17 de junio de 2015 (rcud 2217/2014), 27 de enero de 2016 (rcud 2787/2014), 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016) y a las por ellas citadas.

⁷⁹ SSTs 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016, y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016.

Con carácter general, la mera reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente de la vulneración de la garantía de indemnidad si el contrato se extingue en la fecha que estaba inicialmente prevista (SSTS 196/2020, 3 de marzo de 2020, rcud 61/2018; 356/2020, 19 de mayo de 2020, rcud 4496/2017; y 540/2020, 29 de junio de 2020, rcud 2778/2017).

Las cuestiones relacionadas con la lesión de la garantía de indemnidad dependen mucho de las circunstancias concurrentes en cada caso⁸⁰.

8. *Contenidos laborales adicionales*

8.1. Supervisión de la contratación de los centros educativos

En virtud del art. 13 LITND, titulado “Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación”, las administraciones educativas, en el marco de sus respectivas competencias deben eliminar estereotipos y garantizar que no se produzca discriminación alguna por razón de las causas previstas en esta ley, y concretamente, en los criterios y prácticas sobre admisión y permanencia en el uso y disfrute de los servicios educativos, con independencia de la titularidad de los centros que los imparten. En este sentido, se sanciona con la no obtención de financiación pública en los centros educativos que lleven a cabo actuaciones discriminatorias a grupos o personas individuales para el ingreso en dichos centros.

8.2. Acceso al empleo

En relación con el acceso al empleo, mencionado en el art. 3 LITND, se concreta en el art. 9 de la misma, titulado “Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena”, que comienza prohibiendo que se establezcan limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

En este sentido, se definen como discriminatorios aquellos criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley (art. 9.2 LITND).

80 STS 1242/2021 de 9 diciembre (rcud. 92/2019).

En la prevención de toda discriminación indirecta por estas causas legales, se exige a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas, que adopten medidas que velen por la protección del derecho a la igualdad y no discriminación.

8.3. Nuevas obligaciones para las empresas

Para las empresas se generan obligaciones derivadas no solo de la prevención y cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en los procesos de acceso al empleo, sino también en los de promoción profesional, formación profesional, condiciones de trabajo, retribución, suspensión y despido u otras causas de extinción, de conformidad con el mencionado art. 9 LITND.

Además, en el art. 10.1 de la citada ley se recoge que los poderes públicos fomentarán el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas, que sean utilizados en el momento de llevar a cabo la negociación colectiva. Para esta última se exigen las mismas obligaciones que hemos relacionado en materia de acceso al empleo.

Con la perspectiva de que la norma legal se desarrolle reglamentariamente, el art. 9.6 LITND dispone que, mediante reglamento, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1 de la ley citada.

8.4. Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa

Para las actuaciones y funciones de la representación legal de los trabajadores en la empresa se establecen las mismas limitaciones y prohibiciones previstas en el art. 9 LITND. Estas limitaciones deben observarse asimismo en la negociación de los convenios colectivos de trabajo y en los códigos de conducta, del mismo modo que hemos señalado que se exige a las empresas.

Se incorpora, a través de su disposición adicional quinta LITND, la obligación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de elaborar un informe con carácter anual, pudiendo también acordar objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica, sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 9 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena), 10 (Negociación colectiva) y 11 (Derecho a la igualdad

de trato y no discriminación en el empleo por cuenta propia) de la mencionada LITND.

Otra obligación de la representación legal de los trabajadores, y también de la propia empresa, consistirá en velar por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos.

8.5. Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

En el art. 9.4 LITND, se señala la obligación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. A tal fin, se exige que la Inspección laboral incluya como objetivo general, en su plan anual integrado de actuación, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

IV. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LOGILS)

1. Alcance general y contexto

Respecto de la tercera ley analizada en este libro colectivo, se trata de la Ley Orgánica 10/2022 (LOGILS). En su Exposición de Motivos, la LOGILS toma como punto de partida la Constitución Española (en adelante, CE), que en su artículo 1.1 declara que son valores superiores de nuestro ordenamiento la libertad y la igualdad, y que encomienda 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 (art. 9.2 CE). En el mismo texto constitucional, se reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), los derechos a la vida y la integridad física (art. 15 CE) y a la libertad y seguridad (art. 17 CE).

Con anterioridad, nos hemos referido al reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación como principio jurídico universal y derecho fundamental proclamado en diferentes textos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, o los textos internacionales de la

Organización de Naciones Unidas, los Tratados de la Unión Europea y el propio Derecho interno.

En el ámbito internacional, podemos destacar asimismo la ratificación por España de normas internacionales que establecen la obligación de actuar frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, como el Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958; así como, el Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, 2019; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y sus Recomendaciones generales N° 19 y N° 35; y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995.

Dentro de la labor normativa de la Unión Europea, además de las Directivas sobre igualdad de trato y no discriminación por razón de género, mencionadas con anterioridad, conviene traer a colación la Directiva 2002/73/CE, refundida posteriormente en la Directiva 2006/54/CE, relativas ambas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que establecen que tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo constituyen manifestaciones discriminatorias a las que se debe hacer frente en el ámbito de la empresa. También, la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Asimismo, cabe señalar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), 2011⁸¹.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, se han traspuesto las Directivas citadas, a través de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (actual 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), la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ambas con incidencia real en el concepto de acoso al modificar el art. 54 TRET, para incorporarlo como causa expresa de despido disciplinario, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra a la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

81 Detallado en Subdirección General para el Emprendimiento, la Igualdad en la Empresa y la Negociación Colectiva de Mujeres: *Protocolo manual de referencia en la empresa: igualdad para la prevención y actuación frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo y otras conductas contrarias a la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito laboral*, Ed. Instituto para las Mujeres, Madrid, 2023, pág. 8. https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/acoso-sexual/docs/Protocolo_Acoso_Sexual_Por_Razon_Sexo_2023.pdf

En sentido similar, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL); así como, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI); la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) y el TRLISOS se han visto igualmente afectados y adaptados.

Por otro lado, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, concretamente, en su Objetivo 5, se establece como una de sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la mutilación genital femenina.

Considerando que las violencias sexuales son una cuestión social -no individual- y estructural -no coyuntural-, el legislador aprueba la LOGILS, con el afán de responder a estas violencias con medidas de actuación preventivas y sancionadoras, que permitan proteger a las víctimas afectadas por las violencias sexuales.

2. Principales aspectos laborales

2.1. Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral

De conformidad con el art. 12 LOGILS, las empresas promoverán condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, así como la sensibilización y la formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio. Al mismo tiempo, arbitrarán procedimientos específicos para su prevención, para encauzar las denuncias presentadas por víctimas de estas conductas -incluidas las sufridas en el ámbito digital, e incorporarán la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, debiendo formar e informar de ello a estas últimas.

2.2. Negociación de códigos de buenas prácticas y protocolos

En virtud del art. 12.2 LOGILS, las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación, en favor de toda la plantilla de la empresa, incluidos becarios y voluntariado y los que presten sus servicios mediante contratos de puesta a disposición.

La formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo su personal es otro contenido también destacable del art. 12.2 LOGILS.

2.3. Revisar los protocolos de acoso sexual

La actitud proactiva de la empresa en la prevención de cualquier comportamiento contrario a la libertad sexual y el protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo, son obligaciones que la empresa ha asumido y que, a partir de la aprobación de la LOGILS, han de ser revisados, para comprobar si cumple con lo legislado en esta norma sobre el acoso sexual laboral y por razón de sexo, en la medida en que dicha ley amplía el ámbito objetivo de las conductas incluyendo, además del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, otras conductas y comportamientos contrarios a la libertad sexual y a la integridad moral en el ámbito laboral, y contempla un apartado específico dedicado a las conductas de violencia digital (arts. 12.1 y .2 LOGILS).

2.4. Obligación de contemplar la violencia sexual en el marco del diseño y elaboración de los canales de denuncia internos

Se enfatiza la obligatoriedad de las empresas de adoptar un protocolo con el fin de prevenir y erradicar el acoso sexual y por razón de sexo, en el que se incluyan medidas adecuadas al respecto, dentro de las que se incorpora en virtud del art. 12.2 LOGILS, la de establecer procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que sus trabajadores decidan plantear relacionadas con las conductas de tipo sexual en la empresa, para comunicar hechos vulneradores de la libertad sexual a la dirección de la empresa.

2.5. Revisión de los sistemas de valoración de riesgos en los puestos de trabajo bajo la perspectiva de la violencia sexual

Dentro de la valoración de riesgos de los puestos de trabajo, se debe incluir la violencia sexual, para promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y demás comportamientos contra la libertad sexual y la integridad moral de la persona trabajadora (art. 12.2 LOGILS). Por tanto, se exige la revisión de los sistemas de valoración de riesgos en caso de que, con anterioridad a la LOGILS no hubiesen incorporado la violencia sexual dentro de la valoración de riesgos de los puestos de trabajo.

2.6. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual

Las empresas que formalicen contratos de interinidad, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Así se establece en el art. 38.3 LOGILS.

2.7. Derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales

De conformidad con el art. 38.1 LOGILS, y en los términos previstos en el TRET, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

Se protege a las víctimas de violencias sexuales frente a la situación de desempleo (art. 38.2 LOGILS), y ante las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales (art. 38.4 LOGILS).

Del mismo modo, se prevén medidas de protección en favor de las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a las que se considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en el TRLGSS, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta (art. 38.5 LOGILS).

V. LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO,
POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010,
DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (LOSSR)

1. Caracterización general y contexto

La LOSSR se inspira en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, que desarrollaron el concepto de salud sexual y reproductiva en clave de derechos y que han sido interpretadas por las Convenciones y los Comités de la ONU, disponiendo de este modo, un modelo protector de los derechos sexuales y reproductivos.

Entre las acciones de la Unión Europea, destaca la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres⁸², en la que la salud reproductiva y sexual es considerada como un componente esencial de la buena salud. En el Considerando C) se añade que los derechos a la salud, en particular a la salud reproductiva y sexual, son derechos fundamentales de las mujeres que deben reforzarse y no pueden, en modo alguno, ser debilitados ni retirados; que el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos es un elemento esencial de la dignidad humana y está intrínsecamente vinculado con la consecución de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género.

En el Considerando A) de la Resolución mencionada se afirma que “la salud reproductiva y sexual se define como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias, y que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana”.

A continuación, en el apartado 9, se pide que los Estados miembros establezcan estrategias eficaces y programas de control que garanticen el disfrute y el acceso universal a toda una gama de servicios de calidad y accesibles en el ámbito de la salud y los derechos sexuales y reproductivos conforme a las normas sanitarias in-

82 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html

ternacionales, sin que quepa opción a situaciones de discriminación, “con especial consideración a los grupos marginados, en particular, pero no exclusivamente, las mujeres de minorías étnicas, raciales y religiosas, las migrantes, las mujeres de zonas rurales o regiones ultraperiféricas en las que las limitaciones geográficas impidan tener acceso directo e inmediato a dichos servicios, las mujeres con discapacidad, las mujeres sin seguro de enfermedad, las personas LGBTI y las víctimas de la violencia sexual y de género”.

Por otro lado, la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, califica como una forma de violencia de género la denegación de acceso a la salud y los derechos sexuales y reproductivos. De ahí que, en su apartado 51, se pide a los Estados miembros que ejerzan su competencia en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, esforzándose por proteger, respetar y cumplir por completo los derechos humanos, en particular el derecho a la salud en lo que respecta a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y garanticen una amplia gama de servicios de salud sexual y reproductiva universal, como los tratamientos de fertilidad y los tratamientos de enfermedades genéticas por medio de la conservación de gametos, garantizando el respeto del principio de no regresión con arreglo al Derecho humanitario internacional, también para las personas que tengan que viajar para recibir tratamiento, como los residentes de zonas alejadas y regiones ultraperiféricas; condena todo intento de limitar el acceso a la salud y los derechos sexuales y reproductivos mediante leyes restrictivas.

En este contexto, la LOSSR mencionada pretende garantizar la vigencia efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En la misma se establece el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan en la salud durante la menstruación, así como de las bajas médicas habituales desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación. La LOSSR también avanza en la previsión de medidas para que los poderes públicos garanticen los derechos reproductivos.

2. Principales aspectos sociolaborales

Como contenidos normativos de Seguridad Social afectados por esta norma legal, destaca que, en su Disposición Final 3ª, esta Ley Orgánica procede a modificar el TRLGSS en su art. 169.1.a), dedicado a las situaciones de Incapacidad Temporal (en adelante, IT), para establecer tres nuevas situaciones especiales.

En concreto se trata de las siguientes situaciones especiales de IT:

- Menstruación incapacitante secundaria.
- Interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y se esté impedida para el trabajo.
- Y embarazo desde el primer día de la semana trigésimo-novena.

Conforme al art. 173 TRLGSS, sobre nacimiento y duración del derecho al subsidio, modificado por la Ley 1/2023, se dispone que:

- En la situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo.
- En la situación especial de incapacidad temporal por interrupción del embarazo, así como en la situación especial de gestación desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.
- No obstante, en la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse.

VI. LEY 4/2023, DE 28 DE FEBRERO,
PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS
Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS LGTBI (LEY LGTBI)

1. Caracterización general y contexto

Respecto de la Ley LGTBI, en el primer párrafo de la Exposición de Motivos se centra el objetivo de esta norma legal, que no es sino el de desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, “para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad”.

Después de recordar el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación como principio jurídico universal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el legislador fundamenta jurídicamente esta nueva norma legal en distintos documentos y recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, en las que se protege el derecho a la integración y la no discriminación de las personas LGTBI, como la del Consejo de Derechos Humanos, Resolución adoptada el 17 de

junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) titulada «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género» y otras adoptadas posteriormente.

En el ámbito comunitario, desde el Tratado de la Unión Europea se reconoce el principio de no discriminación, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual, y el Consejo de Europa está facultado para llevar a cabo acciones para luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual.

Descendiendo a nuestro ámbito jurídico interno, nos remitimos a las consideraciones que hemos realizado con anterioridad relativas al principio de igualdad y no discriminación y al mandato a los poderes públicos para remover los obstáculos que impidan una igualdad y no discriminación reales y efectivas. En este sentido, se han aprobado en los últimos tiempos diversas normas jurídicas, como, por ejemplo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, equiparándolo al matrimonio entre personas de diferente sexo; y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, entre otras.

2. Principales aspectos sociolaborales

2.1. Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral

Se prohíbe que las Administraciones públicas discriminen por razón de las causas previstas en la ley, cuando elaboren sus políticas de empleo, de formación profesional; se exige que aquéllas lleven a cabo campañas divulgativas sobre la igualdad de trato y de oportunidades y de no discriminación de las personas LGTBI, fomenten la implantación progresiva de indicadores de igualdad que tengan en cuenta a las personas LGTBI en el ámbito tanto público como privado, así como la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI.

Por otro lado, se llama a la negociación colectiva para que incluya cláusulas de promoción de la diversidad y que establezca procedimientos para eliminar y corregir y dar cauce a las denuncias por discriminación de las personas LGTBI.

Se recuerda la encomienda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de su labor de velar por el cumplimiento de esta norma legal en el ámbito laboral, así como que se promocionen medidas de no discriminación cuando se convoquen subvenciones de fomento del empleo.

Por último, en el art. 14 Ley LGTBI se prevé que se impulse la adopción de medidas como la elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones públicas y en las empresas que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

2.2. Igualdad y no discriminación LGTBI en las empresas

En virtud de lo dispuesto en el art. 15 Ley LGTBI, las empresas con más de cincuenta personas trabajadoras disponen de 12 meses desde la entrada en vigor de la citada ley, para establecer -mediante la negociación colectiva- las medidas y acciones que fomenten la igualdad real y efectiva, incluyendo los protocolos de actuación frente al acoso o la violencia a las personas LGTBI.

El Consejo de Participación de las personas LGTBI difundirá las buenas prácticas empresariales al respecto.

2.3. Fomento del empleo de las personas trans

El Ministerio de Trabajo y Economía Social asume la obligación de disponer medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo (art. 54 Ley LGTBI).

2.4. Integración sociolaboral de las personas trans

Para impulsar la integración sociolaboral de las personas trans, el art. 55 Ley LGTBI prevé que las Administraciones realicen campañas de concienciación en el ámbito laboral, con medidas favorecedoras de su integración sociolaboral; ofrezcan subvenciones que fomenten la contratación de personas trans desempleadas y cuantifiquen la evolución de su situación laboral.

VII. APUNTE FINAL

Al desarrollo de los contenidos laborales mencionados se ha dedicado cada uno de los capítulos de esta obra colectiva, correspondientes a las ponencias de la III Jornada de Investigación del Grupo de Alto Rendimiento de investigación en rela-

ciones laborales y protección social de la Universidad Rey Juan Carlos, por lo que no corresponde en este momento incurrir en reiteraciones.

Sí puede resultar conveniente realizar una reflexión en torno a dichos textos analizados, en razón al punto en común que se indicó al inicio de este capítulo, que no es otro sino el de la situación en la que se encuentran los colectivos a los que van enfocados, situaciones de vulnerabilidad respecto de alguno de sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la igualdad y a la no discriminación y, en definitiva, el de su dignidad. La LOPIVI se enfoca a la infancia y la adolescencia, la LOGILS se centra en la garantía de la libertad sexual para todas las personas; y la LITND, la LOSSR y Ley LGTBI buscan promover la igualdad y prevenir la discriminación en todos los ámbitos.

Con frecuencia, la exclusión social se hace patente ante situaciones de vulnerabilidad y suele definirse como aquel conjunto de complejos procesos sociales, económicos y culturales que impiden o hacen difícil que la persona se pueda desarrollar dentro de una sociedad. Estamos ante un concepto dinámico, con factores de riesgo que van cambiando al tiempo que cambian las circunstancias económicas, sociales y culturales, generándose nuevas circunstancias desfavorables para los mismos o nuevos colectivos vulnerables.

Las situaciones vulneradoras de la dignidad de la persona pueden provenir tanto de actitudes activas como de otras, pasivas, pero, en uno y otro caso, suponen el ataque a ese derecho fundamental, la dignidad, que constituye uno de los pilares sobre los que gravitan los demás y el propio Estado de bienestar⁸³.

En este sentido, a mitad de recorrido de la fecha límite para la Agenda 2030, según el Informe de Progreso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS), Edición especial, más de la mitad del mundo se está quedando atrás, en la medida en que los avances para más del 50 % de las metas de los ODS son débiles e insuficientes⁸⁴, y el 30 % no han avanzado, sino que están estancados o han retrocedido. Teniendo en cuenta que los ODS son la “hoja de ruta” universalmente pactada con la finalidad de reducir las divisiones económicas y geopolíticas y con la finalidad de recuperar la solidaridad, se colige que la falta de progreso en los ODS supone seguir profundizando en las desigualdades y en un mundo que funciona desde el punto de vista geopolítico y económico a dos velocidades distintas.

“Si no actuamos ahora, la Agenda 2030 podría convertirse en el epitafio del mundo que podría haber sido.” Así reza el final del primer párrafo del Prólogo del

83 MONTROYA MELGAR, A.: “Prólogo”, en la obra colectiva (QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., MATEOS DE CABO, O. I. (Dirs. y coords.): *Instrumentos jurídico-laborales de prevención y solución de la exclusión social en el Estado social y democrático de Derecho. Estudio comparado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pág. 17.

84 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/>

Informe de Progreso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023, firmado por António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas⁸⁵.

Deseamos que el estudio crítico de las cinco leyes mencionadas permita conocer sus fortalezas y carencias, para determinar qué mejoras se pueden mantener y qué contenidos han de ser modificados. Esperamos que esta obra aporte un granito más de arena, que se sume al esfuerzo común por avanzar en el camino hacia una igualdad e inclusión social de calidad.

85 Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023, pág. 2. *chrome-extension://efaid-nbmnnibpcajpcglcfindmkaj/https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023_Spanish.pdf?_gl=1*_lcdp0k*_ga*Njk5ODU0NTU4LjE2OTYzNTUyNTE.*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY5NjM1NTI1MS4xLjEuMTY5NjM1NTI2OS4wLjAuMA.*

Capítulo II.

Supervisión de la contratación de los centros educativos

Duro Carrión, S.

Doctora en Derecho Constitucional. Profesora Ayudante Doctor Acreditada ANECA. Abogada Colegio Abogacía Madrid. Profesora Ayudante Doctora en la UNED

DOI: <https://doi.org/10.14679/3719>

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes y contexto normativo. III. Principios y derechos en liza. IV. De la organización educativa, los protocolos de actuación y el coordinador/a de bienestar y protección. V. De la supervisión de la contratación de los centros educativos. VI. De la formación en seguridad y responsabilidad digital. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hacemos referencia a las personas menores de edad como personas integradas en lo que puede denominarse colectivo especialmente vulnerable, esta afirmación nos conduce a vislumbrar una doble proyección.

En primer lugar, la falta de madurez física, psicológica y social que justifica una especial protección y específicos cuidados. Un estado de especial de vulnerabilidad de los menores de edad consecuencia no solo de que aún no ha desarrollado su estado físico y psicológico, sino que además esta persona es apenas un “proyecto de vida”. De este modo, lo que acontezca en su futuro inmediato será la base sobre la que se levante el futuro ciudadano “de bien”. Será la base sobre la que se construya su propia identidad, su autoestima y su personalidad.

En segundo lugar, atendiendo a una segunda perspectiva, y sin perjuicio de lo anterior, la situación jurídica de los menores como personas sin capacidad de obrar, los sitúa en condiciones básicamente de indefensión respecto de aquellas decisiones que pudieran llegar a tomar sus tutores o el Estado¹.

1 CONTRERAS LÓPEZ, REBECA ELIZABETH y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL: “El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos” en Revista

Respecto al primero de los planteamientos, en múltiples ocasiones, los medios de comunicación publican noticias sobre algún tipo de suceso relacionado con el maltrato infantil en los distintos ámbitos de nuestra sociedad. Sin duda, la profunda crisis económica actual se proyecta, sin justificarlo, en las diversas formas de violencia sobre los colectivos más vulnerables. Los profesionales de los diferentes ámbitos coinciden en las consecuencias gravísimas que este tipo de situaciones en las primeras etapas de formación de la personalidad, generan en la persona y en su identidad.

En esta línea, toda acción no accidental y que pueda comportar cualquier forma de abuso emocional, físico o sexual o cualquier forma de descuido emocional o físico hacia un menor de dieciocho años, y que pueda ser realizada bien por su progenitor o bien por cualquier otra persona o incluso cualquier institución, implica una amenaza en el adecuado desarrollo integral del niño y constituirá en consecuencia, una forma de maltrato infantil².

La tutela de los derechos del menor de edad es una exigencia que se encuentra recogida en los principales textos internacionales y comunitarios en materia de protección de los derechos humanos fundamentales. No obstante, la Convención de los Derechos del Niño ha supuesto un cambio de modelo del sistema de protección de la infancia y la adolescencia al pasar a considerar a los menores de edad como sujetos de derechos.

En su artículo 19, la Convención ha definido expresamente el maltrato infantil como “Toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Desde una perspectiva de protección integral por parte de la Convención, todos los Estados Parte se encuentran vinculados a adoptar todas aquellas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger y tutelar los derechos del niño de acuerdo con lo establecido en el mismo artículo 19.

La ley objeto de este estudio, LOPIVI, como proyección de la referida Convención y en cumplimiento de esta obligación estatal, desde una perspectiva multidisciplinar, persigue como objetivo una tutela integral de todos los derechos del menor en los diferentes ámbitos de nuestra sociedad.

La protección de las personas menores de edad se constituye una obligación prioritaria de los poderes públicos de acuerdo con lo establecido igualmente en el artículo 39 de nuestra Carta Magna, así como en diversos tratados internacionales.

Letras Jurídicas, nº. 40, Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad. Veracruz, México. 2019. Pág. 179

2 BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ C.: “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. Septiembre 2012. Pág. 47

Si bien esta ley presenta una perspectiva integral, la educación se sitúa como ámbito preferente y entre los primeros factores o elementos, que como prioritarios, podemos decir generan a cierto plazo, un resultado social en un sentido u otro, positivo o negativo. Es por ello por lo que, por tanto, la ley contempla la tutela de los derechos del menor en el ámbito educativo como prioridad esencial.

La motivación del legislador para poner énfasis especial en el ámbito educativo no es más que atender a ambas perspectivas y especialmente a la segunda de ellas en cuanto a la vulnerabilidad del menor que deviene de su propia situación jurídica como personas que ostentan capacidad jurídica pero no capacidad de obrar y, por tanto, se hallan en condiciones de indefensión respecto d aquellas decisiones de tutores o incluso, podría ser de aquellas decisiones que puedan adoptar poderes públicos o el Estado.

Hablábamos de proyecto de vida y efectivamente, la formación del juicio del individuo, así como la formación de la conciencia de la persona, aún no se ha conformado. Se sitúan ambas en este periodo de educación del menor, en esa etapa educativa en el que se fijan los criterios y creencias, los valores conforme a los que en un futuro ejercerá sus libertades y se relacionará con su entorno y con los demás.

Los primeros hitos en la formación y sus primeros pasos hacia madurez como persona se producen en esta etapa escolar. En ella el menor se encuentra en un momento inicial de tránsito, caminando hacia la madurez y, por tanto, aún en esta etapa no tiene la preparación ni la formación suficiente para discernir criterios ni para adoptar ni tomar decisiones. De ahí su especial vulnerabilidad.

Es por ello por lo que el derecho a la educación, como derecho básico que conduce a la igualdad y la justicia, debe realizarse en un sistema educativo presidido por la libertad y el pluralismo, de modo que el ejercicio del derecho a esta prestación se articule a través de un sistema de libertad de enseñanza.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO NORMATIVO

En una perspectiva multinivel, diferentes regulaciones tanto en el ámbito internacional, como en el derecho de la UE, en el seno del Consejo de Europa o en el ámbito del ordenamiento español abordan la protección del menor, como colectivo especialmente vulnerable que requiere de la protección y la tutela de sus derechos.

Diversos textos internacionales promueven la protección especial que merece el menor. Desde el primer texto internacional que específicamente aborda los derechos del niño en la historia de los Derechos Humanos, en concreto, la Declaración de Ginebra de 1924 aprobada por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones

en 1934, posteriormente otros textos, atendiendo a la falta de madurez física y mental del menor, alientan también la misma necesidad de protección legal del niño tanto antes como después del nacimiento. Entre otros, la posterior Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en sus artículos 23 y 24, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, en su artículo 10.

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n.º 182 de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, o el Estatuto de Roma, juegan igualmente un papel esencial en la tutela y protección del menor en el ámbito internacional.

No obstante, la Convención sobre los Derechos del Niño, (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990) y sus Protocolos facultativos (Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía y Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones) constituyen la principal referencia normativa internacional que ha impulsado la protección del menor como sujeto titular de derechos.

Este tratado internacional de derechos humanos, resultado del grupo de trabajo creado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ante las injusticias infantiles y la necesidad de una declaración global sobre los derechos del niño vinculante en virtud del derecho internacional, ha sido avalado y ratificado prácticamente por la totalidad de Estados de la comunidad internacional. Se configura, por tanto, como el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia y de carácter obligatorio para los Estados firmantes que, reclamando la tutela de los derechos del menor como prioritaria a nivel global, viene a delimitar un extenso marco de protección de los derechos del menor mundialmente reconocido.

Los derechos de la infancia recogidos vinculan a todos los Estados parte, incluida España, de modo que tanto instituciones, autoridades o tribunales deberán considerar y tener en cuenta el interés del menor como premisa destacada en todas aquellas decisiones que valoren adoptar, de acuerdo con el artículo 3.1, y ello bajo la supervisión del Comité de los Derechos del Niño, principal mecanismo de control y supervisión reconocido en este ámbito a nivel internacional cuyo objetivo es velar por el respeto de la citada Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos.

También el Consejo de Europa, como organización internacional cuyos objetivos principales son promover la democracia, el Estado de derecho en Europa y en el

mundo y la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, en su ánimo de apelar a todos los Estados miembros a eliminar toda forma de castigo físico sobre la infancia, ha venido articulando determinados convenios internacionales cuyo fin es garantizar la protección de los derechos de los menores de edad.

El Convenio de Lanzarote para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, en vigor en España desde el 1 de diciembre de 2010, centra su objetivo en la protección del menor y como el importante avance que implica en la prevención de delitos sexuales contra menores, la persecución penal de sus autores y la protección de los niños víctimas de aquéllos, fomenta toda actuación en favor del interés superior del menor en todo momento, el respeto de los derechos del menor sus opiniones y necesidades.

Del mismo modo, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, en vigor en España desde 1 de agosto de 2009, en el contexto de favorecer la adecuada integración de la inmigración legal y la lucha contra la trata de seres humanos, persigue como objetivo esencial la protección de colectivos vulnerables, especialmente de mujeres y niños, que provienen de terceros países.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001, en vigor en España desde 1 de octubre de 2010, alienta la cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia al tiempo que juega igualmente un papel destacado en la defensa y tutela de los derechos del menor abordando específicamente en su artículo 9 los delitos relacionados con la pornografía infantil.

A nivel europeo, ya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, reconocía ya al menor como titular de derechos y en su artículo 24, la especial consideración del interés superior del menor por parte de las autoridades y las instituciones privadas.

El Tratado de Lisboa, en vigor desde diciembre de 2009 y otorgando a la Carta el mismo carácter vinculante que los tratados constitutivos, expresamente alude también como objetivo prioritario de la Unión Europea, a la protección del menor y la tutela de los derechos del niño.

Otras normativas europeas como la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexuales de los menores y la pornografía infantil, con el mismo objetivo de tutelar los derechos del menor, insta a los Estados de la UE a adoptar las medidas necesarias para luchar contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil.

En la misma línea, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, pretende entre otros fines, luchar contra la pornografía infantil y el abuso sexual de menores.

Adicionalmente, entre estas normativas europeas, no podemos dejar de mencionar la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, o la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

En el ámbito de la protección de datos y privacidad, debemos subrayar como normativa europea que también contempla en parte de su articulado la tutela de estos derechos del menor, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, reglamento que deroga la Directiva 95/46/CE con el ánimo de armonizar a nivel europeo una normativa vinculante para todos los Estados miembros, que refuerce el control del titular sobre sus datos personales.

La protección de los derechos del niño en Internet es también objeto de otras normativas europeas que se han ocupado también de este tema y entre ellas, la Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación o el Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

En definitiva, tanto normativa internacional como europea han venido reconociendo al menor como titular pleno de todos los derechos humanos y fundamentales y por este motivo, también destinatarios de determinadas normas específicas ante sus intereses y necesidades particulares.

Este reconocimiento internacional no es sino consecuencia de la estrecha relación de los derechos humanos con la dignidad humana, en el sentido que este respeto a la dignidad del hombre permite a la persona vivir libre y con dignidad y en el pleno desarrollo de su personalidad³ y a nivel general, con el correcto desarrollo de nuestra sociedad.

Los derechos humanos, como facultades e instituciones que detallan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, deben ser reconocidas en el derecho positivo a nivel nacional e internacional⁴.

3 POLO, LUIS F.: *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, 3ª ed., Grandez Ediciones, Lima, 2013. pág. 46.

4 PÉREZ LUÑO, ANTONIO E.: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 233.

Adicionalmente, la necesidad de asumir los compromisos internacionales contraídos por parte de nuestro Estado español junto a una reiterada petición del Comité de Derechos del Niño a España en 2018 sobre la necesidad de aprobación de una ley integral sobre la violencia contra menores, en nuestro ordenamiento jurídico interno, ha desembocado en la aprobación de la LOPIVI.

El menor de edad es también reconocido como titular de todos los derechos fundamentales otorgados en nuestra Carta Magna, y si bien toma especial relevancia en relación con los derechos de la personalidad.

En el desarrollo de estos últimos, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor, ya reconocía en su artículo 4.1 que la titularidad de los menores del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Desde esta Ley 1/1996, diversas normativas han realizado varias modificaciones tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Civil o en la Ley Orgánica del poder Judicial, todo ello con el fin de actualizar la protección y tutela de los derechos del menor en nuestro ordenamiento jurídico español, derechos que se han visto ampliados con la ley objeto de este estudio, LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia.

Igualmente, otras normativas en nuestro ordenamiento jurídico interno dedican una atención especial a los menores de edad y a la protección de su privacidad como sucede en la Ley orgánica 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales.

III. PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LIZA

Antes de abordar la supervisión en la contratación por centros educativos, conviene detenernos en uno de los artículos que le precede, el artículo 30 LOPIVI, referido a los principios generales que rigen en el ámbito educativo, como disposición de carácter básico sobre educación que encuadrada en las competencias del Estado.

Este primer artículo 30 del capítulo IV, centrado en el ámbito educativo, establece como principio que ha de regir este sistema el respeto mutuo de todos los miembros de la comunidad educativa con el fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de niños y adolescentes.

Avanzamos en una sociedad progresivamente más plural, con múltiples concepciones de la realidad, en la que la pluralidad ideológica, la diversidad de convicciones y creencias de todo tipo, es una realidad incuestionable.

Vivimos en una sociedad plural y diversa y precisamente este pluralismo constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia “a través del que se pretende realizar el ideal de la sociedad como una comunidad de hombres libres”.

Recordemos que este pluralismo es consagrado como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y merece la máxima protección en su vertiente institucional⁵.

No obstante, este carácter plural de las sociedades occidentales no se limita a lo que denominamos pluralismo social entendido como la existencia de una multiplicidad de grupos sociales, sino que se constituye además como un pluralismo ético o pluralismo valorativo en cuanto que hace referencia a su extensión a las diversas concepciones del hombre, el mundo y la sociedad.

La pluralidad de intereses en juego y esta diversidad de derechos de los diferentes sujetos intervinientes en el ámbito educativo (empresario educativo, docentes, padres, alumnos, personal de administración y servicios) ha de que quedar garantizada y surge entonces la necesidad de definir los límites hasta los que cada uno de los sujetos puede llegar a ejercitar sus respectivos derechos, ponderándolos y alcanzando el necesario equilibrio que garantice el contenido esencial de cada uno de ellos.

En un doble carácter de los derechos fundamentales se advierten, por una parte, como derechos subjetivos, derechos de los individuos o ciudadanos puesto que garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, y por otra parte, como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional como marco de una convivencia humana justa y pacífica, de acuerdo al artículo 1.1 de nuestra Constitución.

Los derechos fundamentales, como aquellos que pertenecen al hombre por su propia naturaleza y como condición inherente a su dignidad, atienden a una doble naturaleza que recoge expresamente el artículo 10.1 de la Constitución “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

Este artículo 10 CE tiene un gran valor jurídico toda vez que esos principios y valores se concretan positivizándose de forma inequívoca en una norma imperativa la cual sirve de soporte y eje a todos los derechos fundamentales de modo que resulta necesario encontrar la fórmula para armonizar y modular, por tanto, estos derechos e intereses en conflicto de todos los intervinientes en este plano educativo, de manera que la balanza no termine inclinándose siempre hacia el mismo lado.

Si bien son necesarios como venimos diciendo, límites generales en el ejercicio de todos los derechos en cuanto a ese mantenimiento del orden público y la paz social que reconoce el artículo 10.1 CE, la protección a la infancia y la adolescencia

5 DURO CARRIÓN, SUSANA: “La empresa ideológica: relación laboral y derechos fundamentales” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Número 56. Editorial Iustel, ISSN 1696-9626. Julio, 2020. Págs. 164 – 167.

se configura en el artículo 20.4 de nuestra Constitución como límite extrínseco a los derechos fundamentales de ese mismo artículo 20, límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico y contemplados de forma explícita en nuestra propia Carta Magna.

El artículo 10 CE, además de ser punto de referencia obligatorio en nuestra Constitución para la labor interpretativa constitucional y punto de conexión entre el Preámbulo y el Título preliminar con el resto del Título I, en su primer apartado integra los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que enuncian el Preámbulo y los artículos 1 y 9 CE mediante la referencia a la dignidad de la persona, a sus derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad⁶. Estos valores superiores de libertad, igualdad y pluralismo, proclamados por nuestra Constitución, establecen un régimen de libertades individuales del ciudadano.

En relación con la protección a la infancia y la adolescencia, no podemos dejar de hacer referencia el interés superior del menor al que se refieren, además de las disposiciones del Código Civil relacionadas con la guarda y acogimiento de menores y la Ley de Enjuiciamiento Civil, al artículo 3.1 del Convenio de los Derechos del niño de 1989 y al artículo 2.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor.

Expresamente establece este último que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, quedando además configurado en esta norma como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos de acuerdo con el artículo 11.2 de la misma.

La importancia de estos preceptos es indiscutible desde el momento en que disponen que, el interés superior del menor deberá anteponerse ante cualquier acto concerniente a menores.

Si bien podríamos considerar que esta fórmula de concepto jurídico indeterminado ofrece como ventaja que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible para valorar, no es menos cierto que como inconveniente, abre la posibilidad que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva, con la consiguiente inseguridad jurídica⁷.

Es por ello por lo que la consideración del concepto de interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado conduce necesariamente a la necesidad de claridad en este concepto y por tanto, a aquella consideración en que todas aquellas decisiones que afecten al menor deben venir justificadas por el interés más necesitado de protección, debiendo someterse a juicio de ponderación en cada caso y circunstancias concretas. El interés superior del menor deberá anteponerse frente al

6 BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ C., *op. cit.*, Pág. 53 – 55.

7 BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ C., *op. cit.*, Pág. 51.

resto de intereses en juego que puedan mediar en la toma de una determinada decisión concerniente al menor de edad y que será siempre aquella decisión que resulte más respetuosa con lo que conviene al menor en cada caso concreto⁸.

Como establece la propia LOPIVI, en su artículo 30, en este contexto se trata de establecer un marco educativo que garantice la igualdad y la promoción de todos sus derechos fundamentales y libertades públicas, y una educación que incluya su participación, el respeto a los demás, a su dignidad y sus derechos.

Históricamente la enseñanza se ha entendido en múltiples ocasiones más como un deber que como un derecho y así la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recoge en el capítulo dedicado a los deberes que toda persona tiene, el deber de adquirir a lo menos instrucción primaria⁹.

La educación como instrumento imprescindible para la libertad, aparece consagrada en nuestro texto constitucional no solo como un derecho fundamental de prestación sino también como un deber constitucional y en concreto, de acuerdo con la redacción del artículo 27.2 CE, se concibe como el más apropiado instrumento para garantizar una formación integral, el pleno y libre desarrollo de la personalidad humana.

Es por ello por lo que la enseñanza obligatoria se configura al servicio del pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo.

De este modo, mientras el artículo 9.1 CE se dirige claramente al ámbito jurídico, el apartado 2 del mismo precepto reclama una función social. Engarza este 9.2 CE con el Estado social al formular una cláusula de progreso que señala dos grandes pilares del Estado liberal, en concreto la libertad y la igualdad promovidos por los poderes públicos por expresa orden del constituyente de manera que han de ser promovidos por el propio legislador y el ejercicio colectivo de esas libertades deberá ser promovido por los poderes públicos. Corresponde, por tanto, "...a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas, y remover los obstáculos".

Los poderes públicos podrán adoptar medidas de acción positiva por razón de causas establecidas legalmente e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares considerándose acciones positivas todas aquellas diferencias de trato orientadas a com-

8 BRION BERDOTE, ESTELA: "La fragilidad del derecho fundamental a la protección de datos personales del menor ante la exposición de su vida personal y familiar en la red: De la necesidad de nuevos mecanismos y garantías legales" en *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público*, núm. 70. Universidad de Deusto. Julio-diciembre 2022. Pág. 58 - 59.

9 REGUEIRO GARCÍA, M.T.: "La libertad de cátedra en el ordenamiento español" en *Revista Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 1994. Pág. 185.

pensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social¹⁰.

IV. DE LA ORGANIZACIÓN EDUCATIVA, LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y EL COORDINADOR/A DE BIENESTAR Y PROTECCIÓN

Si atendemos a una perspectiva competencial sobre nuestra organización territorial descentralizada, la primera cuestión que pivota entorno a estas disposiciones es la posibilidad de que el Estado en determinados momentos y por variadas razones, puede llegar a incidir en materias y sectores en los que las Comunidades Autónomas son quienes tienen competencia para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales. Se trata no del cumplimiento de estos, sino de límites en cuanto a potenciales conflictos de competencia.

Por tanto, en estas disposiciones nos movemos en el terreno de la amplia asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia educativa y los continuos conflictos de competencias con el Estado en este ámbito.

La regulación que ofrece esta disposición nos conduce a plantear hasta qué punto, al igual que sucede con otras disposiciones de la norma, responden correctamente a una adecuación competencial.

Por una parte, habría que considerar que no se trata del detalle o los contenidos concretos sino en qué medida la regulación agota o no, la regulación de la materia y puede dejar o no, margen a las Comunidades Autónomas para su desarrollo.

El artículo 34 de la norma, establece que las administraciones educativas regularán los protocolos de actuación contra el abuso y el maltrato, el acoso escolar, ciberacoso, y demás manifestaciones de violencia contra los menores. Señala este artículo que estos protocolos deben incluir, entre otros aspectos, determinados contenidos dejando un margen para su desarrollo posterior e incorporar nuevos aspectos. Es por ello por lo que procede considerar se encuentra dentro de la legislación básica en materia de educación y por tanto, competencia del Estado.

Lo mismo sucede en relación con la Coordinación de bienestar y protección del artículo 35 de la misma norma, en cuanto que establece expresamente que serán las administraciones educativas competentes quienes determinarán los requisitos y funciones que debe desempeñar el Coordinador o Coordinadora de bienestar y pro-

10 SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Apuntes para contextualizar la Ley 15/2022” en *Una visión transversal del derecho a la igualdad Ley 15/2022, de 12 de julio*. Editorial Sepin. Madrid, 2023. Pág. 36.

tección e igualmente, serán quienes deberán determinar si estas funciones han de ser desempeñadas por personal ya existente en el centro escolar o por el contrario, deben ser desarrolladas por nuevo personal.

La cuestión parece complicarse en el artículo 31 de la misma norma. Bajo este título “organización educativa” encontramos en esta disposición, un desarrollo normativo en principio, vedado al Estado desde el momento en que estas competencias fueron asumidas por las Comunidades Autónomas. La imposición a los centros de determinadas actuaciones enmarcadas en la elaboración de un determinado plan de convivencia encaminado a la adquisición de habilidades, sensibilización y formación, la promoción del buen trato y resolución pacífica de conflictos o igualmente, la imposición establecida en el mismo artículo a las administraciones educativas de la obligación de velar por el cumplimiento y aplicación de los principios contenidos en la ley, plantean serias dudas en cuanto a que efectivamente pueda no corresponder al Estado, sino ser competencia de las Comunidades Autónomas¹¹.

En esta línea, a la hora de valorar quien legisla sobre la materia no estamos ante una cuestión de jerarquía normativa, sino ante una cuestión de competencia, en la que habría que diferenciar la competencia para dictar legislación sobre protección de la infancia y la competencia para adoptar las medidas protectoras concretas, competencias que no tienen por qué corresponder al mismo nivel territorial.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para ello, salvo en lo que es orgánico y en lo que sea aplicable la legislación civil al amparo del 149.1. 8.ª CE (salvo que exista Derecho Civil Foral o Especial), cuestión que, sin duda, implica una importante aproximación de las instituciones de protección en los distintos territorios que debe coexistir con la autonomía propia de los entes políticos autonómicos¹².

La disposición final decimoctava de la LOPIVI, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, recuerda las competencias estatales en materia de infancia y adolescencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1, 1ª, 2ª y 18ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y sin perjuicio de las competencias que puedan ostentar las comunidades autónomas, en virtud de los Estatutos de Autonomía. Y continúa la disposición afirmando que

11 SÁNCHEZ BARROSO, BORJA: “La protección a la infancia y la adolescencia desde un punto de vista competencial: Evolución y límites tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio” en *Revista de Derecho Político*, núm. 114. Madrid. Mayo – agosto 2022. Pág. 159 – 172.

12 MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: “Distribución territorial de competencias en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia en España: el encuadre normativo de la pobreza infantil en nuestra legislación” en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 98. Editorial del suprimido Ministerio de Hacienda y Función Pública. Editada por el Ministerio de Hacienda. Madrid, 2020. Pág. 113 – 116.

los Estatutos de Autonomía forman parte del cuerpo constitucional, que deberá respetarse, en cualquier caso. Contrariamente a lo indicado en esta disposición de la ley, los Estatutos de Autonomía no son parte del cuerpo constitucional, ni pueden influir en la interpretación de las competencias estatales, que solo la Constitución configura¹³.

Sin perjuicio de todo lo anterior, ello no obsta para que las Comunidades Autónomas se encuentren también obligadas al cumplimiento de lo dispuesto en los tratados internacionales. La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de 2014 prescribe que todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado (incluidas las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales) deben respetar y velar por su adecuado cumplimiento.

Así, en relación podemos traer aquí a colación el artículo 11 de esta misma ley que establece la garantía por parte de los poderes públicos para que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad. En esta misma línea el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, recoge este mismo derecho de las víctimas a ser escuchadas como derecho que posee todo menor de ser escuchado y de que las necesidades que el observa sean atendidas, en la medida en que el menor sea consciente de la situación.

El cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño y otros textos internacionales que vinculan a España, como aquellos comunitarios o del Consejo de Europa, conduce necesariamente una reforma que convendría hacer de muchas de las leyes autonómicas actualmente vigentes y sin perjuicio, que adicionalmente deban también permanecer adecuadas igualmente en todo momento al contenido de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor¹⁴.

Por otra parte, y también en relación con la organización educativa de los centros docentes, el precepto en cuestión parece querer apuntar y poner sobre la mesa en cierto modo, alguna competencia relativa a la capacidad de autogestión y dirección de los centros educativos.

Conviene traer a colación lo establecido en el artículo 13, apartado 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto que en relación al derecho a la educación orientado siempre hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y sentido de su dignidad, y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, señala expresamente que “Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

13 SÁNCHEZ BARROSO, BORJA, *op. cit.*, Pág. 156. STC 18/1982, de 4 de mayo.

14 MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, *op. cit.*, Pág. 113 – 116.

El artículo 27 de nuestra Constitución, relativo al derecho a la educación y la libertad de enseñanza, fue redactado en el debate constituyente del 78 partiendo de dos posiciones enfrentadas sobre la materia: libertad de enseñanza o pluralismo escolar versus escuela pública y única, aunque pluralista.

Por una parte, los partidos de centro y derecha que, durante los debates constituyentes, abogaban por un modelo basado en un pluralismo escolar más externo que interno, defendían regular constitucionalmente la libertad de enseñanza incorporando a nuestro ordenamiento el derecho a crear y dirigir centros libremente, el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el deber del Estado de financiar el derecho a la educación de acuerdo con el principio de igualdad.

En la postura contraria, se encontraban los que abogaban por una escuela pública única como instrumento para asegurar la educación de todos en condiciones de igualdad y con esquemas organizativos de autogestión y participación paritaria de la Administración, profesores, padres, alumnos y personal no docente¹⁵.

El apartado 2 del artículo 10 CE es decisivo a la hora de interpretar el artículo 27 de nuestra Carta Magna, artículo que por los motivos señalados adolece de cierta ambigüedad en su redacción.

El valor hermenéutico que este artículo 10.2 CE otorga a los textos internacionales en materia de derechos humanos, convierte en decisivo el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶ a la hora de sostener que el derecho a la creación y dirección de centros docentes es un derecho derivado del principio de libertad de enseñanza, extendiéndose a cualquier enseñanza y cualquier nivel¹⁷.

V. DE LA SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

La obligación que la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 4, impone a los Estado de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas para dar efectividad a los derechos del menor reconocidos en ella se fundamenta en la condición del niño como titular de derechos.

15 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSE LUIS: “La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)” en *Revista Persona y Derecho* n.º. 6. Universidad de Navarra. 1979. Págs. 217.

16 NUEVO LOPEZ, PABLO: *La Constitución educativa del pluralismo*. Editorial Netbiblo. La Coruña, 2009. Pág. 183.

17 REGUEIRO GARCÍA, M.T., *op. cit.* Pág. 196.

Ese alcance de protección tan amplio como sea posible implica la protección de todos los derechos de todos los niños y no solo sus necesidades materiales, por medio de medidas tantas normativas, administrativas, políticas, presupuestarias, estadísticas, entre otras y por parte de todos los miembros y poderes de la sociedad, de modo que se configure un auténtico sistema de protección.

Esta protección del menor encuentra su esencia en la condición del menor como sujeto de derechos y por tanto, como titulares de los derechos humanos, han de poder participar activamente en todo aquello que les afecte siempre de acuerdo con su madurez y progresiva autonomía.

Para ello deberán poder contar con todo el apoyo institucional del Estado, la sociedad civil, y profesionales de servicios educativos, sanitarios, policiales, sociales y las propias familias.

Esta obligación de los Estados se proyecta, por tanto, como una garantía para el disfrute y el ejercicio de los derechos por parte del menor. Y es en este contexto y en este sistema de protección en que el propio Comité comprende la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados¹⁸.

En nuestra Constitución española, mientras el derecho a la educación es un derecho fundamental que implica la posición jurídica del titular de la facultad de exigir ese bien, la libertad de enseñanza es una libertad pública referida al derecho de educar o enseñar¹⁹.

La libertad de enseñanza constituye un principio básico constitucional cuya proyección sobre la totalidad de los actores jurídicos del proceso educativo, configura determinados derechos públicos subjetivos que pueden concretarse, desde un punto de vista activo, en la libertad de educación, predicable respecto a los profesores como libertad de expresión docente, libertad de cátedra y participación en la gestión de centros. También respecto a los titulares de los centros en cuanto ostentan la libertad de creación de centros docentes, incluyendo el derecho a su dirección y a dotarlos de ideario propio.

Desde un punto de vista pasivo, se manifiesta la libertad de enseñanza respecto a los padres y su derecho a elegir la educación que desean para sus hijos tanto respecto al centro educativo, como la formación religiosa o no, y respecto a los hijos en cuanto al derecho al estudio y en el derecho a recibir instrucción, ser instruidos.

Mas allá de estos derechos fundamentales, nuestra Carta Magna en su artículo 39.4, establece entre los principios rectores de la política social y económica, como

18 MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, *op. cit.*, pág. 112 – 113.

19 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, pág. 234.

obligación de los poderes públicos, la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El artículo 32, pone un especial énfasis en la competencia de las administraciones educativas y las personas que ostenten la dirección y titularidad de todos los centros educativos en materia de supervisión de la seguridad en la contratación de personal y control sobre la aportación de los certificados obligatorios.

Se da la circunstancia que, en materia de protección de los derechos del menor, sin embargo, nuestra Constitución no concreta quienes son los poderes públicos competentes para garantizar estos derechos ni la protección de la infancia y la juventud. A la vista del marco constitucional, la protección de la infancia y la adolescencia no tendría desde el punto de vista competencial, una sustantividad propia, sino que solo existiría un concepto asociado a otras materias o sectores.

El Título VIII de nuestra Constitución y el marco general de competencias no responde a esta cuestión dado que los artículos 148 y 149 CE, en el listado de competencias asumibles por las Comunidades Autónomas y el listado de competencias exclusivas del Estado, no aluden en ningún momento a la protección de la infancia y la juventud. Estos artículos solo aluden a materias y ámbitos generales que puedan tener una incidencia indirecta en la protección de los menores tales como deporte, ocio, asistencia, social, sanidad o higiene²⁰.

Será el concepto de asistencia social el utilizado como punto de partida y habilitación competencial a las Comunidades Autónomas para regular el sistema de protección de menores. Dicho título competencial aparece recogido en el artículo 148.1.20 CE y fue asumido estatutariamente por todas las Comunidades Autónomas.

Entre las diversas actuaciones administrativas que han de prestar las Comunidades Autónomas dentro de su sistema de servicios sociales, la protección de los menores se entendía incluida dentro del concepto de asistencia social en la medida en que algunas de las actuaciones administrativas eran garantizadas desde la red de servicios sociales y por tanto, no podían conceptuarse como una actuación con entidad o identidad propia, distinta de los servicios sociales.

En esta línea, las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía han incorporado la protección de los menores como competencia autonómica de carácter exclusivo recurriendo a fórmulas distintas a la de asistencia social, lo que ha conducido a la promulgación de la vigente legislación autonómica en relación con este tema²¹.

20 SÁNCHEZ BARROSO, BORJA, *op. cit.*, pág. 153 – 155.

21 MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, *op. cit.*, Pág. 113 – 116.

VI. DE LA FORMACIÓN EN SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD DIGITAL

En relación con este reclamo de la ley a la formación en seguridad y responsabilidad digital, el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, o ataques ilegales a la honra y reputación del menor.

El artículo 33 LOPIVI, impone la inclusión de una formación mínima en los currículos educativos en materia de derechos, seguridad y responsabilidad digital, como medida encaminada a exigir una mayor implicación en cuanto a formación, docencia e investigación con el fin de eliminar la violencia.

Este artículo, lo mismo que sucede con los artículos 36 y 37 de esta misma ley relativos a la enseñanza universitaria, se encuadran en las competencias del Estado sobre educación y si bien estos aspectos generales pueden ser desarrollados por las Comunidades Autónomas²².

Internet y las redes sociales han modificado nuestros hábitos sociales y el éxodo hacia lo digital se ha producido en todas las facetas de nuestra realidad. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recogidos en el artículo 18.1, al igual que el derecho a la protección de datos personales del artículo 18.4 de nuestra Constitución, pueden llegar a verse vulnerados en este entorno definitivamente digitalizado y más aún, con motivo de los incesantes y vertiginosos cambios tecnológicos que de modo incesante, no dejan de producirse. En este constante proceso de innovación es necesario dar solución a determinadas cuestiones.

Es demasiado frecuente como la información personal de los usuarios circula por las redes a modo de fotografías, información y datos personales, etc. esperando buscar seguidores y la validación de otros usuarios. En este contexto provocador que solo puede incitar a “abrir la puerta” de la esfera personal a desconocidos, los menores de edad ante su falta de madurez física, psicológica y social requieren y necesitan además de una especial protección, una sólida formación en el consumo responsable y un uso crítico y seguro de los medios digitales.

Sin perjuicio del papel de padres, madres, tutores, curadores o representantes legales que reconoce la ley orgánica de 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 84, el artículo 83, el anterior de la misma, vincula a las Administraciones educativas a incluir en el desarrollo del currículo la competencia digital con el fin de garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y un uso crítico, responsable y seguro de los medios digitales.

22 SÁNCHEZ BARROSO, BORJA, *op. cit.*, Pág. 158.

Vincula adicionalmente a incluir no solo esa competencia digital, sino además el respeto en este contexto digital hacia la dignidad humana y los derechos fundamentales, especialmente los derechos a la intimidad y protección de datos.

En nuestra sociedad actual, el ciberacoso, el acoso online o cyberbullying es una de las posibles formas de violencia entre los jóvenes. Encontramos un conjunto de conductas individuales o grupales a través del correo electrónico, el móvil, los videojuegos o las redes sociales para dañar, agredir, humillar o avergonzar a la víctima, que puede ser una o varias personas y ello de forma reiterada y sostenida en el tiempo y contra la voluntad de la víctima.

Es por ello por lo que entre los objetivos de desarrollo sostenible para 2030, figura como prioritario poner fin a estos fenómenos en ocasiones demasiado frecuentes.

Son diversas y variadas las sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Badajoz²³, entre otras muchas, que confirman esta realidad y la necesidad de recordar que “cuando en un centro educativo se detecta un episodio de agresión..., y a la Administración le consta tal circunstancia, ésta debe asumir a partir de ese mismo instante, las consecuencias de lo que después suceda, si no ha adoptado de forma inmediata y desde el principio, todas las medidas protectoras a su alcance para evitar que la situación degenere, debiendo observar por consiguiente, un especial deber de vigilancia y control sobre los alumnos implicados en la presunta situación...”²⁴.

La protección de la seguridad y de la salud mental de los menores se configura como esencial en el trasfondo de este artículo 33 de la ley.

Otras normativas en Derecho Comparado contemplan otras opciones como la Ley del Estado de Utah, que próximamente entrará en vigor el 1 de marzo de 2024, y restringirá el acceso a las redes sociales de los menores de 18 años que residan en Utah, exigiendo el consentimiento previo de los progenitores para que sus hijos menores de 18 puedan crear un perfil en una red social además de la verificación obligatoria de la edad para cualquier persona que use las redes sociales en Utah.

23 SAP de Badajoz de 17-11-2022, Sección 1ª, Ponente D. José Antonio Patrocinio Polo, confirma la sentencia del Juzgado de menores de Badajoz que condenó a 4 menores por acosar a un compañero de clase a través de insultos, vejaciones, y actos de humillación cometidos durante el curso escolar 2017/18 en un Instituto.

24 SAP de las Islas Baleares de 24-3-2020, Ponente Dª. María del Carmen González Miró, que confirma la sentencia del juzgado de menores. Condenó al menor acusado como autor de un delito de trato degradante, un delito de amenazas y un delito leve continuado de maltrato. Condena a sus padres, al colegio y a la aseguradora como responsables civiles solidarios.

VII. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto en relación con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y en este contexto de una protección integral a la infancia y la adolescencia, hay urgencias normativas interesantes que conviene recordar a modo de conclusión, y específicamente relacionadas con el artículo 33 de esta ley, artículo también comentado en las líneas precedentes.

No podemos cerrar este estudio sin hacer referencia a la urgente necesidad de una específica regulación de la protección de los menores en el ámbito digital, y especialmente como proyección de una completa garantía integral de derechos de un colectivo caracterizado por su especial vulnerabilidad cuyo origen y causa no es otra, que aquella ausencia o limitada falta de madurez física, psicológica y social que justifica y viene a requerir una especial protección y una garantía específica de sus derechos.

El exponencial incremento de la difusión de imágenes y publicaciones de datos personales de menores en las redes sociales, requiere una urgente regulación normativa específica que refuerce la garantía y protección de los derechos los menores en internet ante su especial vulnerabilidad. Si bien son diversas las normas que abordan la protección de los derechos de la personalidad por una parte, y la diversidad de normas como la que es objeto de este estudio, reguladoras de la protección de la infancia y la adolescencia, sin embargo, existe un punto de intersección entre ambas normativas cuya ausencia de regulación es significativa.

Nos referimos a la necesidad de una mayor garantía y protección de los derechos del menor en las redes sociales, en internet, ante riesgos y perjuicios asociados a un uso inadecuado de medios y dispositivos digitales y ante todas aquellas situaciones que puedan derivar en deterioros de su salud física, psicológica o emocional. En esta línea, podemos aludir a modo de ejemplo y entre otras, aquellas intromisiones ilegítimas en el derecho a la imagen del menor con motivo de publicaciones sin su consentimiento, o vulneraciones de su derecho al honor o la intimidad por la difusión de aquellos datos que pudieran menoscabar su honra o su vida privada.

Las denuncias interpuestas contra plataformas y redes sociales como Instagram y Facebook con motivo de su expreso conocimiento y conscientes de estos peligros y perjuicios para la salud del menor, han supuesto los primeros pasos encaminados hacia diversas iniciativas en EEUU como la aprobación de la ley de protección de los menores en internet, la Kids Online Safety Act (KOSA). El día 30 de julio de 2024, fue aprobado en EEUU el proyecto de ley con el objetivo fundamental de establecer una mayor responsabilidad de estas plataformas y redes sociales en el tratamiento

de datos personales del menor con el fin de garantizar y proteger este interés superior, en concreto del menor de 17 años en el entorno digital.

Todo ello mediante un conjunto de medidas, opciones y posibilidades que la norma pone a disposición de padres y menores como usuarios de plataformas digitales o redes sociales, medidas de seguridad insertas en el propio diseño de la plataforma y entre las que cabe destacar configuraciones estrictas de privacidad, canales específicos de denuncias de contenidos dañinos o una mayor obligación de transparencia.

Los avances tecnológicos, la globalización de los entornos digitales y los riesgos y perjuicios para el menor que se pueden derivar de un uso inadecuado de los mismos, es el objetivo principal también en nuestro país, del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. Su objetivo es ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades a la vez que persigue fomentar un uso adecuado y respetuoso de las nuevas tecnologías mediante diversas medidas en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, en el ámbito educativo, sanitario y sector público.

El artículo 33 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, establece la obligación de las administraciones públicas de garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales.

En relación con lo establecido en la mencionada disposición y al hilo del citado artículo, el artículo 6 del citado Anteproyecto, establece en coherencia con el anterior, la obligación de fomentar actividades de formación en los centros de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y secundaria postobligatoria, encaminadas a la mejora de la competencia digital con el fin de garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro, saludable, sostenible, crítico y responsable de las tecnologías digitales para el aprendizaje, el trabajo y la participación en la sociedad, así como la interacción con estas.

Del mismo modo, el artículo 7 del Anteproyecto viene a establecer la obligación de regular el uso de dispositivos móviles y digitales en las aulas, en las actividades extraescolares y en lugares y tiempos de descanso que tengan lugar bajo su supervisión. Serán también los centros de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y secundaria postobligatoria, con independencia de su titularidad, quienes regularán este uso de los dispositivos digitales de acuerdo con las disposiciones que al efecto hayan aprobado las administraciones educativas y en el marco de lo previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ C.: “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. Septiembre 2012.
- BRION BERDOTE, ESTELA: “La fragilidad del derecho fundamental a la protección de datos personales del menor ante la exposición de su vida personal y familiar en la red: De la necesidad de nuevos mecanismos y garantías legales” en *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público*, núm. 70. Universidad de Deusto. Julio-diciembre 2022.
- CONTRERAS LÓPEZ, REBECA ELIZABETH y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL: “El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos” en *Revista Letras Jurídicas*, n.º. 40, Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad. Veracruz, México. 2019.
- DURO CARRIÓN, SUSANA: “La empresa ideológica: relación laboral y derechos fundamentales” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Número 56. Editorial Iustel, ISSN 1696-9626. Julio, 2020.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSE LUIS: “La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)” en *Revista Persona y Derecho* n.º. 6. Universidad de Navarra. 1979.
- MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: “Distribución territorial de competencias en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia en España: el encuadre normativo de la pobreza infantil en nuestra legislación” en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 98. Editorial del suprimido Ministerio de Hacienda y Función Pública. Editada por el Ministerio de Hacienda. Madrid, 2020.
- NUEVO LOPEZ, PABLO: *La Constitución educativa del pluralismo*. Editorial Netbiblo. La Coruña, 2009. Pág. 183.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E.: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- POLO, LUIS F.: *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, 3ª ed., Grandez Ediciones, Lima, 2013.
- REGUEIRO GARCÍA, M.T.: “La libertad de cátedra en el ordenamiento español” en *Revista Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 1994.
- SÁNCHEZ BARROSO, BORJA: “La protección a la infancia y la adolescencia desde un punto de vista competencial: Evolución y límites tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio” en *Revista de Derecho Político*, núm. 114. Madrid. Mayo – agosto 2022.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Apuntes para contextualizar la Ley 15/2022” en *Una visión transversal del derecho a la igualdad Ley 15/2022, de 12 de julio*. Editorial Sepin. Madrid, 2023.

Capítulo III. Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social:

Incumplir las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Morales Vález, C.

Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Profesor asociado de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Ayudante Doctor (LOSU).

Universidad Rey Juan Carlos. Doctora en Derecho

DOI: <https://doi.org/10.14679/3720>

Sumario: I. El artículo 57.3 de la LOPIVI. II. El interés superior del menor. III. Incidencia en materia de protección de datos. IV. La ley de infracciones y sanciones en el orden social. V.- La extinción del contrato por ineptitud del trabajador. VI. Incidencia en los pliegos de contratación del sector público. VII. La administración pública empleadora. VIII. Bibliografía

I. EL ARTÍCULO 57.3 DE LA LOPIVI

El artículo 57.3 LOPIVI¹, establece como requisito para el acceso a profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad la certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de

1 BOE nº 134/2021, de 5 de junio, y con vigencia desde el 25/06/2021.

trata de seres humanos², y por ello, “queda prohibido que las empresas y entidades den ocupación en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad a quienes tengan antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos”.

La redacción amplia que se contiene en el precepto nos permite afirmar que las profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad, lo son todas aquellas, retribuidas o no, que por su propia naturaleza conllevan el trato repetido, directo y regular -y no meramente ocasional- con niños, niñas o adolescentes³.

Parece importante señalar aquí la noción amplia del concepto de trabajador que se contiene en la doctrina del TJUE, de modo que a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁴, “el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión. Debe definirse según criterios objetivos que caractericen a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”⁵.

Así, podemos concluir, que “la relación laboral supone que se dé una relación de subordinación entre el trabajador y el empleador, cuya existencia debe apreciarse en

2 El Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos contiene la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN, con el objeto de hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países. Su régimen legal se contiene en el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de delincuentes sexuales.

Cfr. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (Diario Oficial nº L 335, de fecha 17/12/2011, páginas 1 a 14), y más específicamente el artículo 10, relativo a la inhabilitación derivada de sentencias condenatorias.

3 Cfr. Informe jurídico de la AEPD nº 2017-0090, en relación con los trabajadores de un par- que temático.

4 Diario Oficial nº L 299, de fecha 18/11/2003, páginas 9 a 19.

5 Cfr. Sentencias del TJUE de fechas 20/11/2018, dictada en el asunto *Sindicatul Familia Constanța y otros*, C-147/17 (ECLI:EU:C:2018:926), apartado 41; y 14/10/2010, dictada en el asunto *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09 (ECLI:EU:C:2010:612), apartado 28; y las que en esta última se citan.

cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes”⁶.

En cuanto a las **consecuencias de la existencia de antecedentes** en caso de personas trabajadoras o aquellas que realicen una práctica no laboral que conlleve el alta en la Seguridad Social, hemos de indicar que:

- La existencia de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos al inicio de la actividad en aquellos trabajos o actividades que impliquen contacto habitual con personas menores conllevará la **imposibilidad legal de contratación**⁷.
- La existencia sobrevenida de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos conllevará el cese inmediato de la relación laboral por cuenta ajena o de las prácticas no laborales⁸.

No obstante, siempre que fuera posible, en atención a las circunstancias concurrentes en el centro de trabajo y a la actividad desarrollada en el mismo, la empresa podrá efectuar un cambio de puesto de trabajo siempre que la nueva ocupación impida el contacto habitual con personas menores de edad.

De este modo se establece la obligación del trabajador por cuenta ajena de comunicar a su empleador cualquier cambio que se produzca en dicho Registro respecto de la existencia de antecedentes, aun cuando estos se deriven de hechos anteriores al inicio de su relación laboral, y por ello, la omisión de esta comunicación será considerada como **incumplimiento grave y culpable** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre.

Parece importante señalar que la citada obligación de comunicación, así como las consecuencias de su incumplimiento, deberán incluirse también en los acuerdos que se suscriban entre las empresas y los beneficiarios de las prácticas no laborales que se formalicen al amparo del Real Decreto 1543/2011, de 31 de diciembre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del requisito en caso de personas que realicen **actividades en régimen de voluntariado**⁹, hemos de indicar que:

- La existencia de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos al inicio de la actividad en aquellas actividades de voluntariado que impliquen el contacto habitual con personas

6 Cfr. Sentencias del TJUE de fechas 20/11/2018, dictada en el asunto *Sindicatul Familia Constanța y otros*, C-147/17 (ECLI:EU:C:2018:926), apartado 41; y 10/09/2015, dictada en el asunto *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C-47/14 (ECLI:EU:C:2015:574), apartado 46).

7 Cfr. artículo 58.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

8 Cfr. artículo 52.a) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre.

9 Cfr. artículos 8 y 12.3 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado.

menores de edad obliga a la entidad de voluntariado a prescindir de forma inmediata del voluntario o voluntaria¹⁰.

A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.

- La existencia sobrevenida de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos conllevará el fin inmediato de la participación de la persona voluntaria en las actividades que impliquen el contacto habitual con personas menores.

No obstante, siempre que fuera posible, en atención a las circunstancias concurrentes en la entidad y a la actividad desarrollada en el mismo, la entidad podrá efectuar un cambio de actividad de voluntariado siempre que la misma no suponga el contacto habitual con personas menores de edad.

En este punto, parece oportuno señalar que las comunidades autónomas establecerán mediante norma con rango de Ley el régimen sancionador correspondiente al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 57.1 LOPIVI¹¹.

En cuanto a la **cancelación de antecedentes** en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, hemos de indicar que los antecedentes que figuren como cancelados en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos no se tomarán en consideración a los efectos de limitar el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores de edad¹².

Una vez instada por la persona interesada la cancelación de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, y transcurrido el plazo máximo de tres meses sin que por la Administración se haya dictado resolución, la petición se entenderá **desestimada por silencio administrativo**, sin que sea de aplicación a estos supuestos lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior, en el que las solicitudes de cancelación de antecedentes penales formuladas por los interesados, tendrán como plazo para su resolución el de tres meses y podrán entenderse estimadas cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo.

10 Cfr. artículo 59.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

11 Cfr. artículo 59.3 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

12 Cfr. artículo 60.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Y también artículo 4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo ámbito objetivo de aplicación, incluye el “empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo” y el “acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público”.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, es el relativo al **interés superior del menor**, y establece nítidamente una serie de criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto¹³, “a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor”¹⁴.

Principio que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales¹⁵.

También se ha afirmado por el Tribunal Constitucional que “el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”¹⁶.

Y finalmente, el Tribunal Constitucional ha indicado que ante la afectación de un menor, “el control de este Tribunal se extiende a comprobar que la motivación incluye de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor”¹⁷.

Y así, “la primacía del interés superior del menor debe operar necesariamente como criterio transversal en toda intervención que afecte a menores de edad”¹⁸.

No obstante lo anterior, el interés del menor es superior, pero no único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional. De ahí que, como se señala en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, “el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de preten-

13 Cfr. artículo 4 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

14 Cfr. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE nº 313/1990, de 31 de diciembre. Y también artículo 39.4 de la Constitución.

15 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 16/2016, de 1 de febrero (Recurso nº 2937/2015); y las que en ella se citan.

16 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 16/2016, de 1 de febrero (Recurso nº 2937/2015); y 176/2008, de 22 de diciembre (Recurso nº 4595/2005).

17 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 16/2016, de 1 de febrero (Recurso nº 2937/2015).

18 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 160/2012, de 20 de septiembre (Recurso nº 6021/2001).

der una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”, y por ello, “a fin de hacer compatible el interés superior del menor con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, el Juez, en cuyas manos queda la decisión última, habrá de llevar a cabo la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta”¹⁹.

En fin, podemos afirmar que la LOPIVI, combate la violencia contra la infancia y adolescencia desde una aproximación integral, teniendo en cuenta la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias, y también podemos afirmar que la citada Ley Orgánica tiene incidencia en los distintos órdenes jurisdiccionales para afirmar su voluntad holística y global, y otorgar una prioridad esencial a la sensibilización, la prevención y la detección precoz, y para ello, la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla, y las entidades locales debe elaborar una **estrategia nacional**, de carácter plurianual, con el objetivo de erradicar la violencia sobre la infancia y la adolescencia, con especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁰.

III. INCIDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

En materia de protección de datos, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el interesado, pese a la valoración que haya de hacerse de la conducta que condujo a la condena penal por los delitos sexuales, no deja de ser titular del derecho fundamental a la protección de sus datos de carácter personal, por lo que una medi-

19 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 23/2016, de 15 de febrero (Recurso nº 5578/2014).

20 Cfr. artículo 21 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Y también https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiS4__PmpX_AhWjUaQEHU5zCwMQFnoECAkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mdsocialesa2030.gob.es%2Fderechos-sociales%2Finfancia-y-adolescencia%2FPDF%2FEstadisticaboletineslegislacion%2FEstrategiaErradicacionViolenciaContraInfanciaACCESIBILIDAD.pdf&usg=AOvVaw2vxmwCTf0K-VZY3CCDbB3yL (Disponible en página web a 27/05/2023).

da restrictiva de este derecho deberá en todo caso respetar el **principio de proporcionalidad**, en los términos consagrados por el Tribunal Constitucional, y además como consecuencia de los principios de injerencia mínima y de menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada para producir la mínima intromisión en ese derecho.

No podemos obviar, que afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)²¹ sitúa la cuestión en la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)²². Y así, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justifique la injerencia apreciada, el TEDH se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado -conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos- de aquellos otros casos en los cuales «la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido» (§ 100). El reproche del TEDH se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso «con vestigios anteriores conservados en la base de datos» (§ 116)²³.

Dicho esto, no cabe duda de que la previa condena por la comisión de los delitos mencionados en el artículo 57.1 LOPIVI²⁴ es generadora de una situación de riesgo potencial para la libertad e integridad sexual de los menores de edad con los que pudiera trabajar el condenado, y tampoco cabe duda de los derechos del menor se encuentran especialmente garantizados por interés superior del menor, al que ya hemos hecho referencia.

21 Cfr. Sentencia del TEDH de fecha 04/12/2008, dictada en el asunto *S. and Marper v. the United Kingdom* (*Applications* nº 30562/04 y 30566/04), apartados 100 y 106.

22 Cfr. Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE nº 243/1979, de 10 de octubre).

23 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional nº 23/2014, de 13 de febrero (Recurso nº 3488/2006); 13/2014, de 30 de enero (Recurso nº 10616/2006); 14/2014, de 30 de enero (Recurso nº 10617/2006); 15/2014, de 30 de enero (Recurso nº 10618/2006); y 16/2014, de 30 de enero (Recurso nº 10619/2006).

24 Esto es, cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales tipificados en el Título VIII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como por cualquier delito de trata de seres humanos tipificado en el Título VII bis de la citada norma.

Y en este punto, si bien es cierto que la AEPD ha señalado que la aplicación del interés superior del menor podría no bastar por sí misma como fundamento para el tratamiento de datos de carácter personal, y ello, cuando el tratamiento se refiere a los datos del propio menor, dado que la colisión se produce entonces entre la protección de su interés superior y el derecho a la protección de datos, no es menos cierto que el acceso a los datos que se contiene en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, no afecta a los datos del menor, sino únicamente a los de los terceros que pretendieran realizar actividades que impliquen un contacto habitual con menores.

Y desde esta perspectiva, la protección del interés superior del menor podría considerarse causa legal suficiente para amparar el acceso a la información por parte de quien pretenda contratar al interesado o por la Administración que hubiera de autorizar la realización de tales actividades²⁵.

No parece ocioso, recordar aquí, que la potencial empleadora únicamente puede solicitar al candidato datos relevantes para el desempeño del puesto de trabajo y no información indiscriminada e información especialmente sensible, ya que ésta debe respetar los principios de minimización y limitación de la finalidad²⁶.

De modo que, con carácter general, no es lícito exigir a las personas candidatas a un puesto de trabajo un certificado de antecedentes penales o una declaración de no estar incurso en antecedentes penales, que no puede ser objeto de tratamiento salvo en aquellos supuestos excepcionales en que, autorizados por una Ley y con las debidas garantías, se contemple dicha medida²⁷, como aquí acontece²⁸.

En cuanto a la creación del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, hemos de partir de la dicción literal del artículo 57.1 LOPIVI, y en el específicamente se hace referencia a la condena “por sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales tipificados” en el Código Penal, y a tal fin en el artículo 2.3.f) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, se establece que las bases de datos del Registro Central de delincuentes sexuales, tiene por objeto “la inscripción de la información relativa a quienes hayan sido condenados por sentencia judicial firme por los delitos contra la libertad e in-

25 Cfr. Informe jurídico 2019-0008 de la AEPD.

26 Cfr. artículo 5.1, apartados b) y c) del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril.

27 Cfr. artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril. Y también PS/00267/2020 de la AEPD, de fecha 11/02/2022. Y Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 14/2020, de 10 de febrero, recaída en los Autos nº 148/2019, recientemente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 435/2022, de 12 de mayo (Recurso nº 70/2020).

28 Cfr. MORALES VÁLLEZ, CONCEPCIÓN. El impacto de la normativa sobre protección de datos en las relaciones laborales. SEPÍN. (Octubre 2022). Página 42.

demnidad sexuales, así como por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, de conformidad con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”²⁹.

Y en este punto no podemos obviar el contenido del artículo 10 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)³⁰, concerniente al tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, y tampoco el contenido de Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo³¹, y la norma de trasposición de esta última a nuestro ordenamiento, esto es, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales³².

Y también parece oportuno recordar que la protección de los datos de carácter personal, que resulta de la obligación expresa establecida en el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³³, tiene una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el artículo 7 de ésta, relativo al derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones³⁴.

Por ello, la normativa de la Unión Europea y por ende, nuestra normativa interna, debe “establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos”³⁵.

29 Apartado añadido por la Disposición Final Primera del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de delincuentes sexuales.

30 Diario Oficial L 119, de fecha 04/05/2016, páginas 1 a 88.

31 Diario Oficial L 119, de fecha 04/05/2016, páginas 89 a 131.

32 BOE nº 126/2021, de fecha 27/05/2021, y con fecha de entrada en vigor el 16/06/2021.

33 Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2023, páginas 389 a 405.

34 Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 08/04/2014, dictada en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger* y otros, C-293/12 y C-594/12 (ECLI:EU:C:2014:238), apartado 53.

35 Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 08/04/2014, dictada en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger* y otros, C-293/12 y C-594/12 (ECLI:EU:C:2014:238), apartado 54, y las Sentencias del TEDH que expresamente se citan.

Y dicha necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados «datos sensibles», pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad³⁶.

La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado.

Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente:

- El tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo.
- La naturaleza de los datos.
- Y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate.

Además, el nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales³⁷.

Por ello, no es posible la verificación de la ausencia de condenas penales directamente por el empleador o la organización dedicada a labores de voluntariado, ya que dicho tratamiento de datos personales debe considerarse excesivo, al existir otras posibilidad menos lesiva para el derecho fundamental a la protección de datos como es la aportación de la certificación negativa por el propio trabajador o voluntario, y así lo ha ratificado la AEPD en sus informes jurídicos nº 2014-0195 y 2015-0326.

Asimismo, se debe evitar que se produzca tanto un uso torticero de la facultad de acceso a los datos, como accesos indiscriminados o masivos³⁸.

36 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/2019, de 22 de mayo (Recurso nº 1405/2019, y las que en ella se citan. Y también artículo 6.4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril.

37 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/2019, de 22 de mayo (Recurso nº 1405/2019, y las que en ella se citan.

38 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 17/2013, de 31 de enero (Recurso nº 1024/2004).

IV. LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

En este punto, el artículo 8.19 TRLISOS, establece como una infracción muy grave, en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, el incumplimiento de “las obligaciones establecidas en el artículo 57.3 LOPIVI”, y el artículo 4.1.c) del citado texto legal, establece que las sanciones por la comisión de una infracción muy grave, podrá ser:

- En su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 €.
- En su grado medio de 30.001 a 120.005 €.
- Y en su grado máximo de 120.006 € a 225.018 €.

Y ello, en atención a los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 39 del RDLeg 5/2000, de 4 de agosto.

De modo que el régimen legal previsto en el artículo 57.3 LOPIVI, le exige al empresario una **actuación proactiva** en la exigencia de la certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, con carácter previo a la contratación y durante toda la vigencia de la relación laboral, y a tal fin podrá/deberá establecer un código de conducta específico sobre la obligación del trabajador de informar sobre cualquier cambio de situación en relación con certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos.

En este punto, hemos de indicar que la implantación de un Código ético o de conducta, es la forma en la que se materializa, concreta y expresa una política de empresa, con el objeto de uniformar los valores, los criterios y la cultura empresarial³⁹.

Pero, toda política empresarial necesariamente debe llevar aparejado un sistema de control específico, para la detención de toda conducta potencialmente contraria al Código ético o de conducta implantado, un protocolo específico de actuación ante la detección de la infracción de la norma de conducta, y un sistema sancionador proporcional y adecuado a la infracción cometida, que no vulnere la legalidad vigente, y que además sea efectivo y claramente disuasorio.

Y en este punto, hemos de hacer expresa referencia al contenido del artículo 20.2 TRET, que establece que “en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”, y al artículo 54.2.b) TRET, pues el incumplimiento del código de conducta o de una política empresarial se configura como una desobediencia a las órdenes del empresario y la

Y también Informe de la AEPD 2019-0002, de fecha 06/06/2023 (Ref: 212928/2018) sobre la solicitud de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales a los titulados que deseen colegiarse para el ejercicio de determinadas profesiones.

39 Cfr. Sentencias de la Audiencia Nacional nº 194/2018, de 7 de diciembre (Autos nº 276/2018); y 40/2018, de 6 de marzo (Autos nº 189/2017).

desobediencia no admite grados, de modo que puede y debe ser objeto de reproche/sanción por parte del empleador.

V. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INEPTITUD DEL TRABAJADOR

Conforme a lo dispuesto en el artículo 52 TRET, el contrato podrá extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

En primer lugar, hemos de indicar que la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

El Tribunal Supremo ha definido el concepto de ineptitud como aquel que se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.), lo que incluye la falta de titulación⁴⁰, si bien ha de subrayarse que en tal concepto cabe incluir en primer término la pérdida de las cualidades personales necesarias para llevar a cabo el trabajo como consecuencia de una disminución física o psíquica del trabajador, la cual hace que desaparezca o disminuya su rendimiento de manera involuntaria.

Y entendemos que también debe incluirse en el concepto de ineptitud la existencia sobrevenida de antecedentes en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, que conlleva el cese inmediato de la relación laboral por cuenta ajena o de las prácticas no laborales conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

VI. INCIDENCIA EN LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Nada impide que la solicitud de certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos se configure como una obligación

40 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26/01/1998 y 03/07/1989, entre otras muchas.

por parte del contratista y de los eventuales subcontratistas, y que tenga la consideración de condición especial en relación con la ejecución del contrato en los pliegos de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, con el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos establecidos en el artículo 211.1.f) de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de modo que sea una causa de resolución del contrato suscrito con el sector público⁴¹.

VII. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMPLEADORA

En el ámbito de la Administración pública, los empleados públicos que se encuentren afectados por lo dispuesto en el artículo 57.3 LOPIVI, podrán cumplimentar una «declaración responsable», según modelo normalizado, y prestar consentimiento expreso a la Administración para la consulta telemática de sus datos contenidos en el Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos⁴².

En defecto de consentimiento expreso, se deberá aportar personalmente la preceptiva certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, exigida en el artículo 57.3 LOPIVI.

Asimismo, y en el supuesto de trabajadores extranjeros no comunitarios o que posean otra nacionalidad además de la española de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, además se deberá aportar una certificación negativa de antecedentes penales de su país de origen o de donde es nacional, acompañada de su traducción oficial al castellano.

En el caso de extranjeros cuyos países no dispongan de un Registro de antecedentes penales, deberán aportar una certificación consultar de buena conducta.

También es posible solicitar la **legalización o apostilla** del certificado de antecedentes penales, y para ello, en la solicitud, se indicará el país en el que debe producir efectos el certificado, para su posterior expedición por parte del Ministerio de Justicia.

41 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 151/2023, de 6 de marzo (Recurso nº 953/2022). Y también las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero.

42 Cfr. artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ. «Aspectos laborales de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: la certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales», en la obra colectiva *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, obra coordinada por MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA. Aranzadi (2021). 476 páginas.
- MALDONADO MONTOYA, JUAN PABLO. «Trascendencia laboral de la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia», en la obra colectiva *Protección integral de menores frente a la violencia*, obra dirigida por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA BEGOÑA. Aranzadi (2022). 368 páginas.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, NORA MARÍA. «La carta de derechos fundamentales de la UE y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos». *Temas laborales* n° 151/2020.
- MORALES VÁLEZ, CONCEPCIÓN. *El impacto de la normativa sobre protección de datos en las relaciones laborales*. SEPÍN. (Octubre 2022). 104 páginas. ISBN n° 978-84-1388-632-9.
- MORALES VÁLEZ, CONCEPCIÓN. «La integración del cumplimiento laboral en las estructuras del Compliance». SEPÍN. Edición electrónica referencia SP/DOCT/21997 (Enero 2018).
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. «Del principio de seguridad de los datos al derecho a la seguridad digital». *Economía industrial* n° 410 (2018) (Ejemplar dedicado a: Ciberseguridad).
- VV.AA. «Dictamen 01/2019 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia». *Dictámenes del Consejo Económico y Social* n° 1/2019.

Capítulo IV.

Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y a la no discriminación y medidas de protección y de garantía en la LITND

Mateos y de Cabo, O. I.

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3721>

Sumario: I. El principio básico de la igualdad y la no discriminación en la Constitución de 1978, en la normativa internacional y comunitaria. II. El problema jurídico del rango normativo de la LITND: ¿Es verdaderamente integral como desarrollo normativo del art. 14 CE? III. La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación frente a la igualdad y la no discriminación en la LITND. IV. Las medidas de protección y de garantía para el cumplimiento de la igualdad y la no discriminación.

I. EL PRINCIPIO BÁSICO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

La legislación española y la de la Unión Europea, siguiendo la estela de las grandes Declaraciones de derechos humanos de ámbito internacional, han trasladado a sus ordenamientos, como uno de sus principios más básicos y esenciales, el de la igualdad de trato y la no discriminación.

En efecto, en España el principio de igualdad y en contra de la discriminación se encuentra recogido en varios preceptos de la Constitución de 1978, aunque en

una investigación anterior he mantenido que está, además, implícito en un elevado número de artículos de nuestra Carta Magna¹.

La razón de la consideración de la igualdad y la no discriminación, como un principio básico, se debe a la influencia que ha ejercido sobre nuestra Constitución el Derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial más depurado y, también, de la recepción de la experiencia contenida en las Declaraciones de derechos humanos, que ha sido afortunadamente incorporada a nuestro ordenamiento.

Este hilo conector o auténtica espina dorsal de nuestro modelo de Estado está presente en muchos de los preceptos de nuestra Carta Magna, pero no es menos importante cuando se encuentra de forma implícita. Es el caso del Preámbulo de la Constitución de 1978, cuando se declara el deseo común de promover al bien de los ciudadanos que integran la Nación española, sentando unas bases de justicia, libertad y seguridad de todos los que la forman, para garantizar una necesaria convivencia democrática, dentro de la Constitución y de las leyes y de un orden económico y social justo.

De esta forma, la Constitución de 1978 se cimenta y desarrolla en la igualdad y la no discriminación, como pilares esenciales del sistema constitucional, que contribuyen también a la defensa de una serie de valores superiores del ordenamiento jurídico español, que cooperan con los principios de libertad, justicia y pluralismo político (art. 1.1 CE).

En cuanto al que vamos a considerar como el precepto de referencia en esta materia, se sustancia en la redacción del art. 14 CE que, en nuestra opinión, responde a los más altos estándares de la normativa sobre derechos humanos de carácter internacional, al consagrar la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que se pueda realizar discriminación alguna por nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por eso, hemos considerado este artículo como de especial relevancia, al consagrar el concepto de igualdad formal, en torno a la consideración de todos los ciudadanos como iguales ante la ley, por lo que equipara distintas situaciones frente a los efectos y al alcance de la ley, es decir, nos encontramos ante una igualdad ante la ley².

No obstante, esta declaración constitucional del art. 14 CE no la debemos entender como una cláusula cerrada, porque, como vamos a ver en este trabajo, pueden normativarse otros motivos de discriminación, ya que el Tribunal Constitucional

1 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “La discriminación en la normativa internacional, constitucional y legislación específica española”, en MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO (et al.): *La discriminación por edad de las personas mayores. Las múltiples caras del edadismo*. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Secretaría de Estado de Derechos Sociales. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero), Madrid, 2022, p. 14.

2 *Ibidem*, p. 15.

español no se ha referido a los supuestos enunciados en este precepto más que como una enumeración “típica” (STC 103/1983).

Lo que quiere decir que no se puede entender este precepto como una “intención tipificadora cerrada” (STC 75/1983), dado que en la jurisprudencia se pueden ir señalando otras posibles causas de discriminación. Especialmente, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento asume que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, reconocidas en la Constitución, se tienen que interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero también con todos los tratados y los acuerdos internacionales que sobre estas materias han sido ratificados por España (art. 10.2 CE).

Por otro lado, otro de los grandes pilares de nuestra Carta Magna es el mandato a los Poderes Públicos para “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2 CE). Para esta finalidad podrán remover todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten, en su plenitud, la libertad y la igualdad del individuo, así como facilitar que los ciudadanos puedan participar en la vida política, económica, cultural y social.

De esta forma, en este precepto encontramos un concepto de igualdad material, que el Tribunal Constitucional ha defendido sobre la base de su funcionalidad justificadora, es decir, que permite ciertos tratos normativos favorables sobre determinados sectores sociales discriminados.

Se trata de superar la concepción del liberalismo, que partía de una presunta igualdad teórica entre los individuos. El principio de universalidad, generalidad, abstracción y duración indefinida de la ley no se entiende de una forma tan rígida, por lo que terminó por admitirse que las leyes singulares o sectoriales pudieran combinar el principio de igualdad formal, con el de la igualdad material, para favorecer a determinados destinatarios individuales o grupales concretos³.

Este es el camino que se abre para llegar a las llamadas acciones positivas, que no sólo estarían permitidas, sino que podrían ser consideradas como una obligación para el Estado. El Tribunal Constitucional las justificó como aquellas que tienen como “finalidad promover la igualdad del individuo y los grupos en que se integra que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la igualdad ante la ley (STS 27/81, de 25 de junio). La consecuencia de esta concepción implica que sean los poderes públicos los que promuevan una política, en la que se den las “condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/81, de 10 de noviembre).

Por otro lado, la lista de artículos de la Constitución en los que encontramos abundantes referencias a la igualdad y a la no discriminación es considerable. Este

3 *Ibidem*, p. 16.

es, por ejemplo, el caso del acceso en igualdad a las funciones y a los cargos públicos (art. 23.2 CE), pero también del sistema tributario justo basado en los principios de igualdad y progresividad (art. 31.1 CE). La igualdad está presente entre los hombres y las mujeres en el matrimonio (art. 32.1 CE), en la no discriminación sexista en materia de derechos laborales (art. 35.1 CE) y también en otros muchos ámbitos, como la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2 CE), sin olvidar la igualdad a la hora de ejercer los derechos políticos de los ciudadanos⁴.

No resulta menos importante la igualdad de los derechos y las obligaciones de todos los españoles, en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE), y la competencia estatal exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1º CE).

Las repercusiones de la igualdad de todos los españoles evidencian que el Estado esté facultado para asumir la competencia exclusiva sobre importantísimas materias jurídicas. Este es el caso de la legislación civil, con el respeto de los derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8 CE) o la legislación laboral, sin detrimento de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7 CE). Lo mismo podemos decir de la competencia exclusiva sobre la Legislación, penal y penitenciaria, la mercantil y la procesal, aunque sin perjuicio de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.6 CE).

Este elenco de materias explica perfectamente la idea, que hemos mantenido desde el principio de nuestra exposición, a la hora de considerar como un principio básico la igualdad y la no discriminación en la Constitución. Sin embargo, no agota, en absoluto, su virtualidad, pues en una investigación anterior he defendido la relevancia de las materias que integran el capítulo III del Título I de la Constitución, es decir, de los llamados “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52 CE), para explicar y justificar la propia existencia de nuestro Estado social y democrático de Derecho, que de forma tan solemne predica el art. 1.1 CE⁵.

En efecto, resulta cierto que los principios rectores no pueden ser considerados como derechos de crédito frente al Estado, pero su defensa frente a posibles discri-

4 En el ámbito de los derechos políticos resalta el valor de la igualdad y la no discriminación a la hora de ejercer el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los miembros del Congreso de los Diputados (68.1 CE), y lo mismo en la elección de los miembros del Senado (69.2 CE). También en el ámbito local se consagra el mismo tipo de sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la elección de los Concejales de los Ayuntamientos (art. 140 CE).

5 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “Análisis constitucional de la cohesión y la integración social en España”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA (Dir.): *La exclusión social: estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, Dykinson. Madrid, 2018, p. 40.

minaciones se muestra, cada día, como una de las tareas más prioritarias que debe abordar el Estado, para poder seguir considerándose como social y democrático de Derecho, lo cual termina por reflejarse en las materias que pueden ser objeto de discriminación contenidas en la LITND.

Nos estamos refiriendo a la posible discriminación en el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), en el acceso a la cultura (art. 44.1 CE) o en el disfrute del medio ambiente (art. 45.1 CE)⁶.

En el caso del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), el art. 20 LITND encomienda, precisamente, a las Administraciones públicas garantizar “que las políticas de urbanismo y vivienda respeten el derecho a la igualdad de trato y prevengan la discriminación, incluida la segregación residencial, y cualquier forma de exclusión por cualquiera de las causas previstas en la presente ley”.

Por otro lado, en nuestra Carta Magna tenemos una serie de principios rectores que, como normas de naturaleza programática, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos, entre los que podemos citar los principios protectores de la familia (art. 39 CE), de la juventud (art. 48 CE), de las personas con discapacidad (art. 49 CE), de las personas mayores (art. 50 CE), de los emigrantes (art. 42 CE) y de los consumidores (art. 51 CE).

En este sentido, el art. 3.1 LITND incluye, dentro del ámbito objetivo de aplicación de esta norma, la educación, la sanidad, la cultura, la protección social, las prestaciones y los servicios sociales, pero también el “acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda”⁷, aspectos en los que son susceptibles de discriminación personas y colectivos destacados de la vida económica y social.

De esta forma, la LITND tiene un carácter integral, porque incluye muchos ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica. Se regulan aspectos tan variados en esta norma, como el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, la participación social o política, pero también se ocupa del progresivo papel de la publicidad y los medios de comunicación en nuestras sociedades avanzadas.

6 El art. 21 LITND se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito del acceso y permanencia “en establecimientos, o espacios y espectáculos abiertos al público” y el art. 3.1. l) LITND habla del uso de la vía pública y la estancia en la misma.

7 La Disposición final séptima, de la LITND, modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El art. 50.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a la publicidad de las sanciones impuestas, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa “acreditada intencionalidad en la infracción, o traigan causa en la difusión de contenidos racistas, xenófobos, sexistas, LGTBIfóbicos, denigrantes o discriminatorios”.

La exposición de motivos de esta norma resulta expresiva, cuando manifiesta que en torno a todas estas esferas se organiza “un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones públicas, y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares”.

En nuestra opinión, la unidad organizativa para englobar todos estos diferentes ámbitos se sustancia en torno al principio de igualdad, que es tan básico y esencial para nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 14 CE se articula en una posición privilegiada dentro de la Constitución, al situarse entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección primera, capítulo segundo, del Título primero de nuestra Carta Magna, es decir, que se protege con las máximas garantías jurídicas.

Esta preocupación constitucional, por la salvaguardia y defensa del principio de igualdad y de no discriminación de nuestra Constitución, se muestra en consonancia con la relevancia que le ha otorgado la normativa internacional, desde la aprobación de la célebre Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en París, el 10 de diciembre de 1948.

En este texto internacional se proclama la igualdad de todas las personas, que tienen todos los derechos y libertades de la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2 DHDH)⁸.

Esta primera declaración es, posteriormente, completada con otras importantes normas, como la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, que es adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952. Norma que abre el camino de otras muchas que se encaminan hacia la búsqueda y consecución de la igualdad y la no discriminación, en el Derecho internacional⁹.

8 Una de las consecuencias jurídicas de esta concepción es la prohibición de hacer ninguna distinción que esté fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona. No importa si se trata de un país independiente o de un territorio que esté bajo una administración fiduciaria. Tampoco si no es autónomo o se encuentra sometido a cualquier otra limitación de soberanía. *Vid.* <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

9 Por citar algunas de normas más relevantes en este ámbito dentro del marco internacional podemos referirnos a la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo de la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, el Convenio núm. 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio núm. 100 de la

Por citar aquellas que nos parecen más relevantes, destacamos el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley, por lo que tienen derecho a la misma protección y a no ser discriminados. La consecuencia jurídica de esta concepción es que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁰.

En la misma línea se sitúa el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, suscrito en Roma en 1950, del que destacamos el art. 14 sobre la prohibición de la discriminación. Sin olvidar la importante afirmación contenida en el art. 1 del Protocolo número 12 de dicho convenio, firmado en Roma en el año 2000, que en su preámbulo afirma con rotundidad: “que los principios de no discriminación y de igualdad están estrechamente ligados”.

También es un pilar básico, en el citado Protocolo, la defensa de la idea de que el principio de igualdad exige que, situaciones iguales se traten de manera igual, y que situaciones desiguales de manera diferente. El resultado implica que toda vulneración se considere una discriminación, salvo “que exista una justificación objetiva y razonable”, lo que posteriormente ha sido recogido tanto por la jurisprudencia como por el Derecho español.

No menos relevante es lo que se dispone en el citado Protocolo, que habla de la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas que promuevan una igualdad plena y efectiva que, en determinados casos, pueda justificar medidas de discriminación positiva¹¹.

Esta configuración jurídica es muy importante, porque no solo va a influir muy poderosamente sobre la redacción de nuestra Carta Magna, sino también sobre muy conocidas normas de carácter internacional, como el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea de Estrasburgo de 1996, que fue adoptada por los Gobiernos que integran el Consejo de Europa.

En efecto, en el art. 20 de este texto se recoge el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, pero nos interesa destacar que la plasmación de estos principios,

O.I.T. relativo a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, sin que la lista sea, en absoluto, exhaustiva.

10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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.

11 Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, en el BOE nº 64, de 14-03-2022.

en materia de empleo y de profesión, implican también una relevante prohibición de discriminación de los mismos por razón del sexo¹².

Por otro lado, en el ordenamiento comunitario los principios de igualdad y de no discriminación ostentan el máximo rango normativo en el Derecho originario, como se puede comprobar en la redacción del art. 2 del Tratado de la Unión Europea, que establece la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión, y la lucha contra la misma, como uno de los objetivos más importantes.

En efecto, el Tratado de la Unión Europea está basado en los valores “de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Este es el núcleo de los valores que son comunes a todos los Estados miembros, porque se busca un tipo de sociedad caracterizado “por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

La importancia de estos valores hace que sean también recogidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. La igualdad ante la ley (art 20) y el principio de no discriminación (art. 21) implica que se prohíba cualquier discriminación pero, especialmente, la que se ejerce en función de “sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”, a las que se añade en el párrafo siguiente la discriminación “por razón de nacionalidad”¹³.

En desarrollo de estos principios se han aprobado bastantes directivas comunitarias, entre las que podemos citar la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, con independencia de su origen racial o étnico. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del trabajo y empleo. Mientras que en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre se establece el mar-

12 Véase el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea, suscrito en Estrasburgo el 3-5-1996. BOE, nº. 139, de 11-06-2021. Sobre la normativa europea del Consejo de Europa también se puede consultar la Resolución de 5-4-1999, que publica los Textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de Roma de 1950. También el Protocolo adicional al Convenio de 1952, y el Protocolo nº 6, de abolición de la pena de muerte, de Estrasburgo del 28-4-1983. *Vid.* BOE, nº. 108, de 06-05-1999. Véase, además, el Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de Estrasburgo de 1988. *Vid.* BOE, núm. 99, de 25-04-2000.

13 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas. C 364/3, de 18-12-2000.

co general para la igualdad de trato, en materia de empleo y de ocupación, y en la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre, se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, para el acceso a bienes y servicios¹⁴.

Por otro lado, tenemos un documento llamado: Carta de la Mujer¹⁵, en el que la Comisión Europea realizó una Declaración para reforzar su compromiso en favor de la igualdad entre mujeres y hombres en el marco de la Unión Europea, pero también en el resto del mundo, proponiendo cinco ámbitos de actuación específicos:

1. La independencia económica y la lucha contra la discriminación, la superación de los estereotipos en materia de educación, en la segregación en el mercado laboral, la contienda contra el empleo de carácter precario, el trabajo a tiempo parcial no deseado y la búsqueda de una distribución de las obligaciones familiares que sea equilibrada entre hombres y mujeres.
2. La igualdad en el salario de hombres y mujeres, para cumplir con la máxima de que por el mismo trabajo o por un trabajo del mismo valor, la remuneración sea idéntica.
3. La consecución de la representación de las mujeres en la toma de decisiones y en los puestos que impliquen un nivel de responsabilidad.
4. El respeto de la dignidad e integridad de las mujeres y la erradicación de la violencia de género.
5. La puesta en práctica de medidas de acción exterior de la Unión Europea, que estén enfocadas a emprender en terceros países políticas de sensibilización y de cooperación, que se extiendan también hacia las organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

II. EL PROBLEMA JURÍDICO DEL RANGO NORMATIVO DE LA LITND: ¿ES VERDADERAMENTE INTEGRAL COMO DESARROLLO NORMATIVO DEL ART. 14 CE?

En el propio título de la LITND, para la igualdad de trato y la no discriminación, se dice que es una norma “integral”. El sentido de norma integral se puede entender o abordar de diferentes formas. El primero sería el más general, para el que aplicaríamos la acepción que le otorga la Real Academia de la Lengua, que considera que el calificativo integral “comprende todos los elementos o aspectos de algo”.

14 Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) del 14-11-2012.

15 COMISIÓN EUROPEA. COM (2010) 78. Bruselas. 5-3-2010. Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC0078>.

De esta manera, el art. 3.1 LITND especifica los ámbitos objetivos de aplicación, que comprenden el empleo (por cuenta ajena y por cuenta propia)¹⁶, el acceso, la promoción, las condiciones de trabajo y la formación en el empleo público. Además, la faceta de afiliación y participación, tanto en las organizaciones políticas, como en las sindicales, empresariales, profesionales o de interés social o económico¹⁷.

Por otro lado, la norma sería transversal, porque afectaría a muchas materias, como las de educación, sanidad, transporte, cultura, seguridad ciudadana, Administración de Justicia, la protección social (que comprende las prestaciones y los servicios sociales), los bienes y servicios a disposición del público (como la vivienda), el acceso y la permanencia en los establecimientos o los espacios abiertos al público, la publicidad, los medios de comunicación y las actividades deportivas, en su faceta de lucha contra la intolerancia en el deporte.

La protección pública para, por ejemplo, el acceso y permanencia en la vivienda no solo resulta necesaria para las personas individuales, sino que incluye a los grupos sociales o colectivos con mayores dificultades, como las personas mayores, aquellas con discapacidad o las que tienen más riesgo de sufrir patologías y trastornos de salud graves o inhabilitantes, lo que refuerza la transversalidad¹⁸.

Sin olvidar los últimos avances tecnológicos y los servicios de la sociedad de la información, como Internet, redes sociales, aplicaciones móviles, la Inteligencia Artificial y la gestión masiva de datos (art. 3.1 LITND), ante el riesgo para los derechos fundamentales, sobre todo en el ámbito de la intimidad y la protección de datos, ante un posible procesamiento de la información que facilite una vigilancia masiva y clasificación de los ciudadanos¹⁹.

16 Lo que incluye el acceso y las condiciones de trabajo, tanto las retributivas como las de despido, además de la promoción profesional y de la formación para el empleo.

17 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA.: “Derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en la negociación colectiva y en las organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal del derecho a la igualdad. LITND*. Ed. Sepín, Madrid, 2023, p. 81.

18 LÓPEZ CABEZAS, JOSÉ ÁNGEL.: “El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en los ámbitos de la seguridad ciudadana, ante la Administración de Justicia, en el acceso a la vivienda pública y privada y a establecimientos, espacios y espectáculos abiertos al público, así como en actividades culturales y deportivas”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 114.

19 DURO CARRIÓN, SUSANA.: “Aspectos fundamentales de la igualdad de trato y no discriminación en la educación, medios de comunicación social y publicidad, internet y redes sociales, inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 91.

Desde este punto de vista, no hay duda que la LITND, considerada en su faceta plural, de regulación de múltiples ámbitos objetivos de aplicación, sería transversal, general e integral.

Sin embargo, la duda se nos plantea si analizamos esta norma en el sentido “integral”, como un desarrollo normativo pleno del art. 14 CE. En el supuesto que lo interpretásemos desde este ámbito, al estar la igualdad de trato y la no discriminación consagradas en el art. 14 CE, que es un precepto que el art. 53.2 CE cita, de forma expresa, como un artículo que se encuentra protegido con las máximas garantías, el desarrollo normativo de la norma tendría que ser, al menos en algunas de sus partes, de carácter orgánico.

En efecto, en la exposición de motivos de la LITND se dice que “es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto”.

Precisamente, si se trata de un desarrollo del art. 14 CE, como se dice en el preámbulo, cuenta con la protección prevista en el art. 53.2 CE, que confiere a todo ciudadano la posibilidad de recabar la tutela del derecho regulado en el art. 14 CE “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

También en el articulado de la norma se vuelve a reiterar, en el primero de sus preceptos, que esta LITND tiene como objeto “garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”.

Este objeto de la norma, de servir como garantía del “desarrollo” de los art. 9.2, 10 y 14 CE ha sido resaltado por la doctrina, para considerarla como la primera ley española de derecho antidiscriminatorio, que no solo se ocupa de las discriminaciones existentes, sino que aspira a una pretensión de futuro, en relación a las nuevas causas que se puedan gestar en los años venideros.

Por eso, se ha destacado que la citada ley “persigue el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas y que, por ello, merece la consideración de ley de garantías, ley general y ley integral”²⁰.

De esta forma, en el propio preámbulo se declara, con rotundidad, su intención de “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”.

20 GRAU PINEDA, CARMEN.: “La LITND, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación”, en *Femeris*, Vol. 8, No. 2, 2023, p. 32.

En cualquier caso, el establecimiento de esta transversalidad del principio de igualdad de género, no es nuevo en nuestro ordenamiento, porque anteriormente ya había sido recogido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabora el Gobierno. Además, poco después, con ese carácter de transversalidad se elabora también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²¹.

Por otro lado, la transversalidad de la igualdad será interpretada desde la doctrina como un “enfoque holístico y global del derecho de igualdad a través del establecimiento de una serie de garantías que se extienden a todos los ámbitos de la vida pública, incluyendo, por supuesto, las relaciones de trabajo”, por lo que hay que considerarla no solo en su aspecto normativo, sino, también, desde la perspectiva nada menos que del refuerzo y de la profundización en el citado principio de igualdad²².

Esto es debido a que el objetivo de la ley no consistía solo en trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, que ya se encontraban parcialmente incorporadas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En realidad, la finalidad también era de conveniencia, porque en la propia exposición de motivos se alude al contexto sanitario, económico y social, que era esgrimido para regular normativamente los problemas de discriminación y de falta de igualdad, que habían surgido durante la pandemia del Coronavirus.

A la vez que se decía que había que seguir ampliando legislativamente la regulación contenida en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, como un medio de situar a España entre los países más desarrollados, en materia de derecho antidiscriminatorio y de igualdad.

Sin embargo, todos estos acontecimientos y manifestaciones, que acompañaban al complejo deseo del legislador, para respetar por igual la dignidad de las personas “en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución” no consigue, curiosamente, tener la suficiente virtualidad para llegar a ostentar el rango de ley orgánica.

Quizá la razón sea la de considerar que no regula el derecho de igualdad y a la no discriminación, sino que se centra en el impulso, la garantía, la eficacia, la tutela y, en definitiva, la implementación del mismo, lo cual no ha evitado las correspondientes críticas, por lo poco consistente del argumento.

21 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: “El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismo públicos vinculados o dependientes de ella”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN; SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. (Dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 382.

22 BALLESTER PASTOR, INMACULADA.: “La expansión aplicativa de la Ley integral para la igualdad de trato no discriminación: secuelas sociolaborales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64, 2023, p. 59.

En efecto, la justificación de que esta norma “integral” no resulta un “desarrollo” de un derecho fundamental, sigue la estela de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la STC 76/1983 había declarado que “el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley no es materia que requiera en si misma desarrollos normativos por medio de Leyes orgánicas, ni puede cobijarse en el enunciado material desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del art. 81.1 de la Constitución”.

No obstante, desde la doctrina, Blázquez y Pérez del Prado, apuntan, con toda razón, que el carácter de orgánica hubiese sido preferible, no solo por razones de técnica jurídica, sino por el plano formal del rango normativo, que debe ostentar una norma de este tipo, por lo que consideran que “solo razones de índole política explican esta separación”²³.

De esta forma, nos encontramos ante un conocido debate jurídico, sobre los efectos que la irrupción de las leyes orgánicas ha supuesto en el sistema de legalidad que regula nuestra Constitución, lo que ha supuesto una importante fuente de desacuerdos políticos y doctrinales. La disputa resulta evidente, cuando Quadra Salcedo habla de la “patología de las leyes orgánicas”, y Garrorena titula uno de sus trabajos con la expresiva frase: “las leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica”, a las que se refiere como una “forma aberrante de supra legalidad”²⁴.

El problema reside que, en ocasiones, la decisión de regular jurídicamente una determinada cuestión, mediante una norma ordinaria, en lugar de una orgánica reside, muchas veces, en razones de naturaleza política. En este sentido, nos recuerda Bastida, que la reserva de ley orgánica implica un deseo de asegurar que el contenido normativo, de ciertas materias, se debe lograr a través de un acuerdo entre la mayoría de los miembros del Parlamento.

Sin embargo, resulta más sencillo, procedimentalmente, que la mayoría gubernamental imponga sus criterios. Esto motiva que determinadas normas, sobre las que ni siquiera se ha procedido a un intento de transacción, no cuenten con el necesario consenso para su plena aceptación. En muchas ocasiones esta decisión se toma por razones meramente prácticas, por ser un método más rápido y efectivo, para que el Gobierno de turno lleve a cabo la realización de su programa legislativo²⁵.

En otro orden de consecuencias jurídicas hay que tener en cuenta que la redacción del art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) permite a éste declarar inconstitucional, por infracción del art. 81 CE, “los preceptos de un

23 BLÁZQUEZ AGUDO, EVA; PÉREZ DEL PRADO, DANIEL (2022).: “La LITND, integral para la igualdad de trato y no discriminación: un gran paso de final incierto”, en *Femeris*, vol. 7, nº. 3, 2022, p. 6.

24 GARRORENA MORALES, ÁNGEL.: “Las leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos (REP)*, nº. 13, 1980, p. 172.

25 BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO.: “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas. Comentario bibliográfico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº. 2, 1981, p. 290.

Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma, en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

Lo que no evita que, cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, exista una gran dificultad a la hora de precisar, según la propia redacción del art 81.1 CE, si nos encontramos ante un derecho fundamental o libertad pública, lo que exigiría que fuese regulado a través de la forma de ley orgánica.

Esta cuestión se hizo patente durante la elaboración de la Constitución de 1978, cuando se abordó la polémica cuestión de la limitación material de las leyes orgánicas, pues es cierto que, de haberse incluido íntegramente los Títulos I y II de la Carta Magna, hubiera resultado muy complicada la labor legislativa²⁶.

Este miedo inicial, a que esta categoría entorpeciera la libertad del Parlamento en la tarea legislativa, ha sido expresado también por el Tribunal Constitucional. Este órgano ha mantenido, en la STC 127/1994, una interpretación restrictiva, al considerar que “no todo lo que afecte a los derechos fundamentales constitucionalizados (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica” (F. J. 3).

Para hacer todavía más reducido el ámbito material de las leyes orgánicas, la práctica real de esta categoría normativa no ha tenido una traslación real en nuestro ordenamiento. Como señala, de forma muy acertada Banacloche Palao, no abundan y tampoco han sido desarrollados muchos derechos fundamentales, adoptando la forma de leyes orgánicas interpuestas. Además, cuando se encuentra regulada alguna materia, bajo esta forma legislativa, encontramos que resulta frecuente que cuenten con un articulado en exceso breve²⁷.

En cualquier caso, mantenemos una opinión similar a Blázquez y Pérez del Prado, de que el carácter de norma orgánica hubiese sido preferible porque, en nuestra opinión, si es verdad que los pronunciamientos sobre esta cuestión del Tribunal Constitucional han sido muy claros y restrictivos, también resulta cierto que la regulación contenida en la LITND, que se predica en el mismo título de la norma como “integral” para la igualdad de trato y la no discriminación, en la prácti-

26 SANTAMARÍA PASTOR, JUAN.: “Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº. 4, 1979, p. 47.

27 BANACLOCHE PALAO, JULIO.: “El desarrollo de los Derechos Fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, en *Estudios de Deusto* 66, nº. 2, 2018, p. 25.

ca se podría considerar como un “desarrollo” de los arts. 9.2, 10 y 14 CE, que se hace especialmente relevante en este último precepto.

Por otro lado, como ya hemos dicho, el art. 1 LITND utiliza, expresamente, en la redacción de este precepto su deseo que fijar como objeto de la norma la finalidad de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con respeto a la dignidad que de igual forma tienen todas las personas, empleando precisamente la fórmula: “en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución”, siendo preciso el desarrollo del art. 14 CE, si es su contenido esencial, a través de una Ley orgánica.

No resulta así con los otros preceptos citados, aunque hay que recordar que el art. 10 CE se refiere también a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, como un pilar del que son fundamento el orden político y la paz social. En este sentido, el art. 10 CE se podría considerar como una pieza angular de todo el sistema de derechos y libertades, reconocidos en el Título I de la Constitución, aunque resulta muy claro que no cuenta con la protección reforzada de los situados en la Sección primera, del Capítulo segundo del Título primero.

Lo mismo se puede decir del art. 9.2 CE, que encomienda a los Poderes Públicos el “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, pero que tampoco cuenta con la protección de los derechos fundamentales citada.

Sin embargo, el 14 CE que consagra la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin posibilidad de discriminación por nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, si se quiere regular en su contenido esencial como derecho fundamental, en ese caso, habría que haberlo desarrollado en la LITND de forma orgánica, aunque fuese parcialmente,

En definitiva, en nuestra opinión, la igualdad y la no discriminación están tan íntimamente unidos a la sensibilidad y a la dignidad del ser humano, que esta materia hubiera sido plenamente merecedora del consenso que se pide para su consideración como norma orgánica, pues el recurso hacia los formalismos jurídicos, como una de las formas de evitar una posible paralización del ordenamiento jurídico, frente a posibles excesos, no se ha mostrado tampoco ni cierta ni real hasta el momento.

Por otro lado, no resulta menos contradictorio que la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres haya logrado la consideración de norma orgánica, en virtud del título competencial que se atribuye al Estado, para que haga efectiva la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles y españolas, en virtud del art. 149.1.18 CE, que le otorga, de esta forma, un carácter básico, mientras que la LITND, que viene a

ser un importante complemento en el desarrollo de la misma materia, tenga solo un carácter ordinario.

La razón de justificar el carácter orgánico de la LO 3/2007 se basaba en el miedo a una posible impugnación, por parte de las Comunidades Autónomas, al entrar a regular materias o competencias en las que pudieran entrar en colisión con las normas autonómicas, en relación a la Administración o función pública autonómica respectiva.

En su momento, consideramos este argumento como una forma peculiar de legislar, pues manteníamos que la regulación específica de esta materia “hubiera estado más en consonancia con los Acuerdos del Consejo de Ministros, reglamentos o con documentos internos o sectoriales de las Administraciones Públicas que, propiamente con la regulación que se espera de una norma legal. Salvo que se persiga una función pedagógica y orientadora que, en nuestra opinión, podría haber sido perfectamente desarrollada en una norma de inferior rango”²⁸.

Sin embargo, en el caso de la LITND se ha seguido el procedimiento inverso al de la LO 3/2007, pues a la hora de regular el régimen de infracciones y sanciones, en materia de igualdad de trato y no discriminación, el art. 46. 2 LITND prevé que, para las Comunidades Autónomas que tengan regímenes especiales en esta materia, en cualquiera de estos ámbitos de aplicación “resultarán de aplicación preferente al previsto en esta ley”, es decir, que el título competencial no se atribuye al Estado sino a las Comunidades Autónomas.

III. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN FRENTE A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA LITND

La LITND fija un extenso ámbito subjetivo de aplicación de la norma, al delimitar variados supuestos de discriminación en diferentes materias. En el ámbito laboral ha supuesto la modificación del art. 4.2 c) ET, mediante el art. 127.1 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que ha fijado los motivos de discriminación que están prohibidos en la legislación laboral, que son por razón de sexo, estado civil, origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical o discapacidad que no impida el trabajo²⁹.

28 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: “El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismo públicos vinculados o dependientes de ella”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN; SEMPERE NAVARRO, ANTONIO. (Dir.).: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 385.

29 BOE nº. 154, de 29-6-2023.

A los que habría que añadir los motivos de discriminación que se reconocen en el Derecho comunitario, que están citados en el art. 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, está facultado para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”³⁰.

Los motivos de discriminación considerados clásicos en nuestra Constitución se enumeran en el art. 14 CE, que comprende las discriminaciones por “razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Siguiendo el orden de los supuestos enumerados en el art. 14 CE, la prohibición de discriminar por razón de nacimiento ha motivado uno de los importantes cambios, en favor de la igualdad, operados en la regulación contenida en el Código Civil, en relación a su redacción originaria. Este es el caso, por ejemplo, de los perjuicios en los derechos sucesorios de los hijos adoptados³¹, aunque también se han modificado las diferencias que existían entre el tipo de filiación, en función del vínculo matrimonial o no, de la relación consanguínea, aquellos relativos al tipo de familia o al origen de la gestación.

En cuanto a la discriminación por el origen racial o étnico se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento y tiene múltiples implicaciones, por ejemplo, a efectos de acceso al empleo. De esta forma, no se puede seleccionar personas por esta cuestión, a efectos de contratación, así como no puede haber diferencias en materia de remuneración, asignaciones laborales, ascensos, ni en el despido, la capacitación, beneficios complementarios, así como en cualquier otra circunstancia o condición que afecte al empleo³².

Por otro lado, también es una causa que se considera clásica la discriminación, la que se realiza por cuestión del sexo, que implica el trato menos favorable que el que se otorga al grupo que ostenta el sexo predominante en una determinada profesión, grupo social u organización.

Las iniciativas legislativas para luchar contra esta discriminación han dado lugar a la promulgación de importantes normas, como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

30 Antiguo artículo 13 TCE. *Vid.* Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/49. 30-3-2010.

31 VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ.: “Discriminación por razón de nacimiento y derechos sucesorios de los adoptados”, en *Actualidad civil*, nº. 1, 2011.

32 STJUE de 16-7-2008 (C-54/07), caso Feryn.

Si bien existen otras normas y medidas dirigidas, por ejemplo, a la lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual, sin olvidar aquellas que están destinadas a garantizar la igualdad de trato, como en el caso del principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que hemos estudiado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En aquella ocasión decíamos que el desarrollo a través de ley orgánica del derecho a la igualdad de todos los españoles, sin distinción del sexo, del art. 14 CE, y la igualdad en el acceso a los cargos y a la función pública, de los arts. 23 y 103 CE, habían supuesto un gran cambio para superar la situación de desigualdad entre ambos sexos, que existía anteriormente en el desempeño del servicio público³³.

En cuanto a la discriminación por religión también es una causa que se considera clásica e implica el trato hostil o adverso, por tener determinadas creencias religiosas. En la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, se parte de la importancia que tiene la religión o las convicciones, para los que las profesan, por lo que se consideran como uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, debe ser íntegramente respetada y garantizada.

Las implicaciones que tiene la protección frente a la discriminación por religión afectan directamente a derechos y obligaciones. En el ámbito laboral, el Tribunal de Luxemburgo ha abordado la virtualidad del reglamento de una empresa, que no permite el uso de signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa³⁴ de sus trabajadores o la determinación del día de descanso, en función de la pertenencia a una determinada práctica religiosa³⁵.

Por otro lado, la discriminación por convicción u opinión ha sido definida por la OIT como aquella que se basa en las ideas o en la pertenencia a un partido político, que toma en consideración aquellas actitudes políticas, sociopolíticas o morales que son expresadas o incluso la forma o el nivel del compromiso cívico. Desde este punto de partida los trabajadores deberían estar protegidos contra esta forma de discriminación, aunque, no sería extensiva a la comisión de actos de violencia de motivación política.

Según este organismo existe un nivel de consenso sobre el hecho de que las formas de discriminación en el trabajo implican una violación de un derecho humano,

33 QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS Y DE CABO, O. I.: El principio de presencia equilibrada... Op, cit, p. 376.

34 STJUE de 14-3-2017 (C-157/15), caso Achbita.

35 STJUE de 22-1-2019 (C-193/17), caso Cresco.

que supone una pérdida de talento y causan efectos perjudiciales en la productividad, y sobre el crecimiento económico. Sin olvidar que en el ámbito social y económico suponen grandes desigualdades, frente a la cohesión y la solidaridad sociales, y ser un obstáculo para la reducción de la pobreza³⁶.

Además de los mencionados supuestos de discriminación, la LITND va a incorporar una serie de nuevos supuestos de aplicación de la norma, que vamos a ir analizando. Entre los nuevos motivos, el art. 2 LITND incorpora como supuesto, que puede dar lugar a discriminación, el referido a la nacionalidad, tanto en el caso de ser menores como mayores de edad o de disfrutar o no de una residencia legal.

En efecto, las discriminaciones por esta causa pueden ser variadas, y van desde el régimen de subsidios familiares y ventajas fiscales, para trabajadores con hijos que residan en otro Estado miembro de la Unión Europea³⁷, como en las prestaciones que pueden recibir los deportistas³⁸, la prohibición de discriminación por ostentar una determinada nacionalidad, en determinados trabajos, como es el caso de los que afectan a las tareas portuarias³⁹ o para acceder a la profesión de Notariado⁴⁰.

Siguiendo con los nuevos motivos recogidos en el art. 2 LITND encontramos los de “edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En cuanto a la discriminación por razón de edad o edadismo ha sido, afortunadamente, incorporada a los motivos que se recogen en la LITND. De esta forma, encuentra una salida jurídica la demanda, que realizaba en 2015, nuestro discípulo Rubén Herranz, cuando en su Tesis Doctoral proponía reformas, incluida una de la propia Constitución, que incorporarse al art. 14 CE la edad como criterio de discriminación. A la vez que se planteaba la necesaria actualización del art. 50 CE, como una forma de renovación de nuestra Carta Magna a la realidad social y jurídica de las personas mayores⁴¹.

El edadismo supone un proceso de estereotipación y de discriminación sistemática de las personas, por la cuestión biológica de cumplir determinada edad y, en este sentido, se convierte en una forma de diferenciación que puede ser tan negativa,

36 OIT.: Conferencia Internacional del Trabajo. *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe, 2007, p. 7.

37 STJUE de 16-6-2022 (C-328/20), caso Comisión Europea contra Austria.

38 STJUE de 18-12-2019 (C-447/18), *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

39 STJUE de 11-2-2021 (C-407/19 y 471/19), *Trabajo portuario en Bélgica*.

40 STJUE de 15-3-2018 (C-575/16), *Comisión Europea contra República Checa*.

41 HERRANZ GONZÁLEZ, RUBEN.: *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*. Tesis Doctoral dirigida por Mateos y de Cabo, O. I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 480.

como cuando se discrimina por razón del racismo o del sexismo, en función del color de la piel o del género⁴².

En cuanto a la discriminación por discapacidad, la LITND cita expresamente en su preámbulo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Directiva de accesibilidad de los productos y servicios de la Comisión Europea. También son aplicables una serie de estrategias y de documentos políticos, entre los que destacamos la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030.

La discriminación por discapacidad se encuentra presente en muchos de los preceptos de la LITND, como en el art. 5.3 LITND en el acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes, en formato accesible y comprensible tales como lectura fácil, Braille, lengua de signos, “y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos”.

Además, el art. 6. 1. a) LITND considera una discriminación directa, que es la situación en que se encuentra una persona o grupo que es tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable, cuando hay una “denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad”.

La discapacidad también afecta a otras esferas, como la regulada en el art. 13.3 LITND, que se ocupa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación. Será necesario disponer de medios especiales para las personas con discapacidad, para adaptarse a las que “presenten necesidades específicas de apoyo educativo o se desvele que el grupo al que pertenecen sufre porcentajes más elevados de absentismo o abandono escolar”.

La lista sería larga, pero después de las situaciones tan trágicas vividas durante la pandemia del Covid-19 no queremos dejar de mencionar el art. 15. 3 LITND, según el cual no se puede excluir a nadie de “un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”.

En cuanto a la orientación o identidad sexual las reivindicaciones de los colectivos de homosexuales y transexuales han propiciado la incorporación, de manera expresa, de la no discriminación por razón de orientación sexual en algunas de las disposiciones tanto de carácter internacional como nacional⁴³.

42 La doctrina del Tribunal Constitucional analizó las posibles discriminaciones por razón de edad a raíz de determinados casos ligados a la jubilación obligatoria, como en la STC 95/1985, de 29 de julio; STC 111/1985, de 11 de octubre o en la STC 112/1985, de 11 de octubre. Vid. HERRANZ GONZÁLEZ, RUBEN.: “El edadismo o discriminación por edad y sus clases”, en MATEOS Y DE CABO, O. I (et al.): *La discriminación por edad...* Op, cit, p. 36.

43 ALVENTOSA DEL RÍO, JOSEFINA.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 26.

De esta forma, se ha considerado que la discriminación por identidad de género es una forma de discriminación por motivos de sexo, lo que fue explícitamente señalado en la Directiva 2002/73CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En nuestro ordenamiento, los cambios realizados mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, han incidido en el ámbito de la orientación o identidad sexual⁴⁴.

Por otro lado, la expresión de género tiene que ver con la apariencia, el comportamiento o actitud y de una persona, que se asocian a categorías de masculino o femenino. Sería el caso de un varón, que se casa con una mujer, y años después cambia de sexo, y se considera una mujer transgénero desde el año 1991, aunque no es hasta 1995 cuando se somete a una operación quirúrgica de cambio de sexo⁴⁵.

En el caso de discriminación debido a enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, el art. 2.3. LITND afirma que la enfermedad no es una causa válida para justificar diferencias de trato distintas, que no sean aquellas que puedan ocasionar el propio proceso de tratamiento terapéutico, o aquellas “limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

En el art. 15.1. LITND se recoge, de forma general, que las Administraciones sanitarias tienen la competencia para garantizar que no se produzca cualquier forma de discriminación, a la hora del acceso a los servicios y de las prestaciones sanitarias, debido a discriminación previstas por la LITND.

En el párrafo segundo de este precepto se precisa que no se puede excluir a nadie de un tratamiento sanitario o de un protocolo de actuación sanitaria, cuando concurre una discapacidad, tampoco por no tener un hogar, por la edad, sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, excepto “que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”⁴⁶.

44 También la modificación del dos bis, en el art. 20 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

45 Al cumplir la edad legal de jubilación aplicable a las mujeres en el Reino Unido, que son los 60 años, solicita una pensión, que le fue denegada, porque todavía no había realizado el procedimiento legal establecido para el reconocimiento del cambio de sexo. STJUE de 26-6-2018 (C-451/16), caso MB contra el Tribunal Supremo (Reino Unido).

46 En el art. 15.3. LITND se encomienda a las Administraciones sanitarias el promover aquellas acciones que tengan como destinatarios a los grupos de población con necesidades sanitarias especí-

Se trata de una previsión, frente a una discriminación, que, desgraciadamente, ha llegado tarde para los más de 30.000 ancianos fallecidos en España, durante la pandemia del Coronavirus, que vivían en las residencias españolas y no fueron derivados a sus hospitales de referencia, cuestión de la que nos hemos ocupado anteriormente en un artículo científico⁴⁷.

En efecto, las Administraciones sanitarias españolas se ampararon en un documento de trabajo de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), titulado: “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”, fechado en marzo de 2020⁴⁸.

En este documento se incluían criterios en el triaje de pacientes, claramente discriminatorios, como el de prioridad en la asistencia sanitaria en función de los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). Además, se establecían criterios que discriminaban a las personas mayores, como el de “tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”.

Con este argumento se excluyó a miles de personas mayores, al considerar que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva” lo que, en la práctica, supone no aplicar este tratamiento, con una clara limitación en la supervivencia del paciente⁴⁹.

En la discriminación por lengua, la diferencia de trato se produce por el idioma materno que emplea cada persona o por otras características derivadas de sus conocimientos lingüísticos o precisamente por carecer de las necesarias habilidades para expresarse en el idioma oficial de un Estado. En este sentido, el art. 5. LITND, cuando trata el tema de los derechos a la información y al asesoramiento de las per-

ficas, como las personas mayores, menores de edad, aquellas con discapacidad, del colectivo LGTBI, “que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal, síndromes incapacitantes, portadoras de virus, víctimas de maltrato, personas en situación de sinhogarismo, con problemas de drogodependencia, minorías étnicas, entre otros, y, en general, personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión y situación de sinhogarismo con el fin de asegurar un efectivo acceso y disfrute de los servicios sanitarios de acuerdo con sus necesidades”.

47 MATEOS DE CABO, OSCAR, IGNACIO.: “El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores en la pandemia del Covid-19 y los protocolos médicos en Italia y en España”, en *Queste istituzioni* (Revista Jurídica Italiana), nº 2, 2022, p. 71-110.

48 Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias). “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”. 2020 Marzo. Vid. https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf.

49 MATEOS DE CABO, OSCAR, IGNACIO.: El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores... Op, cit, p. 93.

sonas víctimas de discriminación, pone especial empeño en que puedan “recibir información completa y comprensible” mediante los servicios, organismos u oficinas disponibles por las Administraciones públicas.

En el art. 5.3. LITND se garantiza a las víctimas de discriminación, especialmente las que tienen discapacidad, un acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes.

En cuanto a la discriminación por la situación socioeconómica, el art. 16 LITND consagra el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la prestación de los servicios sociales, con previsión para las Administraciones públicas de garantizar el acceso y la prestación de los diferentes servicios sociales, con atención prioritaria de los grupos vulnerables, especialmente de mujeres y de niñas.

La Administración pública asume, de esta forma, el establecimiento de los “mecanismos que eviten excluir a las personas con una situación socioeconómica más débil o que se encuentren en situación de sinhogarismo u otras consecuencias derivadas de su situación de pobreza”⁵⁰.

La importancia de luchar contra esta discriminación resulta manifiesta, cuando comparamos el sistema español de protección social, como el menos redistributivo y más pequeño de los instaurados en la Unión Europea. Resulta especialmente preocupante pues, pese ser “una materia profusamente legislada, regulada y sectorizada carece de garantías en la aplicación del derecho de la ciudadanía española a los servicios sociales”, a falta de una Ley Estatal General Básica de Servicios Sociales, que establezca este derecho frente a determinadas situaciones de necesidad social⁵¹.

En efecto, la exclusión social de los más desprotegidos, debido a su situación socioeconómica, no es solo una de las más flagrantes formas de dejar a personas y colectivos fuera de los más elementales derechos, sino que ya hemos mantenido con anterioridad, que “está en contra de la base sobre la que se asienta la forma política y jurídica de la propia organización estatal”⁵².

50 El art 17 LITND también se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios, como pueden ser “los servicios financieros, de transporte, formación, ocio o similares”.

51 BENLLOCH SANZ, PABLO: “El derecho a la igualdad y no discriminación en la sanidad y los servicios sociales”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 101.

52 MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO.: “La exclusión social en el marco del Estado social y democrático de Derecho: Análisis y propuestas”, EN QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO. (Dirs.): *Instrumentos jurídico-laborales de prevención y solución de la exclusión social en el Estado social y democrático de Derecho. Estudio comparado*. Dykinson, Madrid, 2019, p. 22.

Por último, la cláusula abierta alude a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y, como recuerda Sempere Navarro, permite incorporar posibles nuevos motivos de discriminación⁵³.

El Tribunal Constitucional ha interpretado esta cláusula abierta como una causa personal que se puede predicar, por ejemplo, de la edad (STC 75/1983, de 3 de agosto FJ 3). Esta doctrina se reitera en otras Sentencias, como en la STC 69/1991, de 8 de abril FJ 4, donde el Tribunal determina que “la edad es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna”. También en la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3 manifiesta que “aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto, y por ello podrá en algunos casos ser tomada en consideración por la norma o su intérprete cuando resulta relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad”⁵⁴.

De una forma similar, entendemos que dentro de esta cláusula abierta podrían situarse personas y colectivos, como los protegidos por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a la cual se puede llegar por muy diversas circunstancias, no solo las de la edad, sino también por enfermedad, discapacidad, pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial. Nos estamos refiriendo a las personas que “precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal” (art. 2 Ley 39/2006).

La cláusula abierta también podría servir para evitar las discriminaciones que puede originar la transformación digital y las nuevas tecnologías, pues ya hemos mantenido con anterioridad que, “si no se aplican con justicia y equidad pueden colocar en una situación de pobreza y de exclusión social, en un futuro no muy lejano, a buena parte de la población”. Lo que implica una lucha para fomentar la igualdad, la formación continua y la posibilidad de un acceso real a los derechos y servicios esenciales para una vida digna y plena⁵⁵.

53 SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Apuntes para contextualizar la LITND”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión...* Op, cit, p. 21.

54 HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN.: “La discriminación por razón de edad como factor de exclusión en el empleo: doctrina constitucional”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. YOLANDA; MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO. (Dirs.): *Instrumentos jurídico-laborales...* Op, cit, p. 102.

55 MATEOS DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *La exclusión social en el marco del Estado...* Op, cit, p. 91.

IV. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

La protección frente a la discriminación implica la utilización de una serie de métodos o instrumentos, que permitan tanto la detección como la adopción de las medidas preventivas. Esta es una de las grandes preocupaciones de la LITND, pues ya en la exposición de motivos se advierte que, los informes de diversos organismos competentes han puesto el acento en que “el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan”.

Por eso, la norma pone especial atención en señalar que, en el caso de incumplimiento de las obligaciones que contiene, se podrán exigir, de acuerdo al art. 25 LITND, tanto aquellas responsabilidades administrativas, como penales y civiles por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, con la finalidad de restituir al perjudicado, así como la de exigir, en su caso, la indemnización que permita lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas.

Como medida de protección, el art. 26 LITND declara que son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que incurran en discriminación, por cualquiera de las causas contenidas en esta norma o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

De esta forma, el acto nulo de pleno derecho no tendría eficacia alguna y *ab initio* no produce efectos jurídicos, sin que sea necesario previa impugnación y, además, los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo permitirían la ficción jurídica de considerarlo inexistente⁵⁶.

Por otro lado, la sanción administrativa que se pueda imponer a través del régimen de infracciones y sanciones, contenido en el Título IV de la LITND, solo permite sancionar las conductas tipificadas en la norma, al estar la sanción administrativa “sujeta a las garantías propias del ordenamiento jurídico penal que se aplican también al ámbito administrativo sancionador”⁵⁷.

56 MORALES VÁLLEZ, CONCEPCIÓN.: “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 122.

57 ALARCÓN CASTELLANOS, MARÍA.: “Infracciones y sanciones en la LITND, Integral para la Igualdad de Trato y la no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V; GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA (Dirs.). *Una visión transversal...* Op, cit, p. 147.

En este sentido, las sanciones del régimen de infracciones en materia de igualdad de trato y no discriminación pueden ser calificadas como leves, graves o muy graves (art. 47 LITND)⁵⁸.

En cuanto a la responsabilidad criminal, por los actos contrarios a la igualdad o que generan discriminación, se sigue la atribución general de traslado al Ministerio Fiscal, que según el art. 32 LITND es el encargado de promover y coordinar las actuaciones en el ámbito penal, que estén dirigidas a la investigación y persecución de los comportamientos discriminatorios. De esta forma, las Administraciones públicas pueden trasladar al Ministerio Fiscal cualquier hecho o actuación, que hayan conocido, en el que se acredite un trato discriminatorio, del que se pueda derivar una responsabilidad penal.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la ampliación de los supuestos de discriminación, la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, incorpora importantes novedades, que complementa la regulación contenida en la LITND, porque modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Este es el caso del art. 22 excepción 4.^a del Código Penal, que modifica entre las circunstancias agravantes, aquellas cometidas por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, la religión, creencias y otros motivos de discriminación.

La LO 6/2022 también modifica los puntos 1 y 2 del art. 510 del Código Penal, para castigar con una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses, las distintas conductas que inciten al odio, violencia contra un grupo, motivos racistas, antisemitas, antigitanos, ideología, religión, sexo, enfermedad o discapacidad, entre otras discriminaciones.

De esta forma, las consecuencias jurídicas que se pueden derivar del incumplimiento delictivo de la igualdad y la no discriminación, que son constitutivas de delito e implican privación de libertad, se encuentran reguladas en el Código Penal. Precisamente, la Exposición de Motivos de esta norma se refiere, explícitamente, a este tipo de conductas ilícitas, argumentando que la legislación penal puede contribuir a eliminar “regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”.

Esta meta resulta evidente en “las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación” y, como ejemplo, se puede citar “la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en la que se ha procedido a adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido.

Según Silvia Valmaña la utilización del Derecho penal, como un instrumento para la erradicación de la desigualdad y la discriminación, se va a concretar “en la

⁵⁸ El art. 48. LITND fija la cuantía de las infracciones leves entre 300 y 10.000 euros, las graves entre 10.001 y 40.000 euros y las muy graves entre 40.001 y 500.000 euros.

circunstancia agravante de motivos discriminatorios y la introducción, ampliación y revisión de diferentes tipos penales”⁵⁹.

Esta idea está presente también en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando habla de “establecer una serie de medidas positivas como parte del mandato constitucional”, que se van a justificar en la previsión a los Poderes Públicos del art. 9.2 CE⁶⁰.

Desde el punto de vista del Derecho penal, uno de los problemas que suscita este tipo de normativa es que “una acción positiva, por su propia naturaleza, no podría estar incluida en una norma que pretende cierta permanencia como es el Código penal. Este no es un instrumento coyuntural, como lo son las acciones positivas, uno de cuyos elementos esenciales es la transitoriedad de las mismas”⁶¹.

Por eso, desde la doctrina científica se ha destacado que, la cuota o la preferencia, no deberían actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de la población excluida. En realidad se trata de acciones que tienden a establecer unos puentes transitorios, cuya finalidad es producir resultados estables con la igualdad de oportunidades, que se adoptan a través de diferentes medidas⁶².

En efecto, en el Código Penal la discriminación puede constituir tanto un delito, como puede ser una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Este último es el caso del art. 22 CP que, en su cuarto párrafo, establece como una circunstancia agravante la de haber cometido “el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁶³.

59 VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA.: “Igualdad y no discriminación en el Derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer”, en *Anuario Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, 2011, p. 52.

60 Según la exposición de motivos: “los Poderes Públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

61 *Ibidem*.

62 REY MARTÍNEZ, FERNANDO.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, Mc Graw Hill, 1995, p. 326.

63 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº. 281, de 24/11/1995. Modificada por la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

En el caso de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, en el art. 170.1 CP, se imponen las penas superiores en grado, cuando las amenazas de un mal que constituye delito “fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo”.

De esta forma, la protección frente a la discriminación en el Código Penal se otorga en diferentes tipos penales. En primer lugar, la protección específica en los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones, de los arts. 511 y 512 CP. En el primer caso se tipifica que incurre en la pena de prisión de seis meses a dos años, y en una multa de doce a veinticuatro meses, además de inhabilitación especial para empleo o cargo público, durante el tiempo de uno a tres años, aquel “particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

En el mismo precepto se prescribe que se aplican las mismas penas a los hechos que son cometidos “contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género” a los que hay que añadir por causa de aporofobia, exclusión social o discapacidad.

En el caso de intervención de funcionarios públicos, que hubiesen cometido alguno de los hechos que hemos descrito anteriormente, se produce una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. De esta forma, se incrementa la pena en su mitad superior y en la de inhabilitación especial que impida el empleo o desempeño de un cargo público durante dos a cuatro años⁶⁴.

Por otro lado, la discriminación puede afectar de muy diversas formas, como en el caso del ámbito laboral. En el art. 314 CP se establece la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, para aquellos que “produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación

64 En todos los supuestos anteriores se impone también “la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena impuesta si esta fuera de privación de libertad”. Cuando la pena impuesta se trata de una multa la pena de inhabilitación especial tiene una duración de uno a tres años en función, proporcionalmente, de la gravedad del delito y de las circunstancias concurrentes. *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, ANA CRISTINA.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del CP.* Albacete, Bomarzo, 2007.

o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español⁶⁵.

Según Patricia Tapia, desde que entró en vigor del Código Penal, en el año 1995, no se ha producido ninguna sentencia condenatoria sobre este asunto, y cuestiona que “sea consecuencia del escrupuloso respeto de la igualdad y la no discriminación en el mercado de trabajo español”⁶⁶.

Por otro lado, también se ha tipificado penalmente la discriminación por razones genéticas, en el art. 6 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. De esta forma, no se podrá discriminar a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético, prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda⁶⁷.

Esta regulación se traslada al Código Penal, que prohíbe la manipulación genética con la finalidad de selección de la raza. El art. 160.3 CP castiga esta conducta con la pena de prisión de tres a siete años. Además, conlleva la de inhabilitación especial para desempeñar un empleo o un cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de siete a diez años, cuando se trata de “creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Hay que especificar que se trata de la llamada clonación reproductiva, que busca la creación de seres humanos idénticos, pero que la denominada clonación terapéutica está permitida en la vigente Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. No obstante, la llamada clonación terapéutica comparte muchas de las mismas técnicas con la clonación reproductiva con lo que, dominada esta técnica, se plantea la tentación de dar el paso a la clonación reproductiva, como hemos explicado en una investigación anterior⁶⁸.

65 En estos supuestos, si después de un requerimiento no se restablece la situación de igualdad ante la ley o cuando se ha producido una sanción administrativa, para reparar los daños económicos derivados se procede a aplicar la anterior pena de prisión o de multa.

66 TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA.: El delito de discriminación laboral: Artículo 314 CP. (Tesis Doctoral), Universidad de Valladolid, 2012. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=fACKpcT50Oc%3D>.

67 A lo que se suma la prohibición de la clonación en seres humanos con fines reproductivos, contenida en el art. 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana, por considerarse un atentado contra la ética y la dignidad humana.

68 Esta tendencia general ha posibilitado la prohibición de todas las formas de clonación humana, que se consagra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre este asunto, del 8 de marzo de 2005, en la que se pedía a los Estados miembros que prohibiesen todas las formas de clonación, al ser incompatibles con la dignidad y la protección de la vida humana. A pesar de que el representante del Gobierno español votó en contra de esta Declaración, para manifestar su desacuerdo con la prohibi-

Por otro lado, encontramos los delitos de provocación a la discriminación del art. 510.1 CP que castiga, con una pena de prisión de uno a cuatro años y una multa de seis a doce meses, a los que “públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”⁶⁹.

Por otro lado, el art. 197 CP impone las penas previstas, en su mitad superior, en el caso de personas que “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales”. Este supuesto se produce cuando estos hechos afectan a datos personales que desvelan “la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Volviendo a la discriminación del art. 510 CP en su tercer párrafo también se castiga a los que de forma pública “nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores (...)”.

Se ha señalado que estas son formas especialmente odiosas de provocación demagógica, que hiere especialmente a las víctimas de los crímenes contra la humanidad, por lo que también se encuentran castigados en la legislación penal de Alemania, Francia y otros países. Este es el supuesto de las acciones que consisten en minimizar o trivializar los crímenes cometidos por el régimen nazi, con la finalidad de agitar el clima político a través de la negación de la existencia del Holocausto.

En otros países, como en Francia, se han creado diversas figuras jurídicas con la finalidad de combatir cualquier “actividad racista, antisemita o xenófoba, así como la apología de los crímenes de guerra, de los crímenes contra la humanidad, como se los ha definido por el Tribunal de Nuremberg, y la negación del Holocausto”⁷⁰.

ción de la clonación, debido a que, posteriormente, dejaría de estar prohibida en España la llamada clonación terapéutica. Vid. MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *El derecho fundamental a la vida*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 77.

69 Este precepto resulta punitivo también a los que producen, elaboran, posean, con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, contribuyan con la distribución, la venta de escritos o de cualquier otra clase de material o de soporte, que “por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo”.

70 POLITOFF, SERGIO.: “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado”, en *Ius et Praxis*, Vol. 5, nº. 2, 1999, p. 200.

En un sentido similar, el art. 515 CP declara punibles las asociaciones ilícitas que fomenten o inciten al odio, que creen hostilidad y cualquier tipo de discriminación o violencia contra las personas, los grupos o las asociaciones debido a causas de “ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad”⁷¹.

La forma más grave y extrema de discriminación se produce con el delito de genocidio, que está tipificado en el art. 607 CP, que está castigado con la pena de prisión permanente revisable, cuando se mata a alguno de sus miembros con el “propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes”⁷².

Por otro lado, también nos encontramos ante un supuesto extremo cuando se utilizan las técnicas de selección genética para la destrucción de un grupo o raza. En este sentido, el programa más amplio de eugenesia, con asesinatos masivos y esterilizaciones forzadas se realizó durante el siglo XX durante el Tercer Reich⁷³.

Desgraciadamente, estas prácticas se han repetido en otros muchos países, entre los que podemos citar a Suecia, con las leyes adoptadas por unanimidad en el *Riksdag*, que sirvieron de base para esterilizar forzosamente a unas 63.000 personas, entre los años 1935 y 1975. En Japón, entre los años 1948 y 1996 se esterilizó a unas 25.000 personas.

La lista de países en las que estas prácticas se llevaron a cabo resulta larga y se puede citar, entre otros, a Estados Unidos, Australia, Noruega, Finlandia, Estonia, Eslovaquia, Suiza o Islandia. A lo que se podría añadir varios países de Latinoamérica, como el Salvador, Honduras, México y Nicaragua, donde las esterilizaciones más habituales y recientes se producen entre las mujeres portadoras del virus VIH y Sida⁷⁴.

71 BERNAL DEL CASTILLO, JÉSUS.: *La discriminación en el Derecho penal*. Granada, Comares, 1998, pp. 113-121.

72 Se castiga con la pena de prisión permanente revisable cuando se agrede sexualmente a alguno de los miembros de los anteriores grupos, causando “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal”. También cuando se produce “la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica” y en el caso de “una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”.

73 Según estimaciones fallecieron unos seis millones de judíos y unos 800.000 gitanos, entre otros, aplicando un programa “médico” que se denominó Aktion T4, que incluía el asesinato y la esterilización de unas 275.000 personas con alguna discapacidad, los enfermos mentales y los homosexuales.

74 GARCÍA ABREU, ANABELA; NOGUER, ISABEL; COWGILL, KAREN.: *El VIH/SIDA en países de América Latina. Los retos futuros*. Organización Panamericana de la Salud-Banco Mundial, Washington, D.C. 2004, USA, p. 5 y ss. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL.: *El Estado como “aparato reproductor” de violencia contra las mujeres. Violencia contra las mujeres y tortura u otros malos tratos en ámbitos de salud sexual y reproductiva en américa latina y el caribe*. Ciudad de México DF. Amnesty

En contra de lo que pudiera parecer, este tipo de prácticas han llegado hasta fechas relativamente recientes. Este es el caso de la denuncia de la Defensora del Pueblo de la región rusa de Perm, que en 2018 expuso públicamente la esterilización forzosa de mujeres internadas en clínicas psiquiátricas. Mientras, por ejemplo, en Checoslovaquia se había realizado una política de esterilización de las mujeres gitanas, que se prolongó hasta el año 1990, aunque el Defensor del pueblo del Gobierno checo había denunciado docenas de casos de esterilización forzosa entre 1979 y 2001⁷⁵.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su art. 13.2 c) prohíbe que se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos. También las conductas que busquen la selección de los individuos o de la raza, con el fin de evitar este tipo de discriminaciones de tipo genético, al considerarse como contrarias a la dignidad humana⁷⁶.

Desde esta perspectiva, el eugenismo incorpora métodos y procedimientos para tratar de evitar al ser humano algunas de las deficiencias que se atribuyen a la genética, lo que abre nuevas posibilidades para los fines eugenésicos, que en la actualidad se decantan por los procedimientos de la biología molecular, con el diagnóstico genético y la intervención directa sobre los genes, a través de los diagnósticos preimplantatorio y prenatal, la terapia génica germinal y la ingeniería genética.

Es verdad que si se utilizan correctamente estas técnicas se podrían conocer las posibles enfermedades que puede tener un embrión, pero también tienen un lado peligroso, en otros fines no terapéuticos, como una posible selección y la “mejora” de la especie, que suelen estar prohibidos en la mayoría de las regulaciones de los países de nuestro entorno⁷⁷.

Por otro lado, también se puede discriminar a los individuos a través de la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, además de someter a un grupo o a cualquiera de sus individuos a unas “condiciones de existencia, que

International Publications 2016. En línea: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2016/09/AMR0133882016SPANISH.pdf>.

75 Declaración final del defensor público de los derechos sobre el asunto de las esterilizaciones en realización en contravención de la ley y propuesta de medidas de remedio, Gobierno checo, 2005. <https://web.archive.org/web/20090207163202/http://www.ochrance.cz/en/dokumenty/dokument.php?doc=400>.

76 El art. 12 de la Ley 14/2006 permite el diagnóstico preimplantatorio, que es otra forma de seleccionar individuos humanos a través de embriones humanos, escogidos por sus características genéticas en la detección de enfermedades hereditarias graves. Además, se utiliza con fines terapéuticos para terceros, en la selección de embriones para curar a un hermano, también conocido como “bebé medicamento”, lo que implica una forma de selección de los embriones, no debido siempre a una enfermedad o patología, sino cuando no resulten compatibles con el hermano enfermo al que tienen que curar.

77 MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: El derecho fundamental... Op, cit, p. 97.

pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud”, lo que está castigado con una pena de prisión de ocho a quince años⁷⁸.

Se trata de una forma extrema de genocidio, que implica unos atentados físicos contra la vida, la integridad física y la salud, pero también de otros bienes personales, que se producen claramente por motivos discriminatorios.

Para evitar estas conductas existen prohibiciones antidiscriminatorias, que se encuentran presentes en la mayoría de los Códigos Penales de los países de nuestro entorno. Es el caso del delito de genocidio como un mal infligido a las personas, que consiste en matar o causar lesiones graves, con la intención de eliminar total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso concreto, con base en consideraciones de tipo arbitrarias como lo regula, por ejemplo, el Código penal francés⁷⁹.

Por último, a todos estos supuestos descritos se añaden los diferentes tipos de delitos que se suelen englobar bajo la categoría de delitos de “género”. En esta categoría se incluyen los malos tratos, que en relación con los delitos de violencia contra las mujeres han venido determinados por el sexo de los sujetos que intervienen en una relación violenta.

Este es el supuesto contemplado en el art. 153.1 CP, que aclara que se produce “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”⁸⁰.

En este sentido, la Sentencia STC 59/2008, de 14 mayo, desestimó una cuestión de inconstitucionalidad, por vulneración del mandato de igualdad, en relación a la discriminación por razón de sexo, del art. 153.1 CP, según la redacción que introduce el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Este pronunciamiento resulta relevante debido a que, según el Tribunal Constitucional, “en el art. 153.2 CP no constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones, que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas

78 La misma pena se aplica cuando se imponen desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros. También cuando se adopte “cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladan por la fuerza individuos de un grupo a otro”.

79 POLITOFF, SERGIO.: Op, cit, p. 196.

80 El agresor que reúna estas circunstancias “será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días”, regulación que ha sido objeto de muchas y variadas posiciones doctrinales.

no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional se complica en una sentencia posterior, la Sentencia STC 45/2010 de 28 julio, en la que se formula un voto particular de una serie de Magistrados, que cuestiona que el tratamiento introducido por la nueva formulación legal solo afecte a su conciliación, no tanto con el principio de igualdad, como en relación con la presunción de inocencia. De esta forma, se afirma que “resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la presunción adversa de que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada de los arts. 153.1 y 148.4° CP”.

Para los Magistrados discrepantes dicha presunción resultaría incompatible con los principios del Derecho penal moderno, porque “ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad concretos, por el hecho propio y no por hechos ajenos. El principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplican los referidos preceptos a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación”.

Basándose en este voto particular, Silvia Valmaña ha calificado estos asuntos como problemáticos, pues, en su opinión, alimentan el debate y oscurecen, en cierto modo, los logros que la nueva legislación ha supuesto en la erradicación de las conductas de violencia machista. No obstante, considera que lo cierto es que la respuesta que el Derecho penal ha venido dando a estas cuestiones es reciente y, además, fruto de una hiperactividad legislativa. Por eso, “ha podido influir en amplificar los aspectos negativos y diluir los positivos, dentro de los cuales destaca, sin ninguna duda el hecho de contribuir en gran medida a la apertura de un debate público sobre lo que hasta hace poco tiempo era un asunto de familia”⁸¹.

De esta forma, concluye que la forma en que el legislador ha procedido a proteger estos bienes jurídicos ha podido crear dificultades, por implicar algunas incongruencias que han podido producir los nuevos tipos específicos, “que no guardan un equilibrio respecto de otros que protegen bienes iguales o incluso superiores”. Sin embargo, en su opinión, por las razones expuestas habría que tender a superar la desconfianza, hacia la labor judicial subyacente, que se produce con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁸².

81 VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA.: Op, cit, p. 59.

82 *Ibidem*, p. 60.

Capítulo V.

Conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación

Charro Baena, P.

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3722>

Sumario: I. Las categorías de discriminación y sus conceptos: 1. Discriminación directa y discriminación indirecta. 2. Discriminación por asociación y discriminación por error. 3. Discriminación múltiple e intersectorial. 4. Actuaciones discriminatorias. II. Las medidas de acción positiva. III. Interpretación de la norma y principio de norma mínima. IV. Bibliografía.

I. LAS CATEGORÍAS DE DISCRIMINACIÓN Y SUS CONCEPTOS

La protección jurídica de la discriminación ha sufrido una constante evolución. Y en esa evolución han surgido nuevas categorías jurídicas, por lo que la oportunidad de incluir un precepto en el que, a modo de glosario, se incluyan todos los conceptos de discriminación, así como sus categorías, es algo muy positivo. Se ha llegado a afirmar, no sin razón, que los cambios más trascendentales sobre las relaciones laborales y otras materias competencia de la Jurisdicción Social no derivan de las disposiciones específicamente dedicadas al trabajo por cuenta ajena (art.9), en la negociación colectiva (art.10) y en el trabajo por cuenta propia (art.11), sino de la aplicación de las normas generales a la realidad sociolaboral, por lo que es una ley con futuro¹. Por otra parte, una de las justificaciones que el legislador reconoce en el Preámbulo de la LITND es que es una norma que “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”.

1 LOUSADA AROCHENA, J.F.: “LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo”, Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 50, 2022, pág. 1 www.elderecho.com, EDC 2022/730336.

La LITND dedica su artículo 6 a las “Definiciones”, según reza su rúbrica. Dada la vocación universal que tiene la norma, los siguientes conceptos no lo serán “a efectos de esta Ley”², sino comunes para todo el ordenamiento jurídico español. Como en otros muchos aspectos en los que la nueva norma es trasunto fiel del Anteproyecto de Ley integral para la Igualdad de trato y no discriminación de 2011³, salvo alguna cuestión de detalle en la que se han tenido en cuenta las observaciones que, en su momento, hiciera el Consejo General del Poder Judicial⁴, no hay innovación relevante con su homónimo de 2011.

Vaya por delante la ya conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE⁵, pudiendo extractarse ciertas ideas que ayudan a aquilatar su exacto alcance: No toda diferencia de trato está prohibida por el ordenamiento jurídico⁶, sino sólo aquella que viene desprovista de una justificación objetiva y razonable⁷. Por tanto, el tratamiento desigual puede existir siempre que quepa calificarlo como razonable, tanto por la causa que lo motiva como por la naturaleza de las propias medidas diferenciadoras⁸. Ahora bien, no todo trato desigual, aun injustificado, supone una discriminación: esta última existe si la diferencia de trato incide en alguna de las causas expresamente prohibidas en la Constitución, en el Estatuto de los Trabajadores⁹ y

2 Como así sucede en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Sobre esta cuestión, véase, MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores” Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, *Coleman y otros*, C-303/06”, *Revista Temas Laborales* núm. 101, 2009, págs. 321-339.

3 ROJO TORRECILLAS señala que la historia de esta Ley no empieza el 21 de enero de 2021 con la presentación de una proposición de ley por parte del grupo parlamentario socialista, sino que sus lejanos orígenes se encuentran diez años antes, en 2011, cuando se aprobó por el gobierno, también socialista en aquel entonces, en el Consejo de Ministros celebrado el 27 de mayo, un proyecto de ley cuyo título era idéntico al de la norma aprobada este año, y que finalmente no llegó a debatirse en sede parlamentaria al caducar la iniciativa” (ROJO TORRECILLAS, E.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la LITND de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>).

4 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion>

5 AA.VV.: *Prontuario de doctrina social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, (Dir. A.V. Sempere Navarro, A.I. Pérez Campos. Aranzadi. Coord. M.E. Cuadros Garrido), Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

6 SSTC 52/1987, de 7 mayo (RTC 1987, 52); 136/1987, de 22 julio (RTC 1987, 136).

7 SSTC 67/1982, de 15 noviembre (RTC 1982, 67); 23/1984, de 20 febrero (RTC 1984, 23); 227/1998, de 26 noviembre (RTC 1998, 227); 47/1999, de 22 marzo (RTC 1999, 47).

8 STC 76/1986, de 9 junio (RTC 1986, 76). En el mismo sentido, STC 291/1994, de 27 octubre (RTC 1994, 291).

9 STC 197/2000, de 24 julio (RTC 2000, 197).

ahora en la LITND; prohibición que responde al deseo de combatir el mantenimiento de arraigadas diferencias históricas que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona¹⁰. En definitiva, la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano¹¹.

1. Discriminación directa y discriminación indirecta

El principio general de igualdad de trato y de no discriminación es uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea

El artículo 6 LITND se divide en ocho apartados; los tres primeros se ocupan de conceptualizar distintas formas de discriminación que, a su vez, se agrupan, porque guardan relación entre ellas, de dos en dos.

Comienza aludiendo a la clásica tipología que distingue entre discriminación directa y discriminación indirecta.

Discriminación *directa* es “la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable” por las causas proscritas de discriminación recogidas en el artículo 2.1 de la misma Ley (art. 6.1 LITND). Si se compara con las definiciones que incluyen las Directivas 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 y 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, vemos que todos los conceptos incluyen situaciones de desventaja pasadas y futuras, lo que se encuentra en consonancia con la finalidad preventiva que persigue la Ley. La diferencia fundamental con las definiciones europeas es que incorporan al grupo en el que se integra la persona discriminada como ámbito subjetivo de protección.

A esta categoría pertenece la mayoría de las sentencias dictadas por el TJEU en esta materia. En relación con esta cuestión, ha de recordarse que, como ha declarado el Tribunal en varias ocasiones, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al art.5.1 de la Directiva 76/207¹².

10 STC 166/1988, de 26 septiembre (RTC 1988, 166).

11 STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173).

12 STJUE 8-11-90, Handelsog Kontorfunktionaerernes Forbund C-179/88 TJUE 5-5-94, Habermann-Beltermann C-421/92 y TJUE 14-7-94, Webb C-32/93.

La discriminación directa, por su gravedad, no admite justificación alguna, incluso si algunas de las argumentaciones esgrimidas por la empresa son razonables desde el punto de vista económico. Por ejemplo, ni siquiera es justificación suficiente el que la trabajadora embarazada no pueda desarrollar su trabajo precisamente por hallarse en ese estado.

La discriminación indirecta —a diferencia de la directa— se cimienta sobre datos puramente estadísticos (de conformidad con la jurisprudencia europea y constitucional), en la que la víctima no es un sujeto en particular, sino a una pluralidad, un colectivo que se ve especialmente perjudicado frente a una disposición general que, a priori, es neutra. Es definida por la LITND, siguiendo la tradición de las Directivas antidiscriminación y las diversas normas internas como aquella que se produce “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 1” de la propia Ley.

La discriminación indirecta tiene un componente constitutivo que es social, por lo que la mera nulidad del acto discriminatorio detectado en un determinado momento resuelve el conflicto concreto, pero no es probable que remedie la situación social en que la discriminación ha tenido su base. Por ello, este tipo de discriminaciones son la meta de algunos de los modelos más discutidos de medidas antidiscriminatorias, en especial, la acción positiva.

2. *Discriminación por asociación y discriminación por error*

A continuación, el artículo 6 LITND define la discriminación por asociación y la discriminación por error. Son conceptos que tratan de responder a situaciones en las que la tutela antidiscriminatoria tradicional no es suficiente. Ha de señalarse que no se trata de nuevas formas de discriminación, desde el punto de vista objetivo, a añadir a las ya explicadas discriminación directa y discriminación indirecta, sino de una ampliación del ámbito subjetivo de protección de la prohibición de discriminación. Tanto es así, que la discriminación por asociación y la discriminación por error podrán ser directa o indirecta¹³.

Antes de ocuparnos de la definición de la discriminación por asociación, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel esencial en la garantía del derecho a la no discriminación, siendo una de las materias sobre las que se ha pronunciado con mayor frecuencia; asimismo se erige como

13 Excepcionalmente niega esta posibilidad BALLESTER ESCRIG, J.: “Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco”, Trabajo y Derecho núm. 69, 2020, www.laleydigital.com, LA LEY 10223/2020.

instrumento fundamental de interpretación de las legislaciones nacionales de transposición¹⁴. Y este es un buen ejemplo de ello. La discriminación por asociación es tributaria de la jurisprudencia del TJUE, en la que se menciona por primera vez en 2008, en la Sentencia de 4 de noviembre, Coleman, asunto C-303/06. En la referida Sentencia, se analiza un supuesto en el que una trabajadora alega discriminación por razón de discapacidad, aunque no es ella la discapacitada, sino su hijo, a quien le proporciona la mayor parte de los cuidados que su estado requiere. La trabajadora, la Sra. Coleman, no es reintegrada en el puesto que había ocupado antes del descanso por maternidad, lo que suponía que tuviera menos flexibilidad horaria; tampoco admitió el empresario la reducción de jornada, siendo objeto de un trato despectivo cuando exigió alguna de estas facilidades.

En esta Sentencia, el TJUE parte de que en Derecho de la Unión no se ha positivizado la discriminación por asociación. Sin embargo, entiende que de la interpretación conjunta de la Directiva puede deducirse que no solo se ha pretendido proteger a la persona en quien concurra una circunstancia prohibida de trato peyorativo, sino también todas las formas de discriminación en función de los motivos contemplados en la norma. Concluyó que la situación constituía una discriminación directa, en aplicación del art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE, cuyo objeto es “luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual” en el ámbito laboral, sin que precise expresamente que en la persona trabajadora concurra la situación que motiva la discriminación.

La Sentencia se circunscribía a la discriminación por razón de discapacidad, lo que inevitablemente llevaba a plantearse si esa doctrina era trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o etnia, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limitaba su campo de aplicación a la discapacidad. El TJUE no se pronunciaba directamente sobre esta cuestión, sin embargo, los argumentos expuestos en la Sentencia podían ser trasladables al resto de las causas de discriminación; lo que así ha ocurrido. La doctrina era favorable a la extensión a otras circunstancias respecto de las cuales se prohíbe el trato peyorativo¹⁵.

Si en la Sentencia Coleman declaró que la práctica empresarial constituía una discriminación directa por discapacidad, en la STJUE 16-7-15, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, se amplía a otro de los motivos de discriminación en razón del

14 PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Discriminación por asociación”, en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, (Dir. Sánchez Trigueros, C.; Coord. Hierro Hierro, F.J. y Kahale Carrillo, T.D.) BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018, pág. 226.

15 Tempranamente, SEMPERE NAVARRO, A.V: “Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)”. *Legal Today* 2008, <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman>. Asimismo, entre otros, FERRANDO GARCÍA, M^a.F.: “La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral”, *Labos*, Vol. 1, núm. 2, 2020, pág. 106.

vínculo familiar, el referido a la etnia; pero es que, además, y esto es lo relevante, aprecia la existencia de una discriminación indirecta. Se trataba de un supuesto en que, en un barrio de Rumanía predominantemente habitado por gitanos romanís, aunque también habitaban persona que no eran de origen gitano, se colocaba el contador del agua en niveles inaccesibles, a más altura de lo habitual (1,70 metros) debido a la gran cantidad de casos de manipulación de medidores que se experimentan en el barrio¹⁶. El TJUE señala que la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, no circunscribe la protección antidiscriminatoria “a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en su artículo 1”, en su totalidad.

Por otra parte, la Sentencia CHEZ Razpredelenie Bulgaria es importante porque, aunque tácitamente, admite que la discriminación por asociación se extienda a supuestos en los que no existe vínculo de parentesco o vinculación estrecha entre la persona trabajadora y la persona o grupo que sufre el trato perjudicial; obviamente, el mayor o menor nexo entre las personas implicadas será uno de los tantos indicios que ayudará al juez a tener la convicción de la existencia de discriminación del empresario¹⁷.

Como se ha visto, inicialmente circunscrita la discriminación a un factor de discriminación prohibido (discapacidad) y a la relación estrecha que guarda la persona trabajadora con quien padece discapacidad (parentesco estrecho), la propia jurisprudencia europea ha ido perfilando esta modalidad de discriminación; perfiles ampliados que han sido recogidos por nuestra LITND, aunque se ha de advertir que la discriminación por asociación no es novedosa, pues el 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, RDLeg. 1/2013), ya la contemplaba y definía¹⁸.

La discriminación por asociación, según la nueva norma española, se produce “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio” (art. 6.2.a) LITND)¹⁹. Como

16 Un comentario a la Sentencia en MORENO CÁLIZ, S.: “Vivir en «barrios gitanos» también margina a quienes no lo son: discriminación por asociación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14”. RTSS CEF, núm. 392, 2015, págs. 131-134.

17 PÉREEZ CAMPOS A. I.: “Discriminación por asociación”, cit., pág. 232.

18 Art. 2: “e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

19 Esto es, por nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad.

se comprueba, partiendo de que la discriminación se basa no en una característica propia de la persona discriminada, sino de otra persona, no se limita a un solo factor de discriminación (discapacidad) sino a todos los que la norma enumera, como ya había advertido también la doctrina²⁰. Por ello, y en atención a los antecedentes jurisprudenciales, lo que verdaderamente aporta la LITND es que la recepción legal del concepto facilitará su aplicación en cualquier causa de discriminación²¹, aunque ha de advertirse que la doctrina judicial asumiendo esta nueva manifestación de discriminación, ya lo había extendido. Y decimos que facilitará y no que permitirá, porque tras la Sentencia Colman, nuestros Tribunales ya venían declarando determinados actos empresariales como discriminatorios por asociación más allá de la circunstancia de la discapacidad y de la relación por parentesco. Así, la STSJ Canarias de 29 de agosto de 2019 (rec. 531/2019), declara la existencia discriminación por asociación por razón de afiliación sindical²² y vincula este tipo de discriminación con la garantía de indemnidad, “puesto que en ocasiones la frontera entre ambas instituciones se difumina, en el sentido de que las dos podrían ser invocadas para la protección del sujeto afectado”²³.

Por su parte, en la muy relevante STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017) declara la existencia de discriminación por asociación indirecta. Se trataba de una mujer que solicitó prestación en favor de familiares por el fallecimiento de su progenitora; el INSS la deniega por entender que aquella no tenía la condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva, pues era titular de una prestación contributiva de viudedad y de una de jubilación SOVI. El TS entiende que el precepto que excluye a quienes han sido pensionistas del SOVI es neutro y no encierra un trato desfavorable por razón de sexo, pero tampoco nadie duda del mayor número de mujeres entre quienes integran el colectivo de pensionistas del SOVI, siendo incontestable la abrumadora feminización de las pensiones de vejez de este régimen. Concluye que “Nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o

20 Por todas, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: “Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales”, Revista de Jurisprudencia Laboral núm. 6, 2019, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000594.

21 LOUSADA AROCHENA, J.F.: LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato...”, cit., pág. 3.

22 En esta Sentencia se resuelve un supuesto de un despido de una trabajadora, pareja de hecho de otro trabajador de la misma empresa, representante sindical muy activo, que había promovido una denuncia de la empresa frente a la Inspección de Trabajo. Tres meses después de presentar la denuncia, la trabajadora es despedida por disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo. Señala el Tribunal que “se trata de una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente a los colectivos vulnerables, o susceptibles de discriminación, en el presente caso por su actividad sindical y judicial frente a la empresa”.

23 VELASCO PORTERO, M^a. T.: “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, Revista Galega de Dereito Social núm. 9, 2019, pág. 217.

transferida porque, a la conclusión anterior de que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación”.

Junto a la discriminación por asociación, la LITND define la llamada *discriminación por error* o discriminación por apariencia²⁴. Por primera vez una norma interna (no la encontramos en el Derecho de la Unión) se recoge expresamente y se define como “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”. Estamos, de nuevo, ante una ampliación del ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria: no solo se protege a la persona por las características propias, sino por lo que otra persona cree que una característica propia.

Hasta el momento, y salvo error por mi parte, tan solo una Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia (Sentencia de 14 de abril de 2021, rec. 160/2021), había utilizado la discriminación por error para dar protección a una situación de discriminación, abriendo la puerta a la ampliación de la tutela antidiscriminación; sentencia que también es aportada por la doctrina científica como primer exponente de la aplicación de la discriminación por error. El ponente fue el Magistrado Lousada Arochena y se centraba en la discriminación por error por motivo de discapacidad. Se trataba de un trabajador, conductor, que sufre un atropello mientras realizaba su trabajo. Informado el empleador, tanto del atropello sufrido por el trabajador como de su ingreso hospitalario, fue a interesarse por su estado al hospital donde se encontraba ingresado. Al día siguiente procede a darle de baja en Seguridad Social. Finalmente, es dado de alta hospitalaria a los cinco días de ocurrir el atropello. En instancia se estimó parcialmente la demanda y se declaró improcedente el despido. El TSJ de Galicia entiende que el dato objetivo del atropello configura una *aparición razonable de incapacidad duradera* en el sentido en que se expresaba la STJUE de 1 de diciembre de 2012, Asunto Daoudi, C-395/15), por lo que podría decirse “más sencillamente, una aparición razonable de discapacidad que el empresario pudo apreciar de propia mano”. La conexión temporal tan fuerte existente entre esa aparición de discapacidad, el accidente de tráfico y la baja en Seguridad Social, lleva a la conclusión de que “nos encontramos, en suma, con una discriminación por apariencia por motivo de discapacidad perfectamente subsumible en el concepto de discriminación directa por discapacidad contemplado en el artículo 2.2.a) de

24 LOUSADA AROCHENA, J.F.; CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales* (LOUSADA AROCHENA, J.F. Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 296.

la Directiva 2000/78/CE”. A mayor abundamiento, el magistrado ponente llama la atención acerca de que a pesar del defectuoso concepto de discriminación directa por razón de discapacidad que se contiene en el art. 2.c) del RDLeg. 1/2013, en la legislación no se exige que “el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia europea para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06)”.

Esta Sentencia fue aplaudida por autores y magistrados, llegándose a afirmar que “se trata de una sentencia muy importante por la aportación doctrinal en la tutela antidiscriminatoria, en general (la discriminación por “apariencia” podría extenderse a otras causas de discriminación como, por ejemplo, la orientación sexual o la religión), y –más en concreto- respecto a la discapacidad”²⁵. La redacción contenida en la LITND permite afirmar, sin género de dudas, que la discriminación por error no se ha de limitar a la circunstancia de la discapacidad sino que se extiende y aplica a todas las circunstancias²⁶.

3. Discriminación múltiple e intersectorial

El apartado 3 LITND define dos tipos de discriminación: discriminación múltiple y discriminación intersectorial, proporcionando, también dos reglas a tener en cuenta cuando se producen ambos tipos de discriminación.

Con este apartado, el legislador ha querido dar cobertura y protección a las situaciones, más frecuentes de lo que pudiera parecer en un principio, de que las personas discriminadas lo son por varias de las circunstancias o factores indeseables, lo que amplifica la gravedad de la vulneración a sus derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, con su previsión expresa permite considerar un nuevo tipo de discriminación, más lesiva, y contra la que podrá reaccionar de manera más intensa el derecho antidiscriminación.

Se ha señalado que el concepto de discriminación múltiple fue reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban (Sudáfrica) en 2001²⁷.

25 AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La importante Sentencia de la sala do social del TSX de Galicia de 14.4.21 (rec. 160 /2021). despido discriminatorio por apariencia de discapacidad”, Jurisdicción Social núm. 221, 2021, pág. 5.

26 Así lo considera ASQUERINO LAMPARERO, M^a.J.: “La LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, Brief AEDTSS, www.aedtss.com, respecto de la discriminación por asociación y discriminación por error.

27 REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, cit., pág. 254.

Por su parte, la Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005, alude a que “en algunos ámbitos puede ser pertinente la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres que tenga en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos”²⁸. Con estas dos referencias, queremos poner de manifiesto de que en el ámbito internacional ya se conocía la existencia de la discriminación por varios motivos, sucesivos o coetáneos; pero el concepto de discriminación múltiple utilizado en ese ámbito internacional no ha de asimilarse, sin más, con el que define la LITND, porque, en ocasiones, engloba también, el de discriminación intersectorial.

Y es que, como se ha señalado con acierto, “para calificar el fenómeno de la discriminación producida por más de un factor constitucionalmente sospechoso (raza, género, etc.) están disponibles no pocos adjetivos: discriminaciones múltiples, dobles, acumulativas, aditivas, multidimensionales, interactivas, compuestas, combinadas, interseccionales”²⁹.

Pues bien, en un intento de definición, la LITND señala que la discriminación múltiple se produce “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en la ley”. Hasta el momento, ninguna norma interna ni de la Unión Europea la había definido, aunque de manera indirecta sí se hacía mención: el Considerando 14 de la Directiva 2000/43/CE puede leerse que “... debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”. Semejantes términos los encontramos en el Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE. A pesar de esa falta de definición en el ámbito de la Unión Europea, la legislación nacional sí la menciona, al disponer en el artículo 20.c LOI que hay obligación de adecuar las estadísticas y estudios para la detección de “situaciones de discriminación múltiple”³⁰.

En realidad, la discriminación múltiple en nuestra norma se trata de una discriminación acumulativa de varios factores vedados a la discriminación, bien sea simultáneamente como sucesivamente. Debe entenderse que la discriminación múltiple no se circunscribe a la concurrencia de dos factores, sino que es posible que coexistan tres

28 REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, cit., pág. 256 y LOUSADA AROCHENA, J.F.; “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, pág. 37.

29 REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, cit., pág. 263.

30 En este punto seguimos a LOUSADA AROCHENA, J.F.; “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, pág. 37.

o más factores, aunque lo más frecuente es que se produzca por la combinación de la discriminación por razón de sexo, junto a otro factor indeseable (mujer e inmigrante; mujer y discapacidad; mujer y edad, etc.). El reconocimiento de la discriminación múltiple puede permitir “definir con más detalle políticas de igualdad de oportunidades dirigidas a colectivos concretos” y puede “justificar una agravación de las sanciones o indemnizaciones aplicables dada la pluriofensividad”³¹.

Por su parte, existe la discriminación interseccional (art. 2.3.b) LITND) “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en [la] ley, generando una forma específica de discriminación”. Lo más relevante de este tipo de discriminación es que la concurrencia simultánea de varias causas de discriminación genera otra con perfiles propios. Al configurar nuevas causas de discriminación, se facilitará a la persona afectada, o grupo al que pertenece, lograr la cesación de la conducta transgresora y la reparación del daño causado. Ahora bien, no toda combinación de factores permitirá hablar, a estos efectos, de intersectorialidad sino solo los factores que estén basados en estereotipos sociales negativos y que tengan un perfil propio³².

Como se adelantaba al comienzo de este subepígrafe, el artículo 6.3 también proporciona reglas a aplicar en la apreciación de la existencia de discriminación múltiple e interseccional. En primer lugar, que en estos casos “la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del art.4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación” (art. 6.3.c) LITND), cuando lo cierto es que en la discriminación interseccional la motivación de la diferencia debe exigirse también en relación con la específica forma de discriminación que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en la LITND³³. En segundo lugar, que las medidas de acción positiva “deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación”, previsión positiva, ya que estos tipos de discriminación, al ser pluriofensiva, resultan especialmente reprobables.

4. Actuaciones discriminatorias

Tras haber definido los tipos y las categorías de discriminación, el artículo 6 LITND, objeto de comentario, describe hasta tres manifestaciones a través de las cuales se puede vehicular la discriminación. Si en los apartados anteriores había-

31 LOUSADA AROCHENA, J.F.; CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, cit., pág. 282.

32 LOUSADA AROCHENA, J.F.; CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: Igualdad y diversidad en las relaciones laborales, cit., pág. 283.

33 LOUSADA AROCHENA, J.F.: “LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo”, Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 50, 2022, www.elderecho.com, EDC 2022/730336.

mos advertido que el legislador no limitaba las definiciones de discriminación a los solos efectos de esta Ley, ahora, las distintas manifestaciones sí contienen dicha limitación, lo que no corresponde con la vocación universal que tiene la norma y el objetivo de constituir un mínimo común normativa del derecho antidiscriminación de la misma.

Señala que el acoso discriminatorio (art. 6.4 LITND) lo constituye “cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la [Ley], con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en el que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”³⁴.

La doctrina³⁵ había identificado en el acoso discriminatorio hasta cinco elementos que han de concurrir: 1.- Lesiona o busca lesionar la dignidad de la persona; 2.- Ha de ser no deseado; 3.- La manifestación de acoso discriminatorio se lleva a cabo a través de unos mecanismos de forma de proceder determinados; 4.- La intensidad de la conducta, hiriente de la dignidad de la persona; y 5.- La conducta se realiza por razón de algunas de las causas de discriminación previstas en la Ley. De alguna manera, la nueva definición recoge directa o indirectamente dichos elementos.

La normativa interna estatal ya contemplaba el acoso discriminatorio. Así, aunque limitado al acoso por razón de sexo, el art. 7.2 LOI lo definía como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, siguiendo la definición de la Directiva 2006/54/CE. En similares términos se expresa el art. 2.f) del RDLeg. 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, al señalar que acoso “es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

La nueva Ley difiere de las anteriores definiciones en dos aspectos: a) la conducta discriminatoria se realiza por razón de cualquiera de las causas proscritas de

34 Resulta interesante consultar BUSTAMANTE RUANO, M^a. A.: “Acoso, acoso por razón de sexo u acoso discriminatorio ¿Tres denominaciones para una misma cosa?” RTSS CEF núms. 353-354, 2012, págs. 115- 142, donde realiza un estudio comparativo sobre las definiciones contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (acoso), en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (acoso por razón de sexo) y Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación (acoso discriminatorio).

35 SERRANO ARGÜELLO, N.: “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7, 2011 paraf. 54/2011, BIB 2011/1533.

discriminación; y b) se extiende el ámbito subjetivo no solo a una persona sino también al grupo en el que se integra.

Nuestros Tribunales del orden social ya han tenido ocasión de pronunciarse en asuntos en los que se ha llevado a cabo un acoso discriminatorio. Por resultar suficientemente ilustrativas, pondremos los siguientes ejemplos.

En primer lugar, aludiremos a la STSJ de Madrid 302/2006 (rec. 1414/2006). Consta como hechos probados que el trabajador, mayor de 55 años, desempeñaba de modo eficiente su labor como vicepresidente en una entidad bancaria, siendo felicitado repetidamente por la empresa. En junio de 2004 se produjo una reestructuración en su departamento y se le asignaron funciones que no eran adecuadas a su categoría, perfil y experiencia; además, se le situó jerárquicamente por debajo de otro trabajador que tenía un nivel profesional inferior al suyo y se le privó del despacho que venía ocupando, pese a existir varios vacantes en el centro de trabajo. Todo esto sucedió en un contexto laboral de reorganización coincidente con la política de prejubilaciones voluntarias adoptada por la empresa. El trabajador había rechazado una prejubilación anticipada indemnizada. Presenta demanda de extinción voluntaria del contrato de trabajo por incumplimiento grave y culpable del empleador y en instancia se declara que la conducta empresarial era improcedente y constituía una justa causa de resolución del contrato laboral *ex* artículo 50 ET; sin embargo, no consideró que hubiese habido una conducta de acoso al no haber existido por parte de la empresa un ánimo de hostigamiento y vejación que buscara su degradación laboral.

Recurrida en suplicación, el TSJ de Madrid consideró que “el principal derecho que estaba en juego era el derecho a la no discriminación por razón de la edad del que es titular el trabajador, respecto al cual el derecho a no sufrir acoso laboral juega un papel instrumental, en el sentido de que la empresa pretende llevar a cabo una conducta discriminatoria y el medio al que recurre para consumir ese propósito es el acoso del trabajador”.

Asimismo, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018) declara la existencia de un acoso discriminatorio efectuado por el empleador frente a un trabajador, esposo de una trabajadora que sufre acoso por parte de un directivo y que pone en marcha el procedimiento antiacoso. El trabajador es presionado para que inste a su esposa a desistir del procedimiento, hasta el punto de que dichas presiones le producen una tensión psicológica que deriva en una angina de pecho debido al estrés.

En segundo lugar, y en el apartado 5 del artículo 6, la LITND- aborda la definición de otra de las vías a través de las cuales puede materializarse la discriminación, esto es, la inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas prohibidas. La norma exige que la inducción sea “concreta directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria”.

En fin, la discriminación se puede instrumentalizar por vía de represalias. La LITND dispone que por represalia se entiende, dejando a salvo los supuestos que pudieran constituir un ilícito penal, “cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia o recurso de cualquier tipo con el mismo propósito”.

Señalaremos al respecto que tanto el Tribunal de Luxemburgo como nuestros Tribunales internos han admitido que la discriminación por asociación se vehiculice a través de las represalias que el empleador pueda adoptar basadas en una circunstancia proscrita de discriminación. Como ejemplo de ello, traeríamos a colación la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), Asunto Hakebbracht y otros, en la que se califica como discriminatorio el despido de trabajadora, encargada de la selección de personal que propone la contratación de una persona, por considerarla la candidata idónea, que se encontraba embarazada. La empresa, a pesar de la recomendación y propuesta, rechaza su contratación, por lo que la trabajadora hace llegar su disconformidad: comunica a la encargada de Recursos Humanos que la ley prohíbe que no se contrate a alguien por su embarazo, a pesar de lo cual la empresa insiste en su negativa, por lo que presenta una reclamación. De esta reclamación es informada la empresa tres meses después, cuando se lo comunica Instituto belga para la igualdad entre mujeres y hombres. Meses más tarde, la empresa rescinde el contrato de trabajo de la trabajadora, alegando la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden. La trabajadora se dirige al Tribunal de lo Social de Amberes pues considera que ha sido víctima de discriminación al haber sido testigo en la instrucción de la reclamación presentada por la candidata rechazada. Sucede que el artículo 22, apartado 9, de la Ley de Género belga garantiza la protección contra las medidas de represalia contra quienes intervienen como testigos oficiales, y en este caso no se cumplen los requisitos de la definición legal exigidos a tal efecto, dado que la trabajadora. no puede presentar ningún documento fechado y firmado relativo a su testimonio³⁶.

El TJUE afirma que “del artículo 24 de la Directiva 2006/54 [relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)] se desprende que la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluye a todos los trabajadores que puedan

36 Un comentario sobre esta sentencia en BOGONI, M.: “Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. una propuesta de estudio desde el derecho social europeo”, Revista Galega de Dereito Social núm. 9, 2019, pág. 258 y ss.

ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría”.

En el ámbito nacional, una reciente STS (sala de lo penal) núm. 439/2022, de 4 de mayo, declara que “la resolución ordenando el cese de una determinada empleada pública fue tomada por el Alcalde en claro ejercicio de una desviación de poder, del cual abusó para represaliar a un rival político que le había denunciado por un supuesto delito de prevaricación”³⁷.

Para finalizar este apartado, aunque en el artículo 8 LITND, pero procede traerlo en este momento a colación, el legislador califica, asimismo, como discriminatoria la inducción, orden o instrucción de cometer una acción de intolerancia por cualquiera de las causas establecidas en la propia Ley (art. 2.1). La previsión transpone lo previsto en el artículo 2.4 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”) ampliándolo a la inducción o instrucción. Resulta reiterativa respecto a lo previsto en el artículo 6.5 de misma Ley, que ya hemos comentado anteriormente. De hecho, entendemos que resulta más coherente su ubicación en el artículo 8, pues en realidad, como se ha visto, anteriormente no se definen ni la inducción ni la orden ni la instrucción, pues se limita a declarar que son discriminatorias si van dirigidas a discriminar por alguna de las causas del artículo 2.1 LITND.

II. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Las medidas de acción positiva son otro de los conceptos que define la LITND. Estas medidas constituyen un complemento al principio de igualdad y tienen un marcado carácter instrumental pues su finalidad es garantizar en la práctica la igualdad entre mujeres y hombres. Gozan de sustento constitucional cuando el artículo 9.2, como complemento al principio de igualdad contenido en el artículo 14, obliga a los “poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”³⁸. En este

37 Un comentario sobre esta sentencia en SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación?”, Revista de Jurisprudencia Laboral núm. 8, 2022, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000002080

38 Avaladas por el Tribunal Constitucional, tempranamente pudimos leer que “entre los posibles elementos justificadores del distinto tratamiento normativo se encontrarán indudablemente aque-

marco se encuadran las denominadas acciones positivas, que tiene como objetivo la remoción de las desigualdades fácticas, no corregidas por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Asimismo, encuentran su respaldo en el Derecho de la Unión Europea en relación al principio de igualdad por razón de sexo, al disponer que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales (art. 157.4 TFUE)³⁹.

La LITND define las acciones positivas como “las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja, en su dimensión colectiva o social”. Como ya advirtiera la doctrina, frente a la limitación contenida en la LOI acerca de que las medidas específicas, entre las que se encuentran las acciones positivas, que pueden adoptar los poderes públicos a favor de las mujeres, se establecen para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, esto es, con referencia al pasado, también son posibles las acciones positivas de futuro, que promueven el cambio hacia un nuevo modelo integrador, por lo que no necesitan justificarse en la existencia de situaciones pasadas de discriminación⁴⁰. Y así lo ha recogido la LITND desde la perspectiva preventiva.

Las acciones positivas tienen una dimensión colectiva o social. Consisten, desde esta perspectiva, en la articulación de medidas que favorezcan de forma exclusiva o predominante a los sujetos periclitantes a un colectivo determinado de víctimas de una discriminación, para compensar los efectos de la desigualdad y alcanzar la igualdad, no sólo de trato (eso se logra con la eliminación de la discriminación singular) sino de oportunidades, en los resultados a alcanzar por los miembros del colectivo discriminado.

Tras su conceptualización, exige la LITND que las acciones sean razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persiguen. La acción positiva implica una diferencia de trato, que no ha de considerarse discriminatoria porque la desigualdad no es en sí misma discriminatoria, sino que solo es discriminatoria la desigualdad irracional o, en expresión contenida en la STC

llas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer, en virtud de las cuales la persona del sexo femenino [...] pueda contribuir a poner fin a una situación de inferioridad en la vida social y jurídica, caracterizada por la existencia de numerosas trabas de toda índole en el acceso al trabajo y en la promoción a lo largo de la actividad laboral y profesional”.

39 También aparecen recogidas en la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (art. 5) y en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 7).

40 AA.VV.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*. 2ª ed. LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 115.

229/1992, 14 de diciembre de 1992, la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”.

Es importante resaltar que la LITND incluye uno de sus rasgos que legitiman su existencia, como el de la temporalidad, pues “tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones que las justifican”. Al configurarse como medidas a favor de quienes pertenecen a los colectivos discriminados y, en suma, contravienen la igualdad estricta tienen un alcance temporal forzosamente limitado; alcanzada la situación de igualdad propuesta, deberá cancelarse su vigencia.

III. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA Y PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA

El artículo 7 LITND se rubrica “Interpretación” y dispone cómo ha de llevarse a cabo la interpretación de la norma, no solo de los conceptos de discriminación que hemos señalado anteriormente. Pero, además, incluye el que podríamos denominar principio de norma mínima, como veremos a continuación.

Como no podría ser de otro modo, en consonancia con lo previsto en el artículo 10.2 CE, el artículo 7 de la Ley impone que la interpretación -también la actuación de los poderes públicos- “se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales”. Amplía la previsión constitucional (las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España), a las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales y regionales. En cuanto a la aplicación de la jurisprudencia, por todos es conocida la importante labor que tanto el TEDH como el TJUE han llevado a cabo en la garantía del derecho a la no discriminación.

A continuación, dispone que “cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que se vean afectados por conductas discriminatorias”. Con una redacción un tanto confusa, con el denominado principio *pro personas afectadas*⁴¹, entendemos

41 ABRIL LARRAÍNZA, P.: “Diez claves de la Ley de Igualdad y no discriminación que deben tener muy en cuenta las empresas a partir de ahora”, <https://confilegal.com/20221031-https-confilegal-com-20221031-seis-claves-de-la-ley-de-igualdad-y-no-discriminacion-que-deben-tener-en-cuenta-las-empresas-a-partir-de-ahora/>

que lo que el legislador impone es que, una vez aplicadas las reglas generales de Derecho cuando la norma jurídica siga ofreciendo dudas interpretativas deberán resolverse a favor de la que el valor de la igualdad obtenga su máxima efectividad atendiendo a las circunstancias del supuesto.

En consonancia con la vocación de la norma de convertirse en “el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”, se contiene finalmente lo que se puede denominar el *principio de norma mínima*, al disponer que la norma “consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas”, reiterando que debe “prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: Prontuario de doctrina social del Tribunal Constitucional (1981-2005), (Dir. A.V. Sempere Navarro, A.I. Pérez Campos. Aranzadi. Coord. M.E. Cuadros Garrido), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ABRIL LARRAÍNZA, P.: “Diez claves de la Ley de Igualdad y no discriminación que deben tener muy en cuenta las empresas a partir de ahora”, <https://confilegal.com/20221031-https-confilegal-com-20221031-seis-claves-de-la-ley-de-igualdad-y-no-discriminacion-que-deben-tener-en-cuenta-las-empresas-a-partir-de-ahora/>
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La importante Sentencia de la sala do social del TSX de Galicia de 14.4.21 (rec. 160 /2021). despido discriminatorio por apariencia de discapacidad”, Jurisdicción Social núm. 221, 2021.
- ASQUERINO LAMPARERO, M^a.J.: “La LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, Brief AEDTSS, www.aedtss.com
- BALLESTER ESCRIG, J.: “Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco”, Trabajo y Derecho núm. 69, 2020, www.laleydigital.com, LA LEY 10223/2020.
- BOGONI, M.: “Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. una propuesta de estudio desde el derecho social europeo”, Revista Galega de Dereito Social núm. 9, 2019.
- BUSTAMANTE RUANO, M^a. A.: “Acoso, acoso por razón de sexo u acoso discriminatorio ¿Tres denominaciones para una misma cosa?” RTSS CEF núms. 353-354, 2012.
- FERRANDO GARCÍA, M^a.F.: “La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral”, Labos, Vol. 1, núm. 2, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo”, Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 50, 2022, www.elderecho.com, EDC 2022/730336.

- LOUSADA AROCHENA, J.F.; “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.; CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales* (LOUSADA AROCHENA, J.F. Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MORENO CÁLIZ, S.: “Vivir en «barrios gitanos» también margina a quienes no lo son: discriminación por asociación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14”. *RTSS CEF*, núm. 392, 2015.
- PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Discriminación por asociación”, en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, (Dir. Sánchez Trigueros, C.; Coord. Hierro Hierro, F.J. y Kahale Carrillo, T.D.) BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018.
- REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 84, 2008.
- ROJO TORRECILLAS, E.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la LITND de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A.: “Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 6, 2019, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000594.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 8, 2022, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000002080
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)”. *Legal Today* 2008, <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman>
- SERRANO ARGÜELLO, N.: “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7, 2011 paraf. 54/2011, BIB 2011/1533.
- VELASCO PORTERO, M^a. T.: “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social* núm. 9, 2019.

Capítulo VI.

El acceso al empleo en la LITND

Alarcón Castellanos, M^a. M.

Profesora Titular (i) de Universidad. Universidad Rey Juan Carlos.

DOI: <https://doi.org/10.14679/3723>

Sumario: I. Introducción. II. Alcance del deber de trato igual y la prohibición de discriminar en el acceso al empleo contenida en la LITND: 1. Aproximación al deber de igualdad de trato y no discriminación. 2. El deber de trato igual y las medidas de discriminación positiva. 3. Aproximación a los factores discriminatorios de la LITND. 4. Aproximación a los tipos de discriminación a la luz de la LITND. III. Ámbitos a los que alcance la prohibición de no discriminación en el acceso al empleo: 1. La dimensión privada en el acceso al empleo: 1.1. El acceso al empleo en la esfera privada de manera directa. 1.2. El acceso al empleo en la esfera privada a través de intermediadores laborales. 2. La dimensión pública en el acceso al empleo. 3. El acceso al empleo autónomo. IV. Control del respeto del deber de igualdad y no discriminación por la LITND y consecuencias de su incumplimiento. V. La inteligencia artificial y el acceso al empleo: 1. La inteligencia artificial y el acceso al empleo. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo vamos a abordar el análisis del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. Vaya por delante que la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹ (LITND) incluye dentro de articulado, tanto al trabajo autónomo, como al trabajo por cuenta ajena en el ámbito privado y en el sector público.

Dentro de la perspectiva del trabajo por cuenta ajena, en el momento previo al contrato, la persona trabajadora es susceptible de sufrir discriminación por cualquiera de los motivos recogidos en el art. 2 de la LITND (en adelante LITND), por ello, se protege expresamente por la legislación sustantiva y procesal.

1 Publicada en el BOE de 13 de julio de 2022.

En este capítulo hemos intentado analizar las novedades contenidas en la LITND en torno al respeto del deber de igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación. También hemos hecho un repaso del contenido más relevante de la citada norma y de las novedades que presenta la inteligencia artificial en torno al acceso al empleo.

Como veremos a continuación, LITND ha integrado la normativa laboral precedente en materia de igualdad, ampliando algunos aspectos que abordaremos en este capítulo (el trabajo por cuenta propia, empleo público,...). Podemos afirmar que la LITND es una norma interdisciplinar, horizontal, de regulación mínima y complementaria del ordenamiento laboral (a veces de manera problemática como se apunta más adelante)².

II. ALCANCE DEL DEBER DE TRATO IGUAL Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR EN EL ACCESO AL EMPLEO CONTENIDA EN LA LITND

En la LITND el acceso al empleo tiene un espacio relevante sobre el que vamos a intentar reflexionar en este capítulo. Para ello, nos situamos en el momento anterior al acceso a un empleo ya sea público, privado, por cuenta ajena o por cuenta propia.

Para ello, vamos a aproximarnos primero al alcance del deber de igualdad de trato y prohibición de discriminación, para concretar posteriormente dicho deber en el momento de acceso al empleo.

1. Aproximación al deber de igualdad de trato y no discriminación

En primer lugar, **el deber de igualdad de trato** está íntimamente conectado al deber de trato digno. La norma suprema, en su art. 14³, ya reconoce que todas las personas son iguales ante la Ley. No obstante, dicho deber no exige un trato idéntico a todas las personas trabajadoras como si todas ellas fueran exactamente iguales. En consecuencia, el deber de trato igual debe operar ante supuestos de hecho iguales. Y, por el contrario, cuando existan supuestos de hecho desiguales, el

² Sempere Navarro, “Apuntes para contextualizar la LITND”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad LITND*, AAVV, (Dir. A. V. Sempere Navarro y M. B. García Gil), Sepin, Madrid, ISBN 978-84-1388-253-6/Digital: 978-84-1165-465-4, págs. 20 y 21.

³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

trato distinto puede ser necesario para conseguir la igualdad real, como veremos después⁴.

En segundo lugar, **el deber de no discriminación** es un aspecto cualificado del derecho a la igualdad. En el orden internacional, podemos destacar el Convenio 111 OIT sobre discriminación en el empleo y en la ocupación⁵, y el Convenio número 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares⁶.

En el ámbito de la Unión Europea debemos destacar las Directivas 2000/78/CE⁷ sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación y 2006/54/CE⁸, que imponen a todos los Estados miembros la obligación de respetar el principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de ocupación, en aras a eliminar la discriminación en dichos ámbitos.

En el ámbito interno, el art. 4.2.c) ET⁹, recoge ampliamente la prohibición de discriminación afirmando que todas las personas trabajadoras “*en la relación de trabajo*” tiene derecho a no sufrir discriminación alguna ya sea directa o indirecta en el acceso al empleo o una vez contratados “*por razones de estado civil*”¹⁰, *edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral*”¹¹. De esta manera, si se llegara a materializar la discriminación prohibida taxativamente por el legislador laboral, se producirá la nulidad del acto, disposición o conducta discriminatoria (art. 17.1 ET)¹².

4 “*En otras palabras, solo procede aplicar consecuencias iguales a supuestos de hecho iguales*” (STC 49/1982, de 14 de julio); “*debe existir un principio jurídico- que exija la igualdad de trato para que esta pueda ser invocada*” (STC 59/1982, de 28 de julio). Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar la LITND*”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad LITND*, AAVV, (Dir. A. V. Sempere Navarro y M. B. García Gil), Sepin, Madrid, pág. 19.

5 Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE de 04 de diciembre de 1968).

6 Adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981, publicada en el BOE, de 12 de noviembre de 1985.

7 DOCE, de 2 de diciembre de 2000.

8 DOUE, de 26 de julio de 2006.

9 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

10 La SJS de Ourense núm. 236/2021 de 24 marzo (AS\2021\1262) dice: “*También estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de la persona se introduce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión*”.

11 El apartado 2.c) del art. 4 se modificó por el art. 127.1 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio. La LOI recoge también la prohibición de discriminar por razón de sexo como se verá más adelante.

12 En el mismo sentido se pronuncia el art. 10 en el ámbito de la LOI y el art. 26 LITND.

Ambos principios, el deber de trato igual y el deber de no discriminar, se erigen en principios informadores del ordenamiento jurídico según el artículo 4.3 LITND.

En el ámbito concreto de la LITND, se recoge el **derecho a la igualdad de trato y no discriminación** en el artículo 4 LITND, al afirmar que dicho derecho “*implica la ausencia de toda discriminación*” por razón de nacimiento, de la nacionalidad, de si son menores o mayores de edad, de su lengua, de si disfrutan o no de residencia legal, de su origen racial o étnico, de su sexo, religión, convicción u opinión, de su edad¹³, de si padece o no algún tipo de discapacidad¹⁴, de su identidad u orientación sexual, de su expresión de género, de si padece o no alguna enfermedad, de su condición de salud, de su estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, de su situación socioeconómica, o cualquier otra circunstancia o condición social o personal¹⁵.

De esta manera, el legislador prohíbe “*toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad*”, considerándose “*la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes*” vulneraciones indiscutibles del derecho a la igualdad¹⁶.

Como es lógico, la misma obligación de respeto del deber de respeto al trato igual y no discriminatorio afecta a la negociación colectiva, y así se recoge por el le-

13 Así, p.e., no se considera discriminatoria la norma que establece el límite de 35 años para aquellos candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía si deben ejercer las funciones ejecutivas u operativas que le corresponden al mencionado cuerpo policial (STJUE de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), caso Gorka Salaberría Sorrondo, (50). Sin embargo, si se han considerado discriminatoria la norma que prohíbe superar los 30 años para ejercer de agente de la Policía local (STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), caso Mario Vital Pérez). A.V. Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar...*”, op. cit., págs. 28 y 29.

14 A la luz de la STJUE de 15 de julio de 2021 (C-795/19): Resulta discriminatorio el establecimiento de unos umbrales mínimos de percepción acústica “*cuyo incumplimiento constituye un motivo de exclusión médico que impide de manera absoluta el ejercicio de las funciones del funcionario de prisiones, sin permitir comprobar si dicho funcionario puede desempeñarlas, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables a efectos del citado artículo 5, el Reglamento n.º 12*” En el mismo sentido, la STJUE de 21 de octubre de 2021 (C-824/19), caso Komisia za zashita ot diskriminatsia.

15 Art. 2.1 LITND. Como veremos más adelante, el respeto del derecho a la igualdad de trato admite diferencias en determinados supuestos, tal y como recoge el apartado 2 del art. 4 de la citada norma.

16 Art. 4.2. LITND. Por su parte, el art. 4.3 de la citada norma considera que derecho a la igualdad de trato y no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y debe integrarse y respetarse de manera transversal en la aplicación e interpretación de todas las normas jurídicas.

gislador de igualdad cuando prohíbe que se establezcan limitaciones, exclusiones o segregaciones en el ámbito del acceso al empleo “*incluidos los criterios de selección*”¹⁷.

2. El deber de trato igual y las medidas de discriminación positiva

El legislador laboral ya admitía excepciones a la prohibición de discriminación permitiendo las exclusiones, reservas y preferencias legales que resultaran necesarias para poder ser contratado¹⁸. Las medidas de acción positiva tienen la finalidad de cumplir con el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para conseguir la igualdad real y efectiva de todas las personas¹⁹.

En el ámbito específico de la discriminación por razón de sexo, la LOI²⁰, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la igualdad de hombres y mujeres, ordena a los poderes públicos que adopten todas las medidas específicas que sean necesarias “*en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*”²¹. Las medidas que así se establezcan deben ser adoptadas tanto por las Administraciones Públicas como por cualquier persona física o jurídica.

En el ámbito comunitario²² las dificultades que presenta el colectivo femenino en el acceso al empleo han propiciado que los Estados miembros puedan adoptar o mantener las medidas recogidas en el artículo 157, apartado 4, del TFUE²³ con la finalidad de garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

17 Sin perjuicio del reconocimiento de la libertad de negociación colectiva de condiciones de trabajo y del mandato a los poderes públicos en cuanto a la necesidad de fomento del diálogo social con los interlocutores sociales con la finalidad de “*promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas*” (art. 10 LITND).

18 “*Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente*” (art. 17.2 ET).

19 Art. 9.2. CE.

20 Especialmente interesante resulta la lectura de *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, C. Sánchez Trigueros (dir.), F. J. Hierro Hierro (coord.), D. T. Kahale Carrillo (coord.), ed. Boletín Oficial del Estado, BOE, 2018, ISBN: 978-84-340-2508-0.

21 Art. 11 LOI titulado “*Acciones positivas*”. Así, la DA 7ª titulada “*Acceso y consolidación del empleo de las mujeres*” permite la “*configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas*” siempre que sean objetivas y están justificadas con el objetivo de consolidar la igualdad real de las mujeres.

22 Art. 3 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

23 Art. 157.4 TFUE: “*Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos repre-*

En el ámbito judicial, el TJUE permite la cuota flexible²⁴, es decir, la contratación prioritaria del sexo femenino cuando los candidatos masculino y femenino tengan idéntica titulación, siempre que se valoren con el mismo criterio todas las condiciones personales de ambos candidatos, no exista una norma que se oponga a la selección de la candidata femenina²⁵ y la desigualdad de trato entre hombres y mujeres no resulte ni absoluta ni incondicionada. En el ámbito interno, el máximo intérprete de la CE recoge esta misma doctrina al afirmar que la prohibición de discriminación por razón de sexo “(...)admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones”²⁶. El TC aclara también que no se pueden utilizar las tradicionales normas “protectoras” hacia las trabajadoras para obstaculizar precisamente el acceso al empleo en igualdad de condiciones que los hombres.

Con relación al fomento del empleo de las personas desempleadas, el legislador permite que el Estado (y en ejecución de sus competencias, las CCAA) diseñen e implanten distintas medidas que fomenten la contratación de desempleados que presenten dificultades especiales para el acceso a un puesto de trabajo (trabajadores mayores, jóvenes²⁷ sin estudios y/o sin experiencia laboral, mujeres, candidatos que presentan algún tipo de discapacidad²⁸, etc.). Ciertamente, el art. 17.3. ET permite al Gobierno “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”²⁹.

sentado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (antiguo artículo 141 TCE).

24 El TJUE, en su Sentencia 407/98, de 6 de julio de 2000 (TJCE 2000, 166, asunto Abrahamson y Anderson), no permite la cuota forzosa en la contratación de mujeres (que consiste en la reserva de un determinado número de puestos de trabajo que deban ser ocupadas por mujeres en aquellos sectores productivos tradicionalmente masculinos). En el mismo sentido se pronuncia el TJUE en la S 28 de marzo de 2000 (TJCE 2000, 56).

25 STJUE 158/97, 28 de marzo de 2000 (2000, 56), asunto Badeck.

26 FJ Tercero de la STC 28/1992, 9 de marzo de 1992 (RTC 1992, 28) núm. rec. de Amparo 1191/1989.

27 La actual LE en su DA 6^o permite la “configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas” para los trabajadores jóvenes de manera que se pueda favorecer su acceso al empleo y su consolidación en el empleo.

28 Sobre las personas que presenten algún tipo de discapacidad se debe tener en cuenta lo dispuesto en el RDLeg.1/2013, de 29 de noviembre.

29 “Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

La gestión de las medidas de fomento del empleo se realiza a través de los servicios públicos de empleo.

En el concreto ámbito de la LITND y con objeto de conseguir una igualdad real de las personas trabajadoras³⁰, se admiten diferencias de trato cuando los “*criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos*”³¹, siempre que se persiga un propósito legítimo (la consecución de la igualdad real), o venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando dichas diferencias de trato prevengan de “*disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas (...) para favorecer su incorporación al trabajo*”. Entendemos que, a pesar de la ambigua redacción, siempre que se establezcan diferencias del trato será necesaria la persecución de un objetivo legítimo, ya se recoja dicha diferencia de trato en un acuerdo colectivo, en una norma o en una disposición administrativa.

Se aclara también por el legislador de igualdad que no se considerará discriminatoria la diferencia de trato basada en algún factor potencialmente discriminatorio (sexo, edad...) derivado de una “*disposición, conducta, acto, criterio o práctica*” si la finalidad es legítima y se supera el juicio de idoneidad³². Y es que, las medidas de acción positiva además de tener una finalidad legítima deben ser medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar la igualdad real.

Con este mismo objetivo, recoge la posibilidad de establecer medidas de acción positiva a través de los acuerdos a los que lleguen los negociadores sociales, a los que invita no solo a negociar medidas de acción positiva, sino también a negociar (entre la RLT y la empresa) los “*objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica que sean necesarios para verificar su oportunidad y eficacia*”³³.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido” (art. 17.3 ET).

30 JOSÉ FERNANDO, LOUSADA AROCHENA “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 181/2015, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2015/167286). Vid. ANA, DOMÍNGUEZ MORALES “Igualdad de trato y prohibición de discriminación. ¿Exigencia o compromiso para la negociación colectiva?”, *Revista de Información Laboral* num. 10/2018, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2018/13466). YOLANDA, MANEIRO VÁZQUEZ “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 191/2016, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2016/80411).

31 Art. 2.2 LITND.

32 Art. 4.2 LITND.

33 Art. 10.2 LITND. A la propia RLT le encomienda también la facultad de vigilar el “*cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos*”. Sobre esta cuestión es interesante la lectura de R.Y. Quintanilla Navarro, “Las medidas de acción positiva en la negociación colectiva”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad ...*, *op. cit.*, págs. 78 y 79.

Con relación a las medidas de acción positiva destinadas a favorecer exclusivamente el acceso de las mujeres a todas las profesiones, ya recoge el apartado 4 del art. 17 ET la posibilidad de que dichas medidas sean acordadas por los negociadores sociales a través de la negociación colectiva. Ciertamente, los Convenios Colectivos³⁴ podrán “establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate”. En el mismo sentido, el art. 43 LOI también incide en la posibilidad de negociar “medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo” siempre con respeto al marco jurídico vigente³⁵. Se insiste en la citada norma en la finalidad de lograr la igualdad de trabajo y la no discriminación “en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”³⁶. De esta manera, ya se dejaba en manos de los negociadores sociales el diseño e implantación de las medidas necesarias para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a un puesto de trabajo, siendo estas medidas constitucional y legalmente válidas siempre que existiera igualdad de méritos entre los candidatos que se presentaran de ambos sexos³⁷.

Como dijimos al principio, la LITND tiene pocas novedades en el ámbito laboral, puesto que la diferencia de trato a personas trabajadoras o grupos de personas trabajadoras no es una novedad en el ámbito laboral, al tener una consolidada regu-

34 Los distintos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva, desde hace ya dos décadas, han atribuido a la negociación colectiva la negociación de medidas de acción positiva que fomenten el acceso al empleo de las mujeres en condiciones de igualdad con relación a los trabajadores varones, en las ocupaciones y en los sectores donde el personal femenino está subrepresentado.

35 Particularmente interesante resulta el contenido del art. 51 LE, aunque pueda no tratarse técnicamente de una medida general de acción positiva para todos los afectados (hombres y mujeres). En efecto, en dicho art. titulado “la perspectiva de género en las políticas de empleo” permite intensificar las actuaciones de organismos públicos y privados de promoción de la igualdad a favor de las mujeres demandantes de empleo que encabezen una familia monoparental (apartado 1), pero también permite incentivos a la contratación de varones para reducir la segregación ocupacional (apartado 3) o a mujeres para evitar la infrarrepresentación (apartado 4).

36 Dentro de la norma convencional, las medidas positivas en relación con las preferencias en el acceso al empleo de las mujeres en aquellos sectores donde estén subrepresentadas podrían recogerse indistintamente en cualquier parte del CC. Ahora bien, con relación a esta cuestión, el art. 17.5 ET se refiere expresamente a los planes de igualdad, aclarando que el establecimiento de dichos planes se ajustará a lo dispuesto a la LOI. En este sentido, resulta coherente con el contenido de los planes de igualdad y con la finalidad compensadora de las medidas de igualdad que estas puedan ser negociadas dentro de aquéllos.

37 Así se recoge en las SSTSJ (Islas Canarias núm. 961/2017 de 25 julio (AS 2017\1618), STSJ (Asturias) 981/2020 de 23 junio (AS 2020\2408). Con relación a esta cuestión, la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 prohíbe cualquier “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

lación de las medidas de acción positiva. No obstante, al ser una norma integradora, contiene la previsión de que se negocien medidas positivas en los acuerdos de interés profesional de los TRADES con el objetivo de “prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en esta ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia”³⁸.

3. Aproximación a los factores discriminatorios de la LITND

El legislador de igualdad menciona, entre otros, una serie de factores de discriminación, a saber, la nacionalidad, la mayoría o minoría de edad, el hecho de ser o no residentes legales, el nacimiento, el origen étnico o racial³⁹, el sexo, la religión, la convicción u opinión, la edad, la discapacidad, la identidad u orientación sexual, la expresión de género, la enfermedad o condición de salud, el “estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”, la lengua y la situación socioeconómica⁴⁰.

Como se ha indicado anteriormente, tanto en la norma constitucional como en la normativa laboral, ya se recogía la prohibición de no discriminar con base a distintos factores⁴¹, entre los que se encuentran algunos de los mencionados más arriba.

Por su novedad y/o relevancia con el acceso al empleo, nos vamos a referir someramente al factor de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual⁴² y expresión de género⁴³. Del sexo como factor discriminatorio nos ocupamos más adelante, dentro del ámbito de las discriminaciones directas e indirectas.

38 Art. 11.3 LITND.

39 “[...] 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 (LCEur 2000, 1850), ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo.” (28), STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), caso Feryn.

40 Art.2.1 LITND, que recoge una lista abierta de los factores discriminatorios, puesto que se refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

41 Art. 4.2.c) ET. Resulta interesante el cuadro comparativo de los factores de discriminación contenidos en la CE, ET, LITND y Directivas 2000/78, 2000/43 y 2006/54. A.V. Sempere Navarro, “Apuntes para contextualizar...”, op. cit., pág. 22.

42 En el caso concreto de trabajadores trans se debe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, de igualdad real y efectiva de las personas trans.

43 Un análisis de todos los motivos de discriminación recogidos en la LITND lo encontramos en A.V. Sempere Navarro, “Apuntes para contextualizar la LITND”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad LITND*, AAVV, (Dir. A. V. Sempere Navarro y M. B. García Gil), Sepin, Madrid, págs. 21 a 33.

En primer lugar, en cuanto al factor de **enfermedad**⁴⁴, con identidad propia y diferencia del factor “*discapacidad*”⁴⁵, el legislador de igualdad recoge expresamente que el hecho de que una persona padezca una enfermedad no puede amparar diferencia alguna de trato, al margen de las que imponga el propio tratamiento de la enfermedad, las posibles limitaciones que pueda tener la persona trabajadora para ejercer alguna actividad y las exigidas, en su caso, por temas relacionados con la salud pública. En aras a la salvaguarda del derecho a la intimidad, el empresario nunca podrá realizar al candidato ninguna pregunta relacionada con su estado de salud⁴⁶.

En segundo lugar, podemos definir la **orientación sexual** como “*aquella que afecta a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género*”⁴⁷. Es uno de los factores novedosos que se incluyen expresamente en la LITND aunque, como ya apuntamos, cualquier elemento discriminatorio está terminantemente prohibido en nuestro derecho positivo, tanto por la norma constitucional como por la legalidad ordinaria sin necesidad de que se recoja expresamente en una norma.

En tercer lugar, en cuanto al factor de **expresión de género**, podemos definirlo como la manifestación exterior de determinados rasgos que pueden permitir la identificación de una persona como femenina o masculina conforme a los patrones identitarios de cada género, con relación a una sociedad determinada y a un momento histórico concreto. Dicho factor también queda expresamente incluido en la LITND y protegido en toda su extensión, como veremos más adelante.

4. Aproximación a los tipos de discriminación a la luz de la LITND

El legislador de igualdad considera vulnerada la prohibición de trato igual, cuando se produzca algún tipo de discriminación⁴⁸, sea directa o indirecta, ya sea por

44 El estado de salud de la persona trabajadora está conectado intrínsecamente con su estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. A pesar de que tienen connotaciones que pueden exigir un tratamiento distinto, por motivos de espacio y para no desviarnos del objeto principal de este capítulo, los abordamos conjuntamente.

45 «La situación de enfermedad no está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad. Pero, tras la aprobación de la Convención de la ONU, se admite como tal cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas...» A.V. Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar...*”, *op. cit.*, págs. 29.

46 Art. 9.5 LITND. Se debe tener en cuenta lo dispuesto en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

47 A.V. Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar...*”, *op. cit.*, pág. 30 (nota 49).

48 Sobre la discriminación directa, indirecta, por asociación y por error, múltiple e intersectorial es interesante la lectura de P. Charro Baena, “Conceptos y categorías jurídicas sobre discriminación y su interpretación”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad...*, *op. cit.*, págs. 48 a 56.

asociación⁴⁹ o por error⁵⁰. Prohíbe también la discriminación interseccional⁵¹ o múltiple⁵², “*la denegación de ajustes razonables⁵³, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes*”⁵⁴.

En primer lugar, el legislador define la **discriminación directa** como la situación en que se encuentra una persona o un grupo de personas “*que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable*” por alguno de los factores de discriminación mencionados anteriormente⁵⁵, incluido el **sexo**⁵⁶. Así, en relación con el “*sexo*” como elemento discriminador en el acceso al empleo⁵⁷ y prohibido por la legislación internacional, comunitaria y estatal, debemos prestar especial atención a la regulación contenida en la LOI con relación a la discriminación, ya sea directa⁵⁸ o indirecta⁵⁹. Así, debemos recordar que toda discriminación directa por razón de sexo apunta a normas o prácticas que benefician al colectivo de hombres frente al de mujeres, precisamente por pertenecer

49 La discriminación por asociación tendrá lugar cuando una persona o un grupo de personas, debido a su relación con otra persona sobre la que concurra alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio; p.e. madre de un niño con discapacidad. A.V. Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar...*”, *op. cit.*, pág. 34.

50 la discriminación por error se produce cuando el origen del trato distinto responde a una apreciación incorrecta sobre las características de la persona discriminada. A.V. Sempere Navarro, “*Apuntes para contextualizar...*”, *op. cit.*, pág. 34.

51 la discriminación interseccionalidad se produce cuando interactúan distintas causas discriminatorias, de entre las previstas en la LITND, generando entre todas ellas una forma específica y distinta de discriminación.

52 la discriminación múltiple se produce cuando una persona resulte discriminada, bien de manera simultánea, bien de manera consecutiva, por dos o más causas de discriminación.

53 Art. 6 LITND.

54 Art. 4.1. LITND.

55 Art. 6 LITND.

56 El legislador de igualdad ordena la inclusión de la perspectiva de género en la elaboración de las políticas contra la discriminación. Además, añade que se deberá incluir también el impacto que tenga dicha perspectiva en las niñas y mujeres como obstáculo al acceso al acceso (entre otros derechos). Entre otros, se menciona en el art. 4.4 LITND los derechos a la educación, el acceso a la justicia, el derecho a la salud, y a una vida sin violencia.

57 Resulta muy conveniente la lectura de lectura de “Discriminación directa”, J.M. Ríos Mestre, en *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, C. Sánchez Trigueros (dir.), F. J. Hierro Hierro (coord.), D. T. Kahale Carrillo (coord.), ed. Boletín Oficial del Estado, BOE, 2018, ISBN: 978-84-340-2508-0, págs. 615-636.

58 Sobre la discriminación directa por razón de sexo se recomienda la lectura de “Discriminación directa”, M. Areta Martínez en *Un decenio de jurisprudencia laboral ... op. cit.*, págs.159 a 200.

59 Sobre la discriminación indirecta por razón de sexo se recomienda la lectura de “Discriminación indirecta”, F. Rubio Sánchez en *Un decenio de jurisprudencia laboral ... op. cit.*, págs. 201 a 224.

a ese colectivo (por razón de la maternidad o embarazo en el caso de la mujer)⁶⁰. De hecho, el art. 8 LOI califica de “*discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”⁶¹.

Por su parte, podemos definir la **discriminación indirecta**⁶² como la que puede provocar cualquier “*disposición, criterio o práctica aparentemente neutros*” cuando ocasione o pueda ocasionar “*a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras*” por cualquiera de los factores discriminatorios⁶³. El legislador de igualdad aclara que, en el ámbito de acceso al empleo, se calificarán de discriminatorios “*los criterios y sistemas de acceso al empleo*” (de cualquier naturaleza) que originen discriminaciones indirectas⁶⁴. Por tanto, las ofertas de empleo que contengan criterios aparentemente neutros pero que en realidad ocasionen desventajas a un trabajador/a o a un grupo de trabajadores también se consideran discriminatorios con las consecuencias que se analizan más adelante⁶⁵.

Por su parte, la **discriminación indirecta por razón de sexo** apunta a la exigencia de requisitos objetivos *a priori* pero que en la práctica repercuten negativamente sobre las mujeres⁶⁶. Este tipo de discriminación, además de ser el más común en

60 Ni la situación de embarazo ni la de lactancia puede servir para rechazar a una mujer en el acceso al empleo (STJCE 207/98, 3 de febrero de 2000, asunto *Mahlbourg*).

61 El empleador que rechaza la candidatura de una mujer en edad fértil (para evitar los perjuicios que puede suponer para este el disfrute de los permisos de cuidado del menor) incurre en una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al trabajo. En este sentido, las STJCE 207/98, de 3 de febrero de 2000 (asunto *Mahlbourg*) y 177/88, 8 de noviembre de 1990 (asunto *Dekker*).

62 Recordemos que el art. 4 ET, en su apartado 2 ya aclaraba que todas las personas trabajadoras “*en la relación de trabajo*” tiene derecho a “*no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil,(...)*”.

63 Art. 6 LITND.

64 Art. 9.2 LITND.

65 En la STJUE de 18 de octubre de 2017 (C-409/16), caso *Ypourgos Esoterikon*, se considera que existe discriminación indirecta en un proceso de selección de la Policía griega en el cual se establece que la altura mínima debe ser 1,70cm. “Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres (véanse, en particular, las sentencias de 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95, EU:C:1997:453, apartado 16, y de 20 de junio de 2013, *Riežniece*, C-7/12, EU:C:2013:410, apartado 39)”. en efecto, en el caso enjuiciado, “el propio órgano jurisdiccional remitente declaró en su resolución que un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura inferior a 1,70 m, de modo que, conforme a esa normativa, aquéllas sufrirían claramente un perjuicio frente a éstos en lo que se refiere a la admisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía helénica. De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal crea una discriminación indirecta”.

66 En este sentido, la STC cuando explica que la utilización exclusiva del criterio aparentemente neutro y objetivo como mayor penosidad y esfuerzo físico produce consecuencias perjudiciales y desiguales para las mujeres. Así se recoge en la STJCE 167/97, 9 de febrero de 1999 (asunto *Seymour Smith contra Laura Pérez*), la STC 147/1995, 16 de octubre de 1995 o la SAN 24 de marzo de 1999.

la práctica empresarial, es el más difícil de acreditar y erradicar. Y es que, en estos casos, es la igualdad de trato entre los dos sexos la que provoca precisamente un resultado injusto⁶⁷.

Desde la perspectiva de las personas trabajadoras que puedan presentar algún tipo de **discapacidad**, el legislador de igualdad aclara que “*la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad*”, se debe calificar de discriminación directa. Por consiguiente, la LITND prohíbe la denegación de “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*”⁶⁸. Por consiguiente, en este caso, el trato igual ante situaciones distintas (el de la persona sin discapacidad y el de la persona con discapacidad) también nos llevaría a un resultado injusto. En este caso, se calificará de directa la discriminación originada a las personas con discapacidad a la que se denieguen las adaptaciones necesarias para que pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas (siempre que no se trata de medidas desproporcionadas).

III. ÁMBITOS A LOS QUE ALCANCE LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO

Como es bien sabido, en el ámbito del empleo privado son más abundantes los casos conocidos de discriminación que en el ámbito de la función pública. También son más conocidos los casos de discriminación que se producen durante la vida del contrato de trabajo que en el momento anterior del acceso al empleo. Ahora bien, en el acceso al empleo por cuenta ajena, la persona trabajadora puede ser objeto de discriminación por uno o varios factores prohibidos y debe ser abordado, analizado, prohibido y sancionado con la misma vehemencia que cualquier otro acto discriminatorio. Y lo mismo puede ocurrir en el acceso al empleo autónomo o en el acceso al empleo público y debe ser abordado, prohibido, previsto y sancionado de la misma manera.

67 Ciertamente, cuando se exige para acceder a determinados puestos de trabajo los mismos requisitos para uno y otro sexo, sin tener en cuenta las distintas condiciones físicas de los hombres y de las mujeres, se producen consecuencias perjudiciales para estas últimas (STC 147/1995, 16 de octubre de 1995) Así, por ejemplo, cuando se exigen requisitos innecesarios de altura y fuerza (STC 41/1999, 22 de marzo de 1999) y así se recoge en el art. 35.2 LE.

68 Art. 6 LITND.

Por su parte, **del concreto derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo** se ocupa el art. 3 de la LITND cuando considera incluido, dentro de su ámbito de aplicación, el acceso al empleo privado⁶⁹, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, y el acceso al empleo público⁷⁰.

1. La dimensión privada en el acceso al empleo

Dentro del ámbito privado, se producen una serie de actos que facilitan el encuentro entre el empresario que busca candidatos para cubrir sus puestos vacantes y la persona trabajadora (que busca en empleo) con la finalidad dar vida a una nueva relación laboral. Este encuentro puede producirse directamente entre empresa y persona trabajadora (a través de conocidos, anuncios en plataformas *on line*, entre muchas otras) o puede producirse con la intervención de distintos agentes públicos o privados (intermediación en el mercado de trabajo) en la captación y selección de los candidatos adecuados para cubrir la vacante de la empresa.

1.1. El acceso al empleo en la esfera privada de manera directa

Cuando la oferta y la demanda se cruzan sin intermediadores en el proceso de colocación, el empleador tiene libertad para seleccionar directamente a la persona trabajadora con la que quiere iniciar una relación laboral, sin necesidad de atender a los candidatos que le pudiera proporcionar la entidad de intermediación⁷¹.

Para dicha selección realizarán las pruebas que considere oportunas, y se aplicarán por el empleador los criterios técnicos, objetivos y subjetivos que considere

69 Todos los empresarios (sean personas físicas o jurídicas) están incluidos en el ámbito de aplicación de la LITND, ya residan o solo se encuentren o actúen en territorio español, “*cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente ley y en el resto del ordenamiento jurídico*” (art. 2.4. LITND).

70 Y se reitera en el art. 2.4. LITND cuando dice que las obligaciones recogidas en la citada norma son de aplicación al sector público, entendiendo por tal la Administración General del Estado, las distintas administraciones autonómicas, las entidades integrantes la Administración Local, la administración de Justicia, el sector público institucional (con el alcance establecido en art. 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y las fundaciones y asociaciones que se hayan constituido por las *Administraciones, entes, organismos y entidades que integran el sector público*.

71 Art. 38 CE que dice: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Derivado del derecho a la libertad de empresa se encuentra la libertad de contratación por parte del empresario.

oportunos. Ahora bien, lo que no puede aplicar el empleador son criterios discriminatorios para no seleccionar al/la candidato/a que no le sea favorable por ser mujer, *trans*, padecer algún tipo de enfermedad o discapacidad, etc.

En efecto, la libertad de contratación por parte del empresario siempre debe estar dentro del más absoluto respeto a las obligaciones impuestas por las disposiciones legales⁷², reglamentarias y convencionales en cuanto al respeto debido a todos los derechos fundamentales de los aspirantes y que le son inherentes a toda persona⁷³; principios que se mantienen vigentes y predominantes dentro del ámbito laboral, como el principio de no discriminación en el acceso al empleo, por el cual el empresario no podrá utilizar criterios discriminatorios de ninguna índole para la selección del candidato definitivo. No obstante, lo anterior, en la práctica es bien conocida la dificultad que encuentra un candidato o candidata presuntamente discriminado para acreditar el ilegítimo trato desigual. Y es que en el ámbito privado no operan los criterios que presiden el acceso al empleo en la Administración Pública como son los de igualdad, mérito y capacidad⁷⁴, como veremos después.

Como se apunta más arriba, tanto en la norma constitucional⁷⁵ como en la legislación laboral precedente⁷⁶, ya estaba salvaguardado el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. No obstante, la LITND quiere insistir en la prohibición de trato discriminatorio y por ello, prohíbe cualquier tipo de limitación, segregación o exclusión directa o indirecta en el acceso al empleo (sea por cuenta ajena o por cuenta propia, público o privado) por cualquier factor de discriminación incluidos los criterios de selección⁷⁷. De manera específica se prohíbe al empleador que obtenga información de las condiciones de salud que puedan tener los candidatos a la cobertura de alguna vacante⁷⁸. En efecto, para salvaguardar tanto el derecho a la igualdad de trato, como a la intimidad, el empleador no puede inte-

72 Art. 53 CE implica el respeto a todo el ordenamiento jurídico e impide, por ejemplo, la contratación de trabajadores extranjeros que no hayan obtenido previamente los permisos preceptivos. Ahora bien, una vez que los trabajadores extranjeros obtengan los permisos necesarios para ser contratados, les son de plena aplicación todo el régimen jurídico anti-discriminatorio, en igualdad de condiciones a los trabajadores nacionales (art. 17.1 ET con relación a las Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, sobre igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, como la Directiva 2000/78/CE (DOCE, de 2 de diciembre de 2000).

73 Art. 4.2. ET.

74 En efecto, «el acceso a los puestos de trabajo de la empresa privada no está sometido al corsé del rigorismo de la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración» (SAN 24 de marzo 1999).

75 Art. 14 CE.

76 Art. 4 ET.

77 Art. 9.1 LITND.

78 Art. 9.5 LITND. Recordemos que la enfermedad no puede amparar ninguna diferencia de trato en los términos dispuestos en el art. 2.3 LITND.

resarse por las condiciones de salud del trabajador, aunque sí podrá realizar todas las pruebas físicas, técnicas o de cualquier otra índole que acrediten la capacidad del candidato/a para la cobertura del puesto, siempre que ni las pruebas, ni la información obtenida por ellas, pueda implicar una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad del candidato.

No somos ajenos a la dificultad práctica de atajar estas prácticas de sobra conocidas, puesto que nos encontramos en un momento especialmente delicado para el candidato/a, que todavía no ha obtenido el trabajo que desea, y que, bien por desconocimiento, bien por miedo a no ser seleccionado, está dispuesto a realizar todas las pruebas propuestas y a contestar a todas las preguntas que le formulen sean o no pertinentes para la cobertura específica del puesto al que aspira. Como veremos después, por una parte, la Administración tiene competencias de control que debe ejercer en el ámbito privado de la selección laboral y, por otra parte, la jurisdicción social será la que analice caso a caso si ha habido o no conducta discriminatoria por parte del empleador laboral.

1.2. El acceso al empleo en la esfera privada a través de intermediadores laborales

En los procesos selectivos en los que intervienen los servicios públicos de empleo⁷⁹ como intermediadores entre los empleadores y los candidatos, se tiene más capacidad de control del cumplimiento del deber de trato igual, aunque estemos dentro del ámbito privado.

En el ámbito internacional, debemos tener en cuenta lo dispuesto en los Convenios de la OIT núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación⁸⁰; el núm. 150, sobre Administración del trabajo: cometido, funciones y organización⁸¹; el núm. 159, sobre la readaptación profesional y el empleo⁸²; el núm. 88, relativo a la organización del servicio del empleo y el núm. 96, relativo a las agencias retribuidas de colocación⁸³, modificado por el número 181, sobre agencias de empleo privadas⁸⁴.

79 La red EURES está regulada por el Reglamento 2016/589/UE, de 16 abril (LCEur 2016, 553), y está conformada por una red de cooperación en la Unión Europea, para facilitar el empleo y la libre circulación de personas trabajadoras, que conecta a la Comisión Europea con los Servicios Públicos de Empleo de los países que integran la Unión Europea, además de Noruega, Islandia, Liechtenstein y la Confederación Suiza.

80 BOE de 4 de diciembre de 1968.

81 BOE de 10 de diciembre de 1982.

82 BOE de 23 de noviembre de 1990.

83 BOE de 23 de mayo de 1972.

84 BOE de 13 de septiembre de 1999.

En el ámbito de la Unión Europea debemos partir del principio de libre circulación de todas las personas trabajadoras, garantizándose así el derecho a la igualdad de trato en el acceso a los puestos de trabajos vacantes de cualquier país miembro de la Unión. Además, se dispone de un sistema común de comunicación de demandas y ofertas de trabajo que se canalizan por la red EURES (European Employment Services)⁸⁵.

A la luz de la LE debemos entender por intermediación laboral el “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral”⁸⁶. Con una importante precisión, “para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas **no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados**”. Como veremos al final de este capítulo, la intermediación laboral realizada exclusivamente por medios automatizados, por sus características peculiares, no solo está excluida del concepto de intermediación laboral, sino que, además, requiere un análisis jurídico individualizado.

El ámbito público de la intermediación laboral abarca tanto a la Agencia Española de Empleo⁸⁷ como a los Servicios de Empleo autonómicos⁸⁸, tal y como determina el art. 8.1 LE⁸⁹. Junto a ellas participan también las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo⁹⁰ que son las *personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que colaboran con los servicios públicos de empleo en la prestación de los servicios*⁹¹, ya sean sindicatos, asociaciones empresariales, entidades locales, entidades sin ánimo de lucro, agencias de colocación, entre otros.

Por otra parte, entre la actividad de intermediación y selección, podemos encontrar distintas empresas e instituciones que aparentemente solo realizan tareas de selección de personal y, por tanto, operan fuera del ámbito estricto de la interme-

85 https://eures.ec.europa.eu/index_es

86 Art. 3.c) Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo Publicada (BOE núm. 51, de 01 de marzo de 2023). Por su parte, el art. 40 LE define la intermediación laboral como el “conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades”.

87 La regulación de la Agencia Estatal de Empleo, la encontramos en los artículos 18 a 22 LE.

88 La regulación de los Servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas se encuentra en los arts. 23 y 24 LE.

89 En efecto, el art. 8.1 LE dice: “tanto la Agencia Española de Empleo como los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de servicios públicos de empleo”.

90 A las entidades colaboradas se refieren los artículos 25 a 27 LE.

91 Art. 3.i) LE. Debemos recordar que a través de la modificación del art. 1 de la Ley 14/1994, 1 de junio, por la que se regulan las ETs, se permitió que éstas puedan operar como agencias de colocación colaborando así en la intermediación laboral.

diación pública, como las empresas de *headhunting*, bolsas de trabajo de entidades formativas, etc.

Sea como fuere, la labor de intermediación ya sea prestada por servicios públicos de empleo, agencias de colocación⁹² u otras entidades colaboradoras, se desarrollará con respeto a “... *la igualdad real y efectiva de las personas oferentes y demandantes de empleo y la no discriminación en el acceso al empleo...*”⁹³, lo que incluye toda actividad prestada dentro del proceso de intermediación, independientemente de que se trate de “*prospección y captación de ofertas de trabajo como de la casación de la oferta y demanda de empleo o la colocación, recolocación o selección de personal*”⁹⁴.

El respeto a los principios de igualdad de trato y no discriminación es una constante en la LE, ya sea como principio rector de la política de intermediación laboral⁹⁵, como eje de las políticas de activación para el empleo o para el Plan anual para el fomento del empleo digno⁹⁶, como principio de funcionamiento de las agencias de colocación⁹⁷, o ya sea en la actividad concreta de selección de candidatos (por servicios públicos de empleo o agencias de colocación)⁹⁸.

La necesidad de respeto de los principios de igualdad de trato y no discriminación indirecta⁹⁹ en el momento anterior a la contratación está presente en la normativa de igualdad ordenando a los servicios públicos de empleo, a las entidades colaboradoras y a las agencias de colocación que velen por el respeto y cumplimiento de tales derechos, evitando así que se comete cualquier tipo de discriminación a los potenciales candidatos. Una de las medidas que se propone por el legislador es uso e implantación

92 Las agencias de colocación están reguladas en la LE, principalmente en los arts. 41.1.b) y 43 de la citada norma y en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (BOE de 31 de diciembre de 2010).

93 “...*sin perjuicio de la generación de mercados de trabajo inclusivos y la ejecución de programas específicos para facilitar la empleabilidad de colectivos más desfavorecidos*” (art.42.8 LE).

94 Art. 42.8 LE.

95 Ciertamente, el art. 5.1.a) LE dice que uno de los principios rectores, el primero de hecho, es el de igualdad y no discriminación en el acceso (...) “*por motivo de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social*”.

96 Que promueve la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo entre hombres y mujeres (eje 5º) art. 12.4 y 13 LE. El alcance y respeto de la perspectiva de género en las políticas de colocación y empleo se recoge en el art. 51 LE.

97 Que deben garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo y a las que se les prohíbe la actuación discriminatoria (art. 43.3.f) LE).

98 Art. 45 LE.

99 Recordamos que la discriminación indirecta supone la utilización de criterios aparentemente neutros que perjudican a una persona o grupo de personas en el acceso al puesto pendiente de cobertura.

de la anonimización del *currículum* del candidato. No obstante, el mandato del legislador resalta el establecimiento de todas las medidas necesarias para favorecer el trato igual de todos los candidatos y no sólo el de la utilización del currículum anónimo.

2. La dimensión pública en el acceso al empleo

Como ya adelantamos, el ámbito de la LITND, no se limita al ámbito privado del empleo, puesto que el respeto al principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo abarca también al **sector público**, como se recoge en varios artículos de la citada norma. En efecto, el art. 3.1 LITND comprende expresamente, dentro de su ámbito de aplicación, el acceso al empleo público¹⁰⁰. De la misma manera, el art. 9 LITND prohíbe el establecimiento de “*limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley*” en el acceso al empleo por cuenta ajena tanto público¹⁰¹ como privado, calificando de discriminatorios los sistemas y criterios de acceso al empleo público que puedan crear situaciones discriminatorias (sean directas o indirectas) por cualquier factor de discriminación.

En consecuencia, se debe respetar el principio de trato igual, como es lógico, en todo el ámbito de la función pública: Administración estatal, autonómica, entidades integrantes de la Admón. local, Administración de Justicia, sector público institucional (art. 2.2. Ley 39/2015), y fundaciones y asociaciones formadas por las Administraciones integrantes del sector público¹⁰².

Ahora bien, con anterioridad a la promulgación de la LITND ya se disponía legalmente la obligación de objetividad, neutralidad y deber de trato igual en el acceso a la función pública. En efecto, debemos tener en cuenta que el acceso al empleo público está sometido a los controles que exigen los principios de igualdad, mérito y capacidad¹⁰³ como se deriva del art. 103.3 de la CE¹⁰⁴. Por mandato de la propia Constitución,

100 Art. 3.1.c) LITND.

101 De hecho, uno de los objetivos de la LITND es corregir cualquier forma de discriminación en los sectores privado y público por igual (art. 1.2. LITND). En consecuencia, las obligaciones que impone dicha Ley deben cumplirse también en el sector público (art. 2.4).

102 Art. 2.4 LITND.

103 Así lo recogen los arts. 55 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015 y los arts. 28 y ss. del RD 364/1995, (BOE 10 de abril de 1995) por el que se aprueba el reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Personal de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

104 En efecto, el art. 103.3 CE reza así: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, ...”.

es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el que contiene la regulación básica del acceso al empleo público¹⁰⁵. Resulta interesante destacar que, precisamente en el ámbito del empleo público, se añade el principio de igualdad a los principios rectores de mérito y capacidad que ya se recogían en la norma suprema¹⁰⁶ con un mandato claro a todas las Administraciones Públicas, entidades y organismos públicos para que seleccionen a su personal (tanto funcionario como laboral) “*mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales*” de igualdad, mérito y capacidad¹⁰⁷, que hemos citado anteriormente.

Para asegurar el respeto a la igualdad de trabajo y la neutralidad en los sistemas selectivos, en apretada síntesis, se exige que todos ellos tengan carácter abierto, garanticen la libre concurrencia¹⁰⁸, que las pruebas teóricas y prácticas exigidas se adecuen a las funciones propias del puesto de trabajo por el que se opte, y, además, si se incluyera en el proceso selectivo la valorización de méritos de los aspirantes, ésta no podrá ser determinante para el resultado del proceso selectivo. Por su parte, los sistemas selectivos de los funcionarios de carrera y los del personal laboral fijo serán los de oposición y concurso-oposición, pudiendo, para estos últimos, acordarse que el sistema de selección sea el de concurso de valoración de méritos (que será excepcional para los primeros).

Como es bien sabido, uno de los requisitos necesarios¹⁰⁹ para poder participar en procesos selectivos en el ámbito de la función pública es el de la nacionalidad española del aspirante¹¹⁰. Pues bien, a pesar de este requisito general, los nacionales de otros Estados de la UE pueden acceder “*en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos*”¹¹¹. Además, los extranjeros con residencia legal en España

105 en el Capítulo I del Título IV (arts. 55 a 62) EBEP.

106 55.1 del EBEP.

107 A los que se añaden los de publicidad de las convocatorias y de las bases de las mismas, transparencia, profesionalidad, imparcialidad discrecionalidad técnica e independencia de todos los miembros de los órganos de selección, adecuación del contenido de los procesos selectivos a las funciones a desarrollar y agilidad en los procesos selectivos (art. 55.2 del EBEP).

108 Con las excepciones que resulten de la promoción interna y del cumplimiento de las medidas de discriminación positiva (como las señaladas para las personas con discapacidad). Art. 61 EBEP.

109 El art. 56 EBEP enumera todos los requisitos necesarios para el acceso a la función pública, de manera que, para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato y objetividad, solo se puedan exigir otros requisitos distintos si guardan “*relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general*” (art. 56.3 EBEP).

110 Art. 56 EBEP. Aspirante, además, que, con carácter general, no podrá tener menos de 16 años ni más de la edad que le corresponda para su jubilación forzosa.

111 A salvo de aquellos puestos que indirecta o directamente conlleven una “*participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del*

pueden optar a cualquier empleo público “*en igualdad de condiciones que los españoles*”, eso sí, como personal laboral¹¹².

Como medida de acción positiva se recoge la reserva del siete por ciento de las vacantes que se publiquen en las ofertas de empleo público para ser cubiertas entre personas con discapacidad¹¹³, siempre se superen como es lógico las pruebas selectivas correspondientes a la plaza de que se trate, y su capacidad para la realización de las funciones inherentes a dicha plaza.

3. El acceso al empleo autónomo

No olvida la LITND la necesidad de respetar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al empleo **por cuenta propia**¹¹⁴, y para ello, prohíbe el establecimiento de segregaciones, limitaciones, o exclusiones por cualquier factor discriminatorio “*en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia*”¹¹⁵ y en los acuerdos de interés profesional que se puedan concertar entre los sindicatos o asociaciones representantes de los TRADES y las empresas para las que trabajen¹¹⁶.

IV. CONTROL DEL RESPETO DEL DEBER DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR LA LITND Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

En primer lugar, el **control y protección del cumplimiento de los derechos de trato igual** y no discriminatorio en todos los aspectos contenidos en la LITND se atribuye a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No

Estado o de las Administraciones Públicas”, por razones públicas de protección y salvaguarda de los bienes, servicios e intereses públicos. Art. 57.1 EBEP.

112 Art. 57.4 EBEP.

113 Art. 59 EBEP. Debemos recordar que, con carácter general, la cuota de reserva en las empresas de más de 50 trabajadoras es el 2%.

114 Sobre el trabajo autónomo y la LITND vid. M.B. García Gil, “Derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en el trabajo por cuenta propia”, en *Una visión transversal del derecho a la igualdad ...*, *op. cit.*, págs. 71 a 76.

115 Art. 11 LITND.

116 Las medidas de acción positiva también pueden ser incluidas en los acuerdos de interés profesional de los TRADES para luchar contra toda actuación discriminatoria en el empleo autónomo (Art. 11.3 LITND).

Discriminación (AIITND)¹¹⁷, cuyas concretas funciones se recogen en el art. 40 LITND con funciones promocionales, ejecutivas, consultivas y promocionales.

Ahora bien, en el ámbito del control del cumplimiento de la normativa relativa a los deberes de igualdad de trabajo y no discriminación derivada de las relaciones laborales, la autoridad competente es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹¹⁸. Ciertamente, el legislador de igualdad le recuerda a la Inspección de Trabajo que debe vigilar el cumplimiento de la normativa de igualdad en lo que respecta particularmente al acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, debiendo concretar en su Plan Integrado de Actuación las actuaciones específicas de vigilancia y control que debe cumplir dicho cuerpo en materia de igualdad¹¹⁹.

Al margen de las facultades sancionadoras, no debemos olvidar que ET atribuye a la representación unitaria la función de vigilar el respeto al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, dentro del ámbito empresarial.

En segundo lugar, **con relación a las consecuencias del incumplimiento de la normativa relativa al deber de trato igual**¹²⁰, debemos apuntar a las responsabilidades administrativas, civiles y, en su caso, penales¹²¹ (sin olvidar la aplicación del principio *non bis in idem*). Además, se producirá la nulidad de pleno derecho de toda disposición, acto o cláusula de cualquier acuerdo que pueda suponer un incumplimiento del deber de trato igual por cualquier factor discriminatorio¹²².

En efecto, con relación a la nulidad de toda disposición, acto o acuerdo que pueda contener algún tipo de discriminación **en el acceso al empleo**, debemos recordar que la normativa en materia de selección de candidatos/as atribuye al empresario amplios márgenes de libertad que nunca pueden justificar el trato discriminatorio. Por consiguiente, si dicha conducta discriminatoria se produjera, el legislador la-

117 Excepto el ámbito laboral y el que afecta a las personas que presenten algún tipo de discapacidad. El título III LITND recoge la regulación de la AIITND (arts. 40 a 45 LITND).

118 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

119 Por su parte, los órganos competentes del Ministerio de Defensa tienen encomendada la vigilancia y control en los centros de trabajo y establecimientos militares y la inspección general de servicios (y en el ámbito de las CCAA, sus órganos autonómicos) son los competentes en el ámbito del empleo público (art. 9.4 LITND).

120 Sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de igualdad de trato, se recomienda la lectura de C. Morales Vález, "Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación". *Una visión transversal del derecho a la igualdad ...*, *op. cit.*, págs. 119 y 129.

121 Art. 25.2 LITND.

122 Art. 26 LITND.

boral (en sintonía con la LITND) decreta **la nulidad**¹²³ **de dicha decisión discriminatoria por la que se ha rechazado a un/a candidato/a por algún factor de discriminación**. Lo mismo ocurre en materia de igualdad de trato **por razón de sexo**. **En este ámbito también** se determina expresamente **la nulidad** de las cláusulas de los acuerdos y de los actos “*que constituyan o causen discriminación por razón de sexo*”¹²⁴ que no desplegarán efecto alguno “*y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones*”¹²⁵ *que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*”¹²⁶.

En cualquiera de los casos no se impondrá la contratación del candidato discriminado (lo que sería contrario al principio de libertad de empresa) pero sí podría caber, en determinados supuestos, la nulidad de la contratación que se ha hecho sin respeto al principio de no discriminación y la repetición del proceso de selección que, ahora sí, deberá respetar el principio citado, al margen de la concurrencia del resto de las responsabilidades que procedan, como ya sabemos.

En cuanto a la **responsabilidad civil por los daños y perjuicios** que puedan derivarse de la acción discriminatoria puede incluir tanto la restitución como la indemnización que corresponda para lograr la reparación efectiva y completa de la víctima. De esta manera, el responsable de la conducta o acto discriminatorio debe reparar el daño que haya causado a la víctima, por una parte, con el pago de la indemnización que proceda, y por otra, restituyendo a la víctima a la situación previa a dicha discriminación, si fuera posible.

Además, para facilitar el derecho de la víctima el percibo de la indemnización que le pueda compensar la vulneración sufrida, siempre que se constate la existencia de discriminación, se debe presumir automáticamente el daño moral, facilitando así a la víctima la carga de la prueba¹²⁷.

123 El art. 17.1 ET cuando dice que se “*entenderán nulos y sin efecto (...) las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo (...) a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, 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*”. El art. 17.1 ET recoge los elementos principales de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio (DOUE, de 26 de julio de 2006). En el mismo sentido, el art. art. 1.1.a) del Convenio núm. 111 OIT.

124 Directa o indirecta.

125 STJCE 14/83, 19 de abril de 1984, (asunto Van Kolson).

126 Art. 10 LOI.

127 Compensación que se valorará “*atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”. Art. 27.1 LITND.

Como es lógico, en el ámbito de acceso al empleo, el empleador será responsable del daño producido por la conducta o decisión discriminatoria que se haya producido en su “*ámbito de organización o dirección*” sin haber aplicado “*métodos o instrumentos suficientes para su detección*”, o sin haber adoptado o articulado las medidas preventivas que hubieran sido necesarias para que se hubiera puesto fin a las situaciones discriminatorias¹²⁸.

Como es bien sabido en el ámbito forense resulta extremadamente difícil la **carga de probar** la intención discriminatoria del empleador, por ello, tanto en el ordenamiento comunitario¹²⁹ como en la legislación procesal interna¹³⁰ se invierte la carga de la prueba, debiendo demostrar el candidato o candidata no seleccionada los indicios que puedan presumir comportamientos empresariales contrarios al respeto de los principios de igualdad y no discriminación¹³¹. Una vez planteado en sede judicial este panorama discriminatorio, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces al empleador la acreditación haber adecuado su comportamiento al principio de igualdad de trato. Esto mismo queda recogido expresamente en la LITND¹³² cuando pide al demandante la existencia de indicios de discriminación para invertir la carga

128 Arts. 27.2 en relación con el 25.1 LITND. En un sentido parecido se pronuncia el art. 72 LOI en materia de discriminación por razón de sexo.

129 En este sentido, el art. 19.1 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, ordena a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias “*para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*”. Así, se refleja en la jurisprudencia comunitaria “[...] 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 bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43 (LCEur 2000, 1850). Incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Puede hacerlo demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. Compete al tribunal remitente verificar que los hechos imputados a ese empleador están demostrados, y apreciar si son suficientes los elementos que dicho empleador aporte en apoyo de sus afirmaciones de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato”, (34) STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), caso Feryn.

130 En el ámbito interno, se recoge la misma inversión de la carga de la prueba en la LJS cuando dice: “*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

131 SSTJCE 109/88, 17 de octubre de 1989 (asunto Danfoss) y 102/88, 13 de diciembre de 1989 (asunto Ruzius-Wilbrink). Por parte del TC, la sentencia 240/1999, 20 de diciembre de 1999.

132 Art. 30 LITND.

de la prueba que corresponderá entonces al empleador que será el que deba acreditar que el rechazo del candidato/a no se ha debido a ningún factor discriminatorio.

Por su parte, como se ha señalado anteriormente, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) mantiene las competencias de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, cuyo incumplimiento propiciará la exigencia de **responsabilidad administrativa al sujeto responsable del mismo** (con independencia de las competencias propias de la AIITND, tal y como hemos indicado anteriormente) a la luz de los preceptos de la LISOS. Esta norma, en materia de acceso al empleo califica de muy grave la solicitud de datos de carácter personal a los aspirantes a ocupar un puesto vacante, o el establecimiento de condiciones discriminatorias (por cualquier medio y por cualquier factor discriminatorio)¹³³.

Dentro del ámbito de la LITND también se establece el régimen adjetivo de la nueva regulación de igualdad y no discriminación (en su título IV)¹³⁴, titulado “*Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación*”. No obstante, como ya se ha indicado, se excluye del ámbito de aplicación de la LITND tanto las infracciones que puedan cometerse en el ámbito de las relaciones laborales¹³⁵, como las relativas al ámbito de la discapacidad¹³⁶. Ahora bien, el legislador laboral no contempla todos los factores de discriminación que sí incluye la nueva Ley de Igualdad (“*expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías*”, entre otros). En este punto debemos recordar la aplicación de los principios de especialidad y de tipicidad aplicables dentro del ámbito del derecho sancionador, siendo restrictiva, además, interpretación dentro del derecho sancionador, por tanto, se nos plantea la duda de la capacidad sancionadora de la ITSS en el ámbito laboral si la discriminación se ha producido por factores no incluidos en la LISOS¹³⁷; duda que deberá abordarse y aclararse lo antes posible.

133 Art. 16.1.c) LISOS. Debemos tener en cuenta que curiosamente se modifica la letra c) del apartado 1 del art. 16 LISOS por la DF 1.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, y, con la misma fecha de publicación en el BOE, se vuelve a modificar la letra c) del mismo apart, 1 del art. 16 LISOS por la DF 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. A dicha sanción muy grave la corresponde una sanción que oscila entre 7.501 a 225.018 euros (art. 40 LISOS dependiendo del grado mínimo, medio o máximo en el que se imponga (art. 39.1 LISOS).

134 arts. 46 a 52 LITND. Un comentario de urgencia de la nueva Ley: “La nueva Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación (Análisis normativo LITND, de 12 de julio)” Mamen Alonso Arana. Editora. Área Social. Corporate content. Thomson Reuters Aranzadi, *Aranzadi digital* num.1/2022, Editorial Aranzadi, S.A.U (BIB 2022\2649).

135 Que se regula por la LISOS.

136 En este ámbito será de aplicación lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

137 No olvidemos que la LITND recoge expresamente, dentro del ámbito objetivo (art. 3 LITND) el empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, el acceso a cualquier condición de trabajo, el empleo público, la participación en el ámbito sindical, el acceso a la protección social, etc.

V. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ACCESO AL EMPLEO

1. *La inteligencia artificial y el acceso al empleo*

Es bien sabido que los recientes avances en el campo de la Inteligencia Artificial (en adelante IA) y su posterior introducción en el contexto productivo han supuesto una auténtica revolución. Su estado aún embrionario y las conjeturas sobre las consecuencias que pueden derivar de su desarrollo futuro han propiciado la creación de un halo de incertidumbre que se ha trasladado al Derecho del Trabajo. De hecho, es lógico que el ámbito de las relaciones laborales quede profundamente alterado debido a la aplicación de los nuevos avances en el campo de la IA en la fase del acceso a algún puesto de trabajo.

Existen muchas dudas sobre las ventajas y desventajas que supondrá la generalización de su uso de la IA en los procedimientos de selección de personal. Como ventajas podemos citar la capacidad de la IA de analizar y sintetizar gran cantidad de información (lo que supone un gran avance en el proceso de cribado de currículos), la capacidad de realizar entrevistas virtuales, pruebas técnicas¹³⁸, la disminución de errores en el análisis de información, y sobre todo, el aumento de la productividad de administraciones públicas y empresas a causa de las ventajas mencionadas.

No obstante, ya hace tiempo que se viene advirtiendo sobre los posibles efectos adversos del desarrollo descontrolado de las IA¹³⁹. Aquí nos centraremos en su aplicación en la fase previa a la contratación: el acceso al empleo. Especial atención merecen, en ese ámbito, aquellos problemas relacionados con la transparencia, la protección de datos y el respeto a la normativa vigente en materia de igualdad y no discriminación.

En la LITND, la IA se menciona en varias partes¹⁴⁰. En primer lugar, la EM avanza que dentro de la citada Ley se aborda tanto el deber de trato igual en el ámbito de la inteligencia artificial como los “*mecanismos de toma de decisión automatizados*”. En segundo lugar, se alude a la IA como uno de los campos en los que engloba el

138 Serrano Falcón, C. (2022). Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos. <http://hdl.handle.net/10481/76566>

139 Arnanz, A. S. (2021). Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos. *Revista de derecho público: teoría y método*, 3, 85-127.

140 FernándezHernández, C. (2022). La LITND introduce la primera regulación positiva de la inteligencia artificial en España. *Diario La Ley*. Recuperado de: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/07/13/la-ley-15-2022-introduce-la-primer-regulacion-positiva-de-la-inteligencia-artificial-en-espana>

ámbito objetivo de aplicación de dicha ley ¹⁴¹. No obstante, el centro de la regulación de la IA en la LITND se ubica en el art. 23, relativo a la “*Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados*” y compuesto por cuatro apartados.

En el primer apartado centra la escasa regulación de la IA “*en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia artificial, la Carta de Derechos Digitales y las iniciativas europeas en torno a la IA*”. La primera, es uno de los ejes de la Agenda España Digital 2026 y uno de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española. La segunda, no tiene carácter normativo, sino que sirve únicamente como guía orientativa¹⁴². Mayor atención requieren las iniciativas de la UE sobre la IA. Son esenciales, en primer lugar, el Reglamento General de Protección de Datos¹⁴³ y, sobre todo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley De Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de abril de 2021 (en adelante, PRIA). Recientemente, se ha publicado el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 (LCEur 2024, 1995) (DOUE 12 de julio de 2024) que recoge normas armonizadas en materia de IA . El objetivo principal del RIA es el de mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA para garantizar la protección de la seguridad, la salud y los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El legislador de igualdad ordena a las administraciones públicas (en adelante, AAPP) que, siempre que sea posible técnicamente, favorezcan la utilización de mecanismos para que sus algoritmos “*tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas*”. En dichos mecanismos “*se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio*”, mediante evaluaciones de impacto.

No es un secreto que la definición de IA es un concepto que dista de ser unívoco, además de que está en constante evolución¹⁴⁴. En la LITND no encontramos nin-

141 Art. 3.1.o) LITND.

142 <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/140721-derechos-digitales.aspx>

143 Reglamento UE 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

144 Para profundizar en este aspecto, Samoili, S., Lopez Cobo, M., Delipetrev, B., Martinez-Plumed, F., Gomez Gutierrez, E. and De Prato, G., AI Watch. Defining Artificial Intelligence 2.0, EUR 30873 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-42648-6, doi:10.2760/019901, JRC126426

guna definición de IA de la que podamos partir¹⁴⁵. Es de capital importancia este punto, ya que no es lo mismo hablar de sistemas de IA automáticos o de sistemas de IA autónomos. Los sistemas autónomos se refieren a herramientas de IA más avanzadas que los sistemas automáticos. Mientras estos últimos tienen unas reglas predeterminadas para realizar tareas específicas, los autónomos utilizan algoritmos para aprender por sí mismos y así poder “pensar” como lo haría un ser humano y adaptarse a nuevas situaciones¹⁴⁶.

Sería deseable la aclaración de qué grado de autonomía tienen las herramientas de IA a los que se refiere la LITND. Cabe señalar que, por el momento, los sistemas autónomos de IA son muy minoritarios con respecto a los sistemas automáticos, en especial en la Admón. Pública, que es el sujeto al cual se aplica el artículo 23 de la citada Ley en su práctica totalidad¹⁴⁷. De cualquier manera, parece que en la LITND se aplicaría una definición amplia de IA, que abarca, además de los sistemas autónomos, los sistemas de IA más sencillos y frecuentes de la AAPP: los sistemas automáticos. Un indicio de que la Ley se inclina por un concepto amplio de IA son los diferentes conceptos relacionados con la misma que el legislador utiliza, tales como “*mecanismos de toma de decisión automatizados*”; “*gestión masiva de datos*”, “*así como otras esferas de análoga significación*”; “*algoritmos involucrados en la toma de decisiones*”.

En la PRIA, la definición de IA tiene una importancia capital¹⁴⁸, así como el análisis de cada uno de los instrumentos utilizados, clasificando los diferentes sistemas según el grado de autonomía y, por tanto, el riesgo que suponen. Esta clasificación tiene como objetivo someter a controles más estrictos los sistemas de mayor riesgo, llegando incluso a prohibir aquellos con un nivel de riesgo demasiado elevado. Debe señalarse, asimismo, que los sistemas de selección o contratación de personal estarían entre los que implican más riesgos, según el art. 6 en relación con el Anexo III de la PRIA.

No obstante, merece la pena profundizar en la naturaleza de los riesgos derivados de la utilización de la IA en herramientas de selección de personal. Este riesgo aumenta, sobre todo, de forma directamente proporcional a la autonomía del sistema. Cuanto más autónomo es el sistema de IA, mayor peligro existe de que los

145 A pesar de que en la justificación de la Ley que se realiza en la Exposición de motivos comienza resaltando la intención de la Ley es “*convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español*”.

146 Soriano Arnanz, A. (2023). El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas. Documentación Administrativa, (9), p. 13. <https://doi.org/10.24965/da.11148>

147 Los sistemas más avanzados de IA que se ocupan de selección de personal se encuentran, por el momento, en las grandes empresas del sector privado.

148 Como se explica en Soriano Arnanz, A. (2023).

resultados de su actuación lesionen los derechos fundamentales de las personas físicas afectadas por su funcionamiento¹⁴⁹. Tres son los principales problemas que se afrontan cuando hablamos de IA: sesgo, transparencia y rendición de cuentas.

Cuando nos enfrentamos a sistemas de IA con un alto grado de autonomía cuyo uso ha derivado en un resultado lesivo para los derechos fundamentales, muchas veces es técnicamente imposible llegar a esclarecer cómo dicho sistema ha llegado a dicho resultado. Por tanto, los sistemas de IA autónomos suponen un verdadero desafío a la hora de atribuir responsabilidades y buscar soluciones para corregir errores no humanos. Las causas del resultado lesivo, aunque pueden ser opacas, han podido derivar del sesgo inicial de los datos de entrenamiento que necesita el sistema de IA para desarrollar su toma de decisiones¹⁵⁰. Véase un ejemplo: una herramienta de IA que se crea con el propósito de que automatice el proceso de selección de candidatos de forma íntegra. Esta herramienta, a la que se le nutre con datos y se va adaptando a los cambios existentes en la empresa, acaba llegando a la conclusión de que no es rentable contratar a mujeres en edad fértil. Este algoritmo no se supervisa y, como consecuencia, se excluye a muchas mujeres del acceso al empleo. Un episodio similar ocurrió en Amazon¹⁵¹.

Lo que está fuera de toda duda es que la intervención del ser humano para evitar que las herramientas de IA lesionen los derechos fundamentales de los candidatos de procesos de selección es preceptiva. Ahora bien, de la lectura conjunta del art. 22 RGPD y el artículo 41 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se entiende que la Admón. puede automatizar total o parcialmente cualquier proceso, incluido el de selección de personal, si bien es cierto que prevé algunos mecanismos de supervisión y rendición de cuentas.

Estrecha relación con este punto guarda la presencia, siguiendo con el apartado 1 del art. 23 LITND, del condicionante “*siempre que sea técnicamente posible*”. Recordemos que existen sistemas de IA autónomos en el sector privado cuyo algoritmo alberga tal complejidad que evita que sea posible llegar a entender las causas de una eventual lesión a los derechos fundamentales. Por tanto, este condicionante está abriendo la puerta a la existencia de sistemas autónomos de IA opacos en la Admón., antes de que existan herramientas para solucionar sus problemas de transparencia y exigibilidad. Esto es algo especialmente sensible en el procedimiento de acceso al empleo público basado en la valoración de méritos de los/as candidatos/as.

149 En la misma línea, Cotino Hueso, L. (2023). Los usos de la inteligencia artificial en el sector público, su variable impacto y categorización jurídica. Revista Canaria de Administración Pública, (1), 213. <https://doi.org/10.36151/RCAP.2023.7>

150 Para profundizar en este aspecto, *La Inteligencia Artificial en los procesos de reclutamiento (hco.com)*

151 https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html

El segundo apartado, cuyo destinatario vuelven a ser las AAPP, contiene el imperativo de priorizar la transparencia de los algoritmos utilizados “*en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos*”. En los dos primeros apartados, que constituyen el centro de la regulación del art. 23, el sujeto pasivo es únicamente la Administración.

No obstante, la participación de la IA en el proceso de selección de trabajadores por cuenta ajena se realiza de forma mucho más frecuente y con instrumentos más desarrollados en las grandes empresas privadas, y por tanto, con más riesgo de vulnerar el principio de igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo¹⁵². En efecto, no somos ajenos a la evidente necesidad de filtrar la información de grandes cantidades de candidatos y la amplia capacidad de inversión que exigen este tipo de tecnologías, la menor presencia de control y regulación que el sector público. Todos estos factores permiten implementar los últimos avances tecnológicos para optimizar el rendimiento económico sin prestar demasiada atención a las consecuencias negativas que pueden derivar indirectamente de su utilización. Por tanto, es lógico pensar que los sistemas de IA que suponen un mayor riesgo para la vulneración de derechos fundamentales se encuentran en el sector privado y no en el público.

Pese a ello, el apartado tercero del art. 23 LITND no contiene ningún tipo de imperativo legal de control de este tipo de tecnologías en el sector privado, sino que simplemente les obliga a recomendar su uso ético, confiable y respetuoso con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la UE en este sentido. Por último, el cuarto y último apartado reza como sigue: “*Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos*”, sin mayor precisión al respecto.

Parece, en definitiva, que la LITND ofrece más una declaración de principios que una verdadera intención de regular las herramientas de IA, especialmente para el sector privado, al que parece dejar a cargo de la normativa comunitaria. En congruencia con lo anterior, parece que la regulación de la IA, en todos los países que componen la UE (también en España) la llevará a cabo la PRIA, tanto en el sector privado como en el público y que se necesita una intervención real del legislador español para poder controlar los problemas que parece plantear la IA en el cumplimiento del deber de trato igual en materia de acceso al empleo, que es el objeto de este artículo.

152 Soriano Arnanz, A. (2023). El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas. Documentación Administrativa, (9), p. 14. <https://doi.org/10.24965/da.11148>

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, (Dir. A. V. Sempere Navarro y M. B. García Gil), *Una visión transversal del derecho a la igualdad LITND* Sepin, Madrid, ISBN 978-84-1388-253-6/Digital: 978-84-1165-465-4
- DOMÍNGUEZ MORALES, A.: “Igualdad de trato y prohibición de discriminación. ¿Exigencia o compromiso para la negociación colectiva?”, *Revista de Información Laboral* num. 10/2018, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2018/13466).
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 181/2015, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2015/167286).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 191/2016, Editorial Aranzadi S.A.U. (BIB 2016/80411).
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), HIERRO HIERRO, F. J. (coord.), KAHALE CARRILLO (coord.), D. T.: *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, ed. Boletín Oficial del Estado, BOE, 2018, ISBN: 978-84-340-2508-0.
- SORIANO ARNANZ, A.: “El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas”. *Documentación Administrativa*, (9), 2023, 11–25. <https://doi.org/10.24965/da.11148>
- COTINO HUESO, L.: “Los usos de la inteligencia artificial en el sector público, su variable impacto y categorización jurídica”. *Revista Canaria De Administración Pública*, (1), 2023, 211–242. <https://doi.org/10.36151/RCAP.2023.7>
- SERRANO FALCÓN, C.: Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos. 2022. <http://hdl.handle.net/10481/76566>
<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/07/13/la-ley-15-2022-introduce-la-primera-regulacion-positiva-de-la-inteligencia-artificial-en-espana>

Capítulo VII.

Nuevas obligaciones para las empresas

Merino San Román, J. C.

Director de Capital Humano y Jurídico. Secretario del Consejo de Administración Inter Mutuelles Assistance Ibérica (Groupe IMA).

Doctor en Derecho, Profesor adjunto de EAE Business School y Profesor de la Universidad Europea

DOI: <https://doi.org/10.14679/3724>

Sumario: I. introducción. II. Objetivos de la LITND. III. Ámbito de aplicación objetivo de la norma desde el punto de vista laboral y de seguridad social. IV. Acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado. V. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación. VI. Negociación colectiva. VII. Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación. VIII. Obligaciones particulares de la inspección de trabajo y seguridad social. IX. Autoridad independiente para la igualdad de trato y no discriminación. X. Apunte final. XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La LITND recoge en su preámbulo que “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”.

Se trata de una ley cuyo origen surge de la necesidad de establecer un mínimo en cuanto a los niveles de protección e igualdad de trato que contenga los principios y definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y sus garantías básicas.

A pesar de que ya se contaba con una regulación bastante completa en lo relativo a la igualdad entre mujeres y hombres (por ejemplo la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y a los derechos de las personas con

discapacidad (entre las que destaca RDLeg 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.), la ley cumple con el fin, entre otros, de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE¹. Cabe recordar que las transposiciones que se habían realizado habían sido objeto de crítica por parte de la Comisión Europea, las organizaciones sociales, y especialmente de las de derechos humanos, por lo que la ley viene a dar respuesta a estas reclamaciones.

1 La norma se ha visto influenciada por numerosos instrumentos y corpus normativo de protección frente a la discriminación, entre los que cabe destacar: i) los artículos 9 y 14 de la Constitución de 1978; ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948; iii) el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados en el marco de Naciones Unidas de 1966; iv) la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; v) la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981; vii) la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; viii) la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007; ix) Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 y el 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958 de La Organización Internacional del Trabajo; xi); los principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad de 1991; xii) Resolución 21/23 de 2010 del Consejo de Derechos Humanos referente a los derechos humanos de las personas de edad; xiii) Protocolo número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos; xiv) Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) sobre España, publicado el 27 de febrero de 2018; xv) El Tratado de la Unión Europea; xvi) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; xvii) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; xviii) Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; xix) Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; xx) Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; xxi) Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; xxii) Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal; xxiii) Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; xxiv) Resolución sobre la situación de los derechos humanos en la Unión Europea del Parlamento Europeo; xxv) Informe sobre los derechos fundamentales de 2019 de la Agencia de los Derechos Fundamentales; xxvi) La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2019, sobre los derechos fundamentales de las personas de ascendencia africana en Europa (2018/2899(RSP)); xxvii) en el marco de la Agenda Social Renovada, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de julio de 2008, adoptó una propuesta de directiva, todavía en fase de negociación, con el objetivo de garantizar la prohibición de toda forma de discriminación; xxviii) propuesta en 2012 de la Comisión de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines; xxix) Comisión Europea propuesta de la adopción de una Directiva de accesibilidad de los productos y servicios y xxx) estrategias de la Comisión Europea relativas al principio de igualdad de trato y no discriminación.

Por otra parte, la norma incorpora un nuevo elenco de conceptos que a pesar de que ya se venían utilizando la mayor parte de ellos por nuestros operadores jurídicos y, en particular, por juzgados y tribunales, la nueva norma consigue positivizarlos de forma precisa.

Por último, debe destacarse que la ley incorpora mecanismos muy relevantes de cara a garantizar su efectividad en el plano práctico, entre los que destaca las reglas relativas a la legitimación y carga de la prueba² y la creación (art. 40) de un nuevo órgano que se denomina “Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No discriminación”, encargado de tutelar y potenciar la igualdad y la no discriminación tanto en el ámbito público como en el privado³.

II. OBJETIVOS DE LA LITND

Se trata de una ley de derecho antidiscriminatorio específico que tiene por objeto dar cobertura a las discriminaciones que ya existen y también a las que están por venir, puesto que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, por tanto, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas. En este sentido, la norma recoge en su preámbulo que “los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas”. De hecho, son principios inspiradores de la LITND:

- El establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación.
- El impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas.
- La coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación.

La ley nace con el fin de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y respetar la igual dignidad de las personas. En este sentido, y como la misma norma manifiesta, la ley persigue un doble objetivo: “se trata de pre-

2 ROJO TORRECILLA, EDUARDO. (21 de mayo de 2022). La proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, camino de convertirse próximamente en ley. Notas sobre su contenido laboral, con algunos apuntes bibliográficos. *El blog de Eduardo Rojo*: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/la-proposicion-de-ley-integral-para-la.html>

3 BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA y PÉREZ DEL PRODO, DANIEL.: «La LITND, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no discriminación: un gran paso de final incierto», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 7, Número 3, 2022, págs.4-5.

venir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador, el cual tiene también un sentido formativo y de prevención general. Para ello, el texto articulado se caracteriza por tres notas: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral⁴.

Se trata de una ley que incluye a todas las personas, incluidas las jurídicas, y que alcanza a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

En primer lugar, es una ley de garantías, ya que lo que pretende es garantizar el ejercicio del derecho más que el reconocimiento de nuevos derechos. En segundo lugar, es una ley general con el objetivo de actuar a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación frente a otras leyes sectoriales, con un marcado carácter integral respecto de los motivos de discriminación⁴.

Y, en tercer lugar, es una ley que se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación. En este sentido, en la norma “subyace una visión integral de discriminaciones estructurales concernientes a condiciones de inferioridad históricas más allá del concreto impacto individual de las mismas”⁵.

Resumiendo, nos encontramos con una ley que pretende hacer frente de manera omnicompreensiva a todas las formas de discriminación y, al mismo tiempo, dotar de instrumentos que permitan conseguir tal fin.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Una lectura general de la ley y, en particular, de los artículos 9, 10 y 11 nos permite comprobar cómo, en consonancia con las explicaciones ofrecidas en el preámbulo, su contenido tiene consecuencias muy relevantes desde el punto de vista laboral y de seguridad social que impactan sobre:

- El empleo, por cuenta ajena y también por cuenta propia, que alcanza a las condiciones de trabajo. Entre ellas destacan las condiciones retributivas y de extinción del contrato de trabajo, la promoción profesional y la formación para el empleo.
- El acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.

4 La Moncloa. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato y la No Discriminación*. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/070111-igualdad.aspx>.

5 GRAU PINEDA, CARMEN.: «La LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023, página.48.

- La afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- La protección social, las prestaciones y los servicios sociales.

La norma contiene una serie de disposiciones que son específicas del ámbito laboral tanto en su artículo 9, relativo al “derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena”; como en el artículo 10, referente a la “negociación colectiva”; y en el artículo 11, sobre el “derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia”.

El artículo 9, bajo la rúbrica del “derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena”, señala que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en la norma para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado.

Entre las mismas recoge los criterios de selección, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Entiende como discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en la norma.

Por otro lado, traslada a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas la obligación específica de velar por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en la norma, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículo de vida anónimo.

También establece como garante a La Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que vele particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

Al mismo tiempo, impone la prohibición expresa al empleador de no poder preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

Finalmente, establece que por vía reglamentaria se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales.

Mientras en el artículo 10, dedicado a la “negociación colectiva”, se recogen las reglas mínimas que ha de cumplir. A tal efecto, y con independencia de la libertad de las partes para que determinen el contenido de los convenios colectivos, no podrán establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, entre los que se incluyen nuevamente y en coherencia con el artículo 9 de la ley, los criterios de selección, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas previstas en esta ley.

A su vez, anima a los poderes públicos a que fomenten el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas.

Un aspecto a destacar es que, mediante la negociación colectiva, se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en la norma⁶.

Entre las medidas propone el establecimiento conjunto por las empresas y la representación legal de los trabajadores de los objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

Por último, y en este ámbito, también transfiere a la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa por la obligación de velar por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en la ley y, en particular, en las materias y medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos.

Remata el artículo 11, en relación con el “derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia”, que no se podrán establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en la ley en el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia.

Además, será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional y también a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y a las empresas para las que ejecuten su actividad.

Adviértase, que los acuerdos de interés profesional podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en la ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia.

Por otra parte, el artículo 25.1 de la ley, en relación con las medidas de protección y reparación frente a la discriminación, incluye la obligación a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para que sean detectadas tales conductas y la adopción de medidas preventivas junto con la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias.

A su vez, el artículo 27.2 de la Ley, en relación con la atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño, hace extensible dicha responsabilidad a las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación,

6 Sobre medidas de acción positiva *Vid.* SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, BEATRIZ.: «El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la LITND», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023.

en la que se incluye el acoso, se produzca dentro de su ámbito de organización o dirección y no se hayan cumplido con las obligaciones previstas del artículo 25.1 señaladas en el apartado anterior.

Finalmente, la disposición adicional quinta, con el título “cumplimiento de las disposiciones previstas en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación en materia de negociación colectiva y laboral” establece que “las organizaciones empresariales y sindicales más representativas elaborarán un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación”. En consecuencia, esta obligación de elaborar un informe anual va a posibilitar a los agentes sociales a que se reúnan y que de forma indirecta sea un incentivo para la adopción de medidas⁷.

IV. ACCESO AL EMPLEO POR CUENTA AJENA, PÚBLICO O PRIVADO

La literalidad de la norma recoge que las empresas no podrán establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones, por las causas señaladas en la norma, para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos:

- Los criterios de selección
- La formación para el empleo
- En la promoción profesional
- En la retribución
- En la jornada y demás condiciones de trabajo
- En la suspensión del contrato de trabajo
- El despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

En este sentido, y con relación a los criterios de selección, las empresas han de establecer políticas o protocolos que determinen de forma clara y objetiva el proceso de evaluación de los candidatos. Por tanto, a los candidatos se les tendrá que evaluar atendiendo a los requisitos propios que se requieran para el puesto de trabajo al que opten, con total transparencia sobre los mismos y con indicadores y parámetros que sean lo más precisos posibles y equiparables.

Adviértase, que la norma en su artículo 9.5 señala que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”. Obsérvese, en consecuencia, que la interpretación de la prohibición ha de realizarse de forma genéri-

7 LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F.: «LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo», *Elderecho.com*, Lefebvre, 2022. <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>.

ca de tal modo que extiende sus efectos tanto en los procesos de acceso al empleo como en los de promoción⁸.

Por su parte, y en relación con la formación para el empleo y la promoción profesional, también se tienen que establecer criterios claros y objetivos que se comuniquen a los individuos, lo que implica, entre otras medidas, que los procesos de gestión del desempeño establezcan mecanismos que permitan una evaluación eficaz para poder valorar al trabajador y decidir sobre su carrera profesional.

De igual forma, respecto a la retribución, las políticas salariales que se establezcan han de ser objetivas recogiendo los criterios a aplicar y la estructura salarial. Ahora bien, se habilita la vía reglamentaria para poder “exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1”.

Hechas estas apreciaciones, en la jornada y demás condiciones de trabajo y las causas de suspensión del contrato de trabajo, las empresas tendrán que ceñirse a lo establecido en la normativa de referencia, estableciendo procedimientos claros que permitan identificar con parámetros objetivos las decisiones a tomar.

Por otra parte, y con relación al despido y otras causas de extinción del contrato de trabajo, la norma recoge un criterio consolidado para el caso de que el demandante aporta indicios de discriminación como la enfermedad⁹ o la incapacidad temporal transitoria, en cuyo caso la carga de la prueba recae sobre la empresa¹⁰.

No obstante, en el ámbito de la extinción de la relación laboral se pueden apreciar dos causas de extinción con una problemática compatibilidad con la consideración de discriminación prohibida por la denegación de ajustes razonables.

La primera es la extinción automática de la relación laboral derivada de la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, salvo que a juicio del órgano de calificación la situación sea previsiblemente revisable dentro del plazo de dos años con posibi-

8 VV.AA.: «Análisis de la LITND, de 12 de julio Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Servicio de Estudios UGT*, núm. 53, julio 2022. <https://servicioestudiosugt.com/analisis-de-la-ley-15-2022-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-12-de-julio/>.

9 Sobre el despido del trabajador enfermo *Vid.* GONZÁLES GORDO, LUIS. «Enfermedad y discriminación tras la LITND, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Secretaría editorial, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 4, Número extraordinario, Agosto 2023, páginas.103-121.

10 *Vid.* VV.AA.:« La enfermedad como motivo prohibido de discriminación | Un aspecto específico de la LITND», *Tirant lo Blanch*, Tirant Editorial, 2022. <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-la-enfermedad-como-motivo-prohibido-de-discriminacion-un-aspecto-especifico-de-la-ley-15-2022/>.

alidad de reincorporación al puesto de trabajo, tal y como señala el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

De realizar la extinción contractual de manera automática se estaría obviando la obligación empresarial al objeto de realizar ajustes razonables. Por tanto, la extinción contractual automática por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajador en la que no se contemplen la realización de ajustes razonables es una discriminación por causa de discapacidad según se encuentra definida en el art. 6.1.a) de la Ley.

Por ello, la persona trabajadora declarada incapaz permanente total, absoluta o gran inválida tiene el derecho a ser recolocada en su empresa en un trabajo ajustado a sus capacidades si lo hubiere y salvo que suponga una carga excesiva.

La segunda de esas causas en donde nos encontramos con problemas de problemas de compatibilidad relativos a la consideración de la denegación de ajustes razonables como discriminación por razón de discapacidad es en el despido objetivo por “ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa” del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores¹¹.

En este sentido, hay que advertir que todavía está pendiente la adaptación de esta causa de despido objetivo al modelo social instaurado en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹².

Igualmente, se obliga a adoptar con carácter previo al despido objetivo, las necesarias adaptaciones del puesto de trabajo ya que se ha de entenderla extinción como última *ratio*¹³.

V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

La ley recoge el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y la obligatoriedad de establecer medidas de protección y reparación frente a la discriminación. Para ello, establece la obligatoriedad de la aplicación de métodos de métodos

11 Sobre el despido objetivo del trabajador por ineptitud sobrevenida *Vid.* GUTIÉRREZ COLOMINAS, DAVID.: «La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Una cuestión pendiente», *Derecho de las relaciones laborales*, Número.3, 2019, páginas. 297-306.

12 «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22 (7 págs.).

13 LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F.:« LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo», *Elderecho.com*, Lefebvre, 2022. <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>.

o instrumentos suficientes para que pueda ser detectada, a la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias (art. 25.1).

El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que se pudieran derivar. Entre ellas, se podrán incluir tanto la restitución como la indemnización hasta que se logre la reparación plena y efectiva para las víctimas (art.25.1) y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley tendrán que tomar las medidas oportunas a fin de que los hechos no vuelvan a repetirse con especial atención para el caso de la administración pública (art. 25.3).

Por tanto, prevé una serie de procedimientos y medidas cuya efectividad permiten la tutela y reparación de este derecho y establece un régimen de infracciones y sanciones proporcionado y razonable que permita una compensación real a las víctimas de discriminación.

De este modo, las empresas tienen que instaurar dentro de sus organizaciones una cultura preventiva contra todo tipo de discriminación, dotándose de medios, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados, previniendo y erradicando cualquier forma de discriminación y, para el caso de que suceda, reparar a la víctima de las consecuencias que se deriven del daño causado la misma, proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible (art.27).

De hecho, la ley reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal (art.28), garantizando la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

A tal efecto, nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art.2.1).

No se especifica el tipo de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. Lo que es obligatorio es que las empresas realicen acciones como puedan ser formativas, informativas u otras. Tendrán que promover acciones destinadas a promover las condiciones de igualdad de trato y no discriminación, informando a la representación legal de los trabajadores y publicitar las acciones en materia de igualdad.

Dentro de ese contexto, se impone de forma indirecta la obligación de que las empresas cuenten con protocolos de discriminación, códigos y políticas para prevenir las situaciones de acoso y de discriminación, ya que las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios serán responsables de las discriminaciones que puedan surgir en su ámbito organizativos en el caso de no tomar y desarrollar medidas para evitarlo (art.27.2).

VI. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La ley atribuye a la negociación colectiva un gran protagonismo como herramienta entre las partes para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.

En consecuencia, y con independencia de la libertad de las partes para que determinen el contenido de los convenios colectivos, no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo. Entre ellos se incluyen los criterios de selección, la formación para el empleo, la promoción profesional, la retribución, la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas previstas en esta ley.

Igualmente, recoge que los poderes públicos fomentarán el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas (art.10.1).

Adviértase que, a pesar de que la norma utiliza el término “fomentarán”, se puede inferir la intención de la norma de la “obligatoriedad” por parte de los interlocutores sociales de la creación de códigos de conductas y buenas prácticas, ya que estos códigos de conductas y buenas prácticas servirán como base para establecer las reglas en las que se desarrolle la negociación.

Por otra parte, otorga a la negociación colectiva la facultad de establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en la norma e incluso propone el establecimiento conjunto por las empresas y la representación legal de los trabajadores de los objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica (art.10.2)¹⁴.

14 No obstante, por parte de la UGT se hace una crítica al entender que “hubiera sido más adecuado el establecimiento de objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica, una medida necesaria (incluso subsumible en el artículo 64 del ET), que desde luego no debería tener carácter reversible ni temporal”. *Vid.* VV.AA.: «Análisis de la LITND, de 12 de julio Integral para la igualdad de

Parece evidente que implican nuevas obligaciones para las empresas ya que deberán contar con procedimientos e instrumentos nuevos que, de forma objetiva, les permita cumplir con lo que las partes negocien.

Otra cuestión adicional es la relativa al protagonismo de la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa por la obligación de velar por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en la ley y, en particular, en las materias y medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos (art. 10.3); obligación, nuevamente, que conllevará las acciones precisas a fin de velar y acreditar su cumplimiento.

VII. INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

En el apartado relativo a las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, las infracciones se califican como leves, graves o muy graves (art.47.1) y se limita a definir las conductas que constituyen cada infracción sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación autonómica en el ámbito de sus competencias (art.47.2).

Por lo tanto, en primer lugar, tendrán la consideración de infracciones leves las conductas que incurran en irregularidades formales por la inobservancia de lo establecido en la ley y en su normativa de desarrollo, siempre que no generen o contengan un efecto discriminatorio, ni estén motivadas en una razón discriminatoria en los términos previstos en esta ley (art.47.2).

En segundo lugar, tendrán la consideración de infracciones graves los actos u omisiones que constituyan una discriminación, directa o indirecta, por asociación, por error, así como los que constituyan inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable.

Toda conducta de represalia entendida como cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, parti-

trato y la no discriminación», *Servicio de Estudios UGT*, núm. 53, julio 2022. <https://servicioestudio-sugt.com/analisis-de-la-ley-15-2022-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-12-de-julio/>, página 13.

cipar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto¹⁵.

Igualmente, todo incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal, formulada por el órgano administrativo al que corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la ley.

La comisión de una tercera o más infracción leve, siempre que en el plazo del año anterior el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos infracciones leves mediante resolución administrativa firme (art.47.3).

Y, en tercer lugar, tendrán la consideración de infracciones muy graves aquellos actos u omisiones que constituyan discriminación múltiple, las conductas de acoso discriminatorio entendido como cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, la presión grave ejercida sobre la autoridad, agente de la misma, personal funcionario o empleado público, en el ejercicio de las potestades administrativas para la ejecución de las medidas previstas en la ley, y en sus normas de desarrollo.

La comisión de una tercera o más infracción grave, siempre que en el plazo de los dos años anteriores el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos infracciones graves mediante resolución administrativa firme (art.47.4).

Además, las infracciones serán sancionadas con multas (art.48.1)¹⁶ y se establecen los criterios de graduación de las sanciones que deberán guardar la debida adecuación y proporcionalidad con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, fijando el importe de la multa de modo que al infractor no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción (art. 49.2)¹⁷ y se efectúa una previsión de sanciones accesorias (art. 50.1)¹⁸.

15 Quedan excluidos de lo dispuesto en el párrafo anterior los supuestos que pudieran ser constitutivos de ilícito penal. Al respecto, el artículo 6.6 último párrafo LITND, de 12 de julio.

16 Al respecto, el artículo 48. 1 de la LITND, de 12 de julio recoge que las infracciones establecidas en ley serán sancionadas con multas que irán de 300 a 500.000 euros, de acuerdo con la siguiente graduación: a) Infracciones leves entre 300 y 10.000 euros; b) Infracciones graves entre 10.001 y 40.000 euros; c) Infracciones muy graves entre 40.001 y 500.000 euros.

17 Al respecto, el artículo 49.2 de la LITND, de 12 de julio recoge la forma de aplicar las sanciones en su grado mínimo, medio o máximo con arreglo a los siguientes criterios a) Intencionalidad de la persona infractora; b) Naturaleza de los daños causados; c) Permanencia o transitoriedad de las repercusiones de la infracción; d) Número de personas afectadas; e) La repercusión social de las infracciones; f) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme; g) El beneficio económico que se hubiera generado para la persona autora de la infracción; h) La condición de autoridad, agente

El mismo artículo en su apartado segundo señala la sustitución de sanciones económicas mediante una resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador y con el consentimiento de la persona sancionada y siempre que no se trate de infracciones muy graves (art.50.2)¹⁹.

A estos efectos, hay que tener presente que la norma prevé para las infracciones calificadas como leves una prescripción de un año, las calificadas como graves a los tres años y las calificadas como muy graves a los cuatro años.

Y, para las sanciones impuestas por infracciones leves la prescripción será de un año, para las impuestas por infracciones graves de cuatro años y las impuestas por infracciones muy graves de cinco años.

Finalmente, se establecen las reglas de competencia para tramitar los procedimientos sancionadores con el inicio de la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores, así como la imposición de las correspondientes sanciones administrativas cuya competencia corresponderá a cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias, estableciendo un plazo máximo en que deberá notificarse la resolución del procedimiento sancionador será de seis meses, y la resolución señalará el plazo para su cumplimiento sin que pueda ser inferior a quince ni superior a treinta días.

de la misma, personal funcionario o empleado público de la persona infractora; i) La concurrencia o interacción de diversas causas de discriminación previstas en la ley; j) En todo caso, las infracciones se adoptarán en su grado máximo cuando las infracciones sean realizadas por los titulares de cualquier cargo o función pública o empleados públicos, en el ámbito de toda la organización territorial del Estado, en el ejercicio de sus cargos o funciones; 2. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave; 3. Si la infracción se comete por funcionario público en el ejercicio de su cargo, la sanción se aplicará en su grado máximo.

18 Al respecto, el artículo 50.1 de la LITND, de 12 de julio señala que podrá imponer como sanción accesoria, además de la multa que proceda, la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales que la persona sancionada tuviese reconocidos o hubiera solicitado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción, el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación o el cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora por un término máximo de cinco años.

19 Al respecto, el artículo 50.2 de la LITND, de 12 de julio recoge que se podrá sustituir por la prestación de su cooperación personal no retribuida en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, o en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de los actos de discriminación; por la asistencia a cursos de formación o a sesiones individualizadas, o por cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y la no discriminación, y de reparar el daño moral de las víctimas y de los grupos afectados.

VIII. OBLIGACIONES PARTICULARES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La ley atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el deber de velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo según lo recogido en la propia norma.

Para el buen fin y el cumplimiento de la misma, y en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas de orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social habrá de incluir en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general el desarrollo de planes específicos relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

A su vez, en los centros de trabajo y establecimientos militares esta labor se ejecutará por los organismos competentes del Ministerio de Defensa y en el ámbito del empleo público se efectuará a través de la inspección general de servicios y los órganos equivalentes de las comunidades autónomas (art. 9.4).

En esta línea, y tal y como se recoge en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social 2021-2023²⁰, se ha creado la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social²¹.

Con su creación, se refuerza la lucha a favor de la igualdad, uno de los ejes de acción de las políticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Por tanto, en este sentido, le corresponderá el impulso y coordinación de todas las acciones que se desarrollen por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad de trato y de oportunidades y también velará para evitar la discriminación en el acceso al empleo, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, muy en especial las retributivas.

Por otro lado, tiene como objeto prestar una especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres y velará porque toda la actividad de la Inspección se lleve a cabo con perspectiva de género, combatiendo toda forma de discriminación en el ámbito laboral y del empleo, incluyendo, entre otras, las discriminaciones por razón de edad, discapacidad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual.

20 Aprobado por el Consejo de Ministros del 16 de noviembre de 2021.

21 Orden TES/867/2023, de 22 de julio, por la que se crea la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Será responsable, entre otras funciones de:

- Coordinar campañas y actuaciones inspectoras relacionadas con la discriminación.
- Impulsar y coordinar la actuación de los funcionarios y las funcionarias del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para una actuación homogénea en todo el ámbito geográfico nacional.
- Analizar los comportamientos y conductas infractoras en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo, para establecer los mecanismos e iniciativas más eficientes en la lucha contra las desigualdades.
- Facilitar la coordinación con otros organismos del Ministerio de Trabajo y Economía Social y con otras Administraciones con competencias en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo²².

IX. AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Una de las principales novedades de la norma es la relativa a la tutela institucional. En este sentido, la ley en su título III prevé la creación en el ámbito de la Administración del Estado de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación²³.

Se trata de una autoridad independiente que se encargará de velar por la protección y promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos por la norma tanto en el sector público como en el privado.

La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación tendrá como cometido garantizar la prestación independiente de servicios especializados de asistencia y orientación a las personas que hayan podido sufrir discriminación por razón de por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión

22 Ministerio de Trabajo y Economía Social, (2023, 26 de julio). *Trabajo pone en marcha la Oficina de Lucha contra la Discriminación de la Inspección* (Gabinete de comunicación). <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4238>

23 La disposición adicional primera de la LITND, de 12 de julio, integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, establece que, en el plazo de seis meses de su entrada en vigor, se procedería a constituir una Autoridad Independiente.

de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En estos servicios se incluirán la recepción y tramitación de las quejas o reclamaciones de las víctimas y actividades de mediación y conciliación que a continuación se exponen así como el ejercicio de acciones judiciales para interesar la actuación de la Administración del Estado a fin de sancionar las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa en materia de igualdad de trato y no discriminación.

Con el objeto del establecimiento de estos servicios se contará con la colaboración de organizaciones especializadas en la promoción de la igualdad de trato y el trabajo con grupos de población tradicionalmente afectados por la discriminación.

Interesante también es el hecho de que la norma recoge que, con el consentimiento expreso de las partes, podrán constituirse en un órgano de mediación o conciliación entre ellas en relación con violaciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, excepción hecha de las que tengan un contenido penal o laboral.

Adviértase que, en el caso de mediación o la conciliación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, se sustituirá al recurso de alzada y, en su caso, al de reposición en relación con las resoluciones y actos de trámite susceptibles de impugnación²⁴.

Las decisiones que tome la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación en los procedimientos de mediación o conciliación tendrán carácter vinculante para las partes.

Por otra parte, podrá iniciar, de oficio o instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad o relevancia por ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, a salvo de aquellas que revistan carácter de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación deberá cesar en la investigación y remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y, en su caso, a los órganos competentes de la jurisdicción militar. Igualmente, podrá ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta ley y en las distintas leyes procesales.

24 A los efectos previstos en el apartado segundo del artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

A su vez, tendrá la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal; promover la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de lucha contra la discriminación; colaborar con el Defensor del Pueblo y con las instituciones y organismos públicos equivalentes autonómicos e internacionales; emitir dictamen sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que desarrolle la ley, así como cualquier otro que afecte al derecho a la igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocido; informar, con carácter preceptivo, sobre la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como sobre aquellos planes y programas estatales de especial relevancia en la materia; elaborar, en coordinación con los órganos de la Administración General del Estado competentes en materia estadística, informes y estadísticas de carácter periódico, promover estudios sobre igualdad de trato y no discriminación, así como sobre las formas históricas de discriminación estructural, de las que han sido víctimas los grupos a los que pretende proteger esta ley, diseñar y mantener un barómetro sobre igualdad de trato y no discriminación partiendo de un sistema de indicadores y divulgar las actividades, estudios e informes que realice; velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la igualdad de trato y no discriminación, en el ámbito de sus competencias, así como formular propuestas para su modificación; informar, a instancia de los órganos judiciales en los procesos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal en las diligencias previas que versen sobre los derechos derivados de la igualdad de trato y no discriminación; elaborar y proponer al Gobierno, para su aprobación, el Estatuto de la Autoridad Independiente y sus eventuales modificaciones; aprobar el informe anual de sus actividades, que remitirá al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Defensor del Pueblo; participar en el Foro para la integración social de los inmigrantes, en la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, en los términos previstos en la legislación, en el consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico y cualquier otra que le sea atribuida por ley o reglamentariamente (art.40).

X. APUNTE FINAL

La LITND nace con un objetivo muy claro: conseguir la igualdad y erradicar cualquier forma de discriminación.

La ley afecta a algunos principios y reglas del Derecho del Trabajo, incidiendo de manera muy notable en cuestiones del ordenamiento laboral como: (i) sus reglas sustantivas y, en particular, en el expreso reconocimiento y delimitación legal de las diferentes

formas y causas de discriminación prohibida; (ii) los principios y normas preventivas; (iii) las garantías administrativas y procedimientos sancionadores (administrativos y disciplinarios) y (iv) en el fortalecimiento de los procedimientos jurisdiccionales (legitimación ampliada, medidas cautelares, distribución de la carga de la prueba, responsabilidades compartidas y resarcimiento de daños, especialmente morales)²⁵.

Por tanto, en estos momentos nos encontramos con el reto de articular buenos instrumentos jurídicos adecuados que nos permitan prevenir estos tipos de discriminación y establecer medidas de protección y reparación frente a esta.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA y PÉREZ DEL PRODO, DANIEL.: «La LITND: un gran paso de final incierto», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 7, Número 3, 2022.
- GONZÁLES GORDO, LUIS. «Enfermedad y discriminación tras la LITND, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Secretaría editorial, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 4, Número extraordinario, Agosto 2023.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO. Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la LITND. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023.
- GRAU PINEDA, CARMEN.: «La LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, DAVID.: «La adaptación de la extinción por la ineptitud sobreenvenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Una cuestión pendiente», *Derecho de las relaciones laborales*, Número.3, 2019.

25 Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO. «Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la LITND». *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023, páginas 11-12.

- La Moncloa. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Igualdad de trato y la No Discriminación*. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/070111-igualdad.aspx>.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F.: «LITND, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo», *Elderecho.com*, Lefebvre, 2022. <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>
- Ministerio de Trabajo y Economía Social, (2023, 26 de julio). *Trabajo pone en marcha la Oficina de Lucha contra la Discriminación de la Inspección* (Gabinete de comunicación). <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4238>
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO. (21 de mayo de 2022). La proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, camino de convertirse próximamente en ley. Notas sobre su contenido laboral, con algunos apuntes bibliográficos. El blog de Eduardo Rojo: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/la-proposicion-de-ley-integral-para-la.html>
- SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, BEATRIZ.: «El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la LITND», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), Volumen 8, Número 2, 2023.
- VV.AA.: «Análisis de la Ley de 12 de julio Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Servicio de Estudios UGT*, núm. 53, julio 2022. <https://servicioestudiosugt.com/analisis-de-la-ley-15-2022-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-12-de-julio/>
- VV.AA.:« La enfermedad como motivo prohibido de discriminación | Un aspecto específico de la LITND», *Tirant lo Blanch*, Tirant Editorial, 2022. <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-la-enfermedad-como-motivo-prohibido-de-discriminacion-un-aspecto-especifico-de-la-ley-15-2022/>

Capítulo VIII.

Nuevo papel de la representación legal de la plantilla en materia de responsabilidad social corporativa

Ramo Herrando, M. J.

Profesora del Derecho del Trabajo. Magistrada suplente TSJ de Navarra

DOI: <https://doi.org/10.14679/3725>

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos laborales de la LITND. III. Competencias de la RLPT en materia retributiva. IV. Nuevas competencias de la RLPT Derivadas de la LITND: 1. Igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva. 2. Las acciones de responsabilidad social en la empresa. 3. Las medidas de acción positiva. 4. Los códigos de conducta y buenas prácticas. 5. Especial referencia al colectivo LGTBI. V. Las nuevas competencias de la RLPT derivadas de la LITND sin reflejo en el artículo 64 ET. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 14 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razones personales, al igual que el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y las directivas europeas de referencia en la materia (2000/43, 2000/78, 2004/113, 2006/54 y 2010/41). El desarrollo legislativo en España de este derecho fundamental y de la tutela antidiscriminatoria, tenía como referencia la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) reformada por el Real Decreto-ley 6/2019, el Real Decreto Legislativo 1/2013 de derechos de las personas con discapacidad (LPD) y la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y sociales (LMFAS). Estas normas habían ido transponiendo en España las exigencias de las directivas europeas de igualdad y no discriminación, haciendo especial incidencia en el empleo y las relaciones laborales.

Es en este contexto normativo donde se ubica la LITND¹ que, como expresa su exposición de motivos, trata de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, así como de incorporar cierta jurisprudencia constitucional sobre el artículo 14 de la Constitución Española. Esta ley, en vigor desde el pasado 14 de julio de 2022, es una ley de garantías (que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen), una ley general (que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación) y una ley integral (que da cobertura a cualquier discriminación por razones personales dentro de la amplia concepción actual de los derechos fundamentales y que aplica en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social). Puede decirse que la LITND persigue “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio y albergue sus garantías básicas”, fortaleciendo la “protección real y efectiva de las víctimas de cualquier discriminación por razones personales”.

II. ASPECTOS LABORALES DE LA LITND

La LITND tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución; en definitiva, prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger de manera efectiva a las víctimas en todos los ámbitos de la sociedad, incluido el laboral. Podría decirse que el legislador, más que codificar toda la regulación vigente en lo que respecta la materia antidiscriminatoria, su propósito era redactar un marco jurídico general, sin perjuicio del posterior desarrollo del derecho en cada ámbito concreto². La proyección transversal de esta ley cobra particular sentido en el marco laboral, no en vano uno de los aspectos nucleares en la existencia vital es el acceso a un empleo, pues el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad, autoestima y realización inherentes a cualquier persona³.

1 Publicada en el BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

2 SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, BEATRIZ: «El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la LITND», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, 2023, pág. 52-74.

3 MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO: «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, pág. 11-42.

Precisamente en el ámbito laboral se aplica tanto en el empleo por cuenta ajena, como en el empleo por cuenta propia, y comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo (art. 3.a), la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social y económico (art. 3.c), la protección social, las prestaciones y los servicios sociales (art. 3.j). Que es tanto como decir que se aplica a todas las materias competencia de la jurisdicción social, y a su núcleo más duro: las relaciones laborales⁴.

En el Título I de la LITND se formula la definición y regulación de la discriminación múltiple e interseccional y de las medidas de acción positiva adecuadas a este tipo específico de discriminación por su trascendencia para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación, cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro motivo previsto en la mencionada ley. Por otra parte, se regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, cultural y social: empleo y trabajo, educación, atención sanitaria, servicios sociales, acceso a la oferta en el público de bienes y servicios, seguridad ciudadana, vivienda y en establecimientos o espacios abiertos al público.

La novedad más relevante que recoge esta ley en materia de discriminación en el trabajo por cuenta ajena, siguiendo la pauta normativa de la LOI, es la ampliación de los supuestos de discriminación. Hasta ese momento el foco de la discriminación en el ámbito laboral se había puesto en el género y con esta nueva ley se amplía a otros tipos de discriminación que pueden traer causa de la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, además de a otros factores como la edad, la expresión de género, la lengua o la situación socioeconómica, manteniendo la cláusula de cierre del art. 14 CE (“cualquier otra circunstancia personal o social”).

En el artículo 4 LITND se prohíbe toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad, considerándose vulneración de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

4 LOUSADA AROSENA, FERNANDO: «LITND, de 12 Julio, integral para la igualdad de trato y La no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2022, pág. 1. Puede verse en: <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>

En lo que respecta al acceso al empleo por cuenta ajena se prohíben las limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas de discriminación previstas en la ley, prohibición que también se extiende a los criterios de selección, a la formación para el empleo, a la promoción profesional, a la retribución, a la jornada y a las demás condiciones de trabajo, así como a la suspensión del contrato, al despido o al resto de las causas de extinción del contrato de trabajo.

Esta ley crea nuevas obligaciones para las empresas, que se suman a las que ya tenían. Así, las empresas tendrán que aplicar instrumentos para detectar, prevenir y cesar situaciones discriminatorias en el seno de la empresa ya que, de lo contrario, podrán ser responsables del daño causado.

III. COMPETENCIAS DE LA RLPT EN MATERIA RETRIBUTIVA

La LITND prevé que reglamentariamente se pueda regular la exigencia de que las empresas de más de doscientos cincuenta personas trabajadoras publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales teniendo en cuenta las causas de discriminación (por ejemplo y entre otras, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, la edad, la discapacidad, la enfermedad, la orientación o la identidad sexual).

Esta obligación se unirá a la ya existente de disponer de un registro salarial desagregado por sexo que tienen todas las empresas desde que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificara el artículo 28.2 ET para incluir dicha obligación.

Posteriormente, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres ligó esta obligación de disponer de un registro retributivo a la correcta valoración de los puestos de trabajo, al considerar el legislador que la discriminación retributiva por razón de sexo con frecuencia trae causa de la incorrecta valoración de los puestos de trabajo.

Estas normas han configurado en España un sistema que mejora sustancialmente lo establecido en la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, ya que combina varias de las opciones establecidas en dicho texto: así, el sistema español de registro retributivo permite el acceso de la representación legal de las personas trabajadoras a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos cincuenta personas trabajadoras como establece la Recomendación. Asimismo, la auditoría salarial, que en la Recomendación se refiere a las empresas de al menos doscien-

tas cincuenta personas trabajadoras, en la norma española se aplica a todas las empresas que tienen la obligación de tener planes de igualdad, que conforme al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, son las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras.

Pues bien, el artículo 5 del RD 902/2021 ya establecía las normas generales del registro retributivo, exigiendo que incluyera los valores medios (media aritmética y mediana) de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla, desagregados por sexo, en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable. Puede decirse que la entrada en vigor de este real decreto ya supuso que las competencias de la representación legal de las personas trabajadoras pasaran a ser relevantes en lo que a la transparencia retributiva de las empresas se refiere, al ostentar el derecho a conocer el contenido íntegro del registro retributivo y disponer la norma que el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras solo a través de la citada representación; y además, que con carácter previo a que la empresa elabore e implante (o modifique) el registro salarial, la representación legal de las personas trabajadoras debe ser consultada, con una antelación de al menos diez días⁵.

El papel de la representación legal de los trabajadores respecto al otro elemento de transparencia salarial regulado en el RD 902/2021, las auditorías retributivas, no viene reflejado en la norma de la misma forma que en el caso del registro retributivo, pero no por ello, deja de existir, ya que las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas por tener plantillas de cincuenta o más trabajadores tienen que hacer su registro retributivo reflejando, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo. De esa manera, aunque la norma no da a la representación legal de los trabajadores un derecho directo de información o consulta en relación a la auditoría retributiva, sí lo tienen de forma indirecta, puesto que de esta valoración va a depender la agrupación de puestos de trabajo de igual valor en la empresa que necesariamente recogerá el registro retributivo sobre el que, como acabamos de ver, sí debe ser consultada la representación legal de los trabajadores.

También será objeto de fiscalización por parte de la representación legal de los trabajadores la justificación que la empresa tiene obligación de consignar en el registro retributivo cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un veinticinco por ciento.

5 Artículo 5.6 RD 901/2021.

IV. NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND

1. Igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva

La exposición de motivos de la LITND recoge que sus principios inspiradores son: el establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación.

Esta ley abarca tipos de discriminación que, si bien algunas ya estaban presentes en la Constitución española, todavía no estaban contemplados en las normas laborales. Así, la ley reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, y prohíbe cualquier discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Esta obligación ya tenía antecedentes normativos. En primer lugar, el artículo 85 ET que permitiendo que los convenios colectivos, dentro del respeto a las leyes, puedan regular materias que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores, también exigía que se negocien medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad.

Y más tarde, el artículo 17.1 ET que, modificado por la disposición final 14.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, amplió el catálogo de posibles causas de discriminación e introdujo la identidad sexual y la expresión de género, declarando nulos y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos 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 edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, 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”.

2. Las acciones de responsabilidad social en la empresa

Según el Informe de la Subcomisión Parlamentaria para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las empresa, conocido también como “Libro Blanco de la RSC”, la responsabilidad social de la empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria por parte de la empresa, en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos de las preocupaciones sociales, laborales, ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y de los impactos que derivan de sus acciones”⁶.

Una de las áreas principales de la responsabilidad social corporativa (RSC) es la que tiene que ver con el área socio-laboral, pudiendo distinguirse una faceta interna, que es la que se dirige a los trabajadores, fomentando el respeto y promoción de los derechos de los trabajadores, códigos de conducta en el trabajo; y otra faceta externa, la que se dirige al entorno social/familiar, fomentando la obra social y la filantropía (educación, salud, vivienda, ocio...); si bien es cierto que la faceta externa no resulta creíble si la empresa no es socialmente responsable con sus propios empleados.

En los últimos años, se ha visto un serio interés de las principales empresas por la responsabilidad social corporativa, pero debe tenerse en cuenta que el contenido de los proyectos depende el tamaño de la empresa y el tipo de actividad, e incluso las condiciones sociales del lugar o lugares en los que está implantada pueden ser elementos condicionantes de las políticas de responsabilidad social.

Aunque es cierto que la empresa socialmente responsable debe respetar escrupulosamente las normas laborales, cabe decir que la responsabilidad social de la empresa comienza donde concluyen sus obligaciones normativas y que el papel más relevante de la responsabilidad social de las empresas se da en aquellos países con ordenamientos poco intervencionistas y que no garantizan derechos. Ahora bien, la responsabilidad social de la empresa, puede acabar teniendo carácter normativo cuando, por ejemplo, obligaciones empresariales recogidas en el código de conducta se incorporan al convenio colectivo, por así haberse acordado con la representación legal de las personas trabajadoras.

La LOI en su artículo 73 ya hacía mención a las acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad, refiriéndose a la “realización voluntaria de acciones de responsabilidad social, consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social”. Además, decía que estas medidas podían ser concertadas con la

6 Puede verse el Informe en https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2013/07/subcomision_rsc_libro-blanco_informe.pdf

representación de los trabajadores y las trabajadoras, y que, caso de no serlo, la empresa tenía la obligación de informarles de las mismas.

La LITND vuelve a hacer expresa referencia a las acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social, permitiendo que las empresas hagan incluso un uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. La LITND permite que las empresas puedan acordar estas medidas con la representación de los trabajadores o simplemente informarles de las acciones unilateralmente adoptadas por la empresa (art. 33.2).

Resulta necesario hacer referencia a algunas normas que, aunque de contenido claramente mercantil, también vienen a referirse a la responsabilidad social corporativa y, dentro de esta, a la diversidad. Se trata de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Esta ley obliga ya a determinadas empresas que formulan cuentas consolidadas a incluir en el informe de gestión consolidado información sobre la plantilla, los tipos de contratos, los despidos, etc., siempre desagregada por sexo, pero también por edad y, en algún caso, por país. Además, también deberán informar sobre las medidas que adopten en materia de igualdad entre hombres y mujeres, brecha salarial y “gestión de la diversidad”.

Adicionalmente, la Ley 11/2018 exigía que las sociedades anónimas cotizadas incluyeran en su informe anual de gobierno corporativo “una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas que se constituyan en su seno”. Pero lo más relevante es que la norma no se quedaba en la mera generalidad, sino que ya nos daba la pauta de los aspectos que, como mínimo, debía comprender la política de diversidad: “la edad, el género, la discapacidad, la formación y la experiencia profesional”.

En definitiva, las empresas (las grandes) ya venían estando obligadas por la normativa mercantil a presentar públicamente su situación en materia de diversidad, pero también, su visión y gestión de la misma. Asimismo, es importante resaltar que la información facilitada por esas empresas era pública, lo cual hace que influya en la imagen que transmiten a los inversores, los clientes y a la sociedad en su conjunto.

Es evidente que a través del informe de gestión consolidado, que exige el art. 49 del Código de Comercio a las sociedades que formulan cuentas consolidadas, los trabajadores y sus representantes legales pueden tener acceso a la información significativa que recoge el apartado 5º de dicho artículo, información entre la que está

la relativa a cuestiones sociales y del personal, tales como empleo, organización del trabajo, salud y seguridad. Relaciones sociales, formación e igualdad; y dentro de esta última, las medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, planes de igualdad, medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.

También la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 262 exige que el informe de gestión de las empresas grandes haga expresa mención a cuestiones relativas al medio ambiente, al personal y al cumplimiento de reglas en materia de igualdad y no discriminación y discapacidad⁷.

Por otro lado, existen convenios colectivos sectoriales y de empresa que pueden establecer obligaciones específicas en materia de RSC y atribuyen competencias concretas en esta materia a los representantes legales de los trabajadores.

Como medidas de responsabilidad social corporativa están, entre otras, las siguientes⁸:

- Impulsar actuaciones para favorecer la diversidad en las plantillas (incluidos los consejos de administración), mediante una política de igualdad de oportunidades y el fomento de la diversidad en cuanto al género, edad, discapacidad, origen cultural o étnico, entre otros criterios, más allá de los mínimos legales establecidos.
- Impulsar actuaciones dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares y de cuidado. El objetivo es favorecer la aplicación de prácticas empresariales “familiarmente responsables” y de fórmulas como el teletrabajo, que permitan la organización flexible del trabajo, y otras que faciliten la racionalización de los horarios y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.
- Incentivar la promoción de la salud en los centros de trabajo. En este ámbito, se debe potenciar en los centros de trabajo aquellos programas que mejoren la salud y el bienestar de los empleados, y mejoren el clima laboral.

7 Conforme al art. 3 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresa, se entenderá por empresa grande aquella que, en la fecha de cierre del balance, rebase los límites numéricos de dos de los tres criterios siguientes: a) total del balance: 20 000 000 EUR; b) volumen de negocios neto: 40 000 000 EUR; c) número medio de empleados durante el ejercicio: 250.

8 Informe del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre “Estrategia española de responsabilidad social de las empresas”. Puede verse en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/rse/documentos/eerse/EERSE-Castellano-web.pdf>

- Favorecer la integración laboral de personas en riesgo de exclusión social en empresas ordinarias, así como para facilitar el emprendimiento. Para favorecer la contratación de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social, se continuará con la política puesta en marcha para lograr que las empresas ordinarias incorporen en sus plantillas a trabajadores procedentes de las empresas de inserción y de los centros especiales de empleo, prestando especial atención a los jóvenes y utilizando para ello los recursos disponibles, entre otros, los procedentes del Fondo Social Europeo.
- Respeto y protección de los Derechos Humanos en toda la cadena de valor. Apoyar e impulsar medidas que garanticen el respeto y protección de los Derechos Humanos dentro de las propias organizaciones y también en sus respectivas cadenas de valor, tanto en proveedores como en distribuidores.
- Potenciar la contratación indefinida, así como la conversión en indefinidos de los contratos formativos y de aquellos utilizados mayoritariamente para la contratación de jóvenes y mayores de 45 años.
- Facilitar y proporcionar oportunidades de voluntariado corporativo. Se promoverá que las empresas y administraciones públicas faciliten y proporcionen oportunidades de voluntariado corporativo para sus empleados, en coordinación con los representantes de los trabajadores.

3. *Las medidas de acción positiva*

El artículo 43 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ya permitía que, mediante la negociación colectiva se pudieran 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. Ciertamente es que esta ley se estaba refiriendo solo a las medidas de acción positiva relativas al género, algo que como veremos ha quedado ya definitivamente ampliado a otros colectivos.

La LITND, en su artículo 33.1, establece la obligación de los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva e impulsar políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares. Estas acciones positivas tendrán por objeto paliar las diferencias de trato y estarán orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social, debiendo ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan. Además, la duración de estas medidas estará limitada al tiempo en el que subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican.

Y ahí es donde la representación legal de las personas trabajadoras (RLPT), al amparo del art. 10.2 LITND, podrá asumir mediante la negociación colectiva (convenio colectivo o plan de igualdad) nuevas competencias en materia de medidas de acción positiva, acordando con la empresa las medidas de acción positiva necesarias para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.

Debe tenerse en cuenta que, bajo el término de medidas de acción positiva no deberían incluirse acciones de promoción de la igualdad. La distinción entre ambos la realiza la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD)⁹, que diferencia entre medidas contra la discriminación (art. 65) y las medidas de acción positiva propiamente dichas (art. 67). Las primeras tienen su fundamento en la obligación empresarial de hacer que sus actos no generen ninguna conducta tipificada como directa o indirectamente discriminatoria, de manera que, aun cuando no estuviesen previstas en la norma, estas actuaciones serían de obligado cumplimiento como expresión del derecho a no ser discriminado. En cambio, las medidas de acción positiva son aquellas que otorgan algún tipo de ventaja que rompe con la igualdad de trato, con el fin de alcanzar la igualdad. Una medida en promoción de la igualdad emplea parámetros neutros para que la causa protegida no determine el futuro de su aplicación, por ejemplo, empleando un currículo ciego donde no tenga cabida ninguna información sobre circunstancias personales. La forma de actuación de las medidas de acción positiva es distinta, porque las características protegidas participan como elementos principales que determinan su aplicación¹⁰.

Una vez adoptadas estas medidas de acción positiva, ya sean fruto de la negociación colectiva o hayan sido autoimpuestas por la empresa, tanto la representación legal de los trabajadores como la propia empresa deben velar por su cumplimiento y, por tanto, por la consecución de sus objetivos. A tal fin, se podrán acordar conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica, que permitan verificar la efectividad de las medidas puestas en marcha y, con ello, cuándo pueden ser ya retiradas, por haber quedado ya extinguidas las situaciones de discriminación o las desventajas que justificaron su establecimiento (art. 10.3 LITND).

El legislador demuestra seguir confiando en las medidas de acción positiva como mecanismo corrector de la desigualdad. La experiencia ha evidenciado, en primer lugar, que el grado de éxito de una medida es muy complejo de evaluar y que depen-

9 El Texto refundido de esta ley fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

10 SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, BEATRIZ: «El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la LITND», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, pág. 52-74.

de de diversos factores; y, en segundo lugar; que la negociación colectiva no se ha mostrado especialmente comprometida con su desarrollo, a no ser que el contenido obligatorio de un precepto obligase a ello. Ahora se ha dado paso a una nueva vía de desarrollo de estas medidas, facultando al empresario unilateralmente a su diseño y aprobación, y dejando a la representación de los trabajadores y trabajadoras participar en su ejecución. Dada la variada naturaleza que pueden adoptar estas medidas y la heterogeneidad de la realidad empresarial, el legislador ha optado por referirse a ellas en el más amplio de sus términos, obviando la utilización de ejemplos, para que sea la casuística la que las convierta en medidas de acción concretas. Sin embargo, esta ley es de contenido mínimo, lo que pone en tela de juicio si realmente aportará novedades en lo que respecta al tratamiento de las medidas de acción positiva¹¹.

4. Los códigos de conducta y buenas prácticas

Especial referencia hace la LITND a los códigos de conducta y buenas prácticas en las empresas, encomendando a los poderes públicos que fomenten el diálogo con los interlocutores sociales para promover su existencia. Nótese que la LITND legitima a los interlocutores sociales no para crearlos, sino para que promuevan su existencia.

Estos códigos de conducta constituyen una muestra de lo que se denomina autorregulación, es decir, la capacidad de las empresas, instituciones y organizaciones para regularse a sí mismas. En ellos se establecen valores, principios y, en el marco de estos, normas de conducta o de actuación, que deberán ser observadas y promovidas en la organización. Además pueden servir de eficaz instrumento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones de las personas responsables y encargadas en la empresa u organización de preservar a las personas trabajadoras de cualquier tipo de discriminación.

Por buenas prácticas se entiende un conjunto de actuaciones de las que se pueden extraer aprendizajes o experiencias positivas transferibles a otros entornos similares. En el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres las buenas prácticas son aquellas que introducen con éxito la perspectiva de género en las políticas de recursos humanos y en las políticas públicas, logrando reducir las brechas de género y las desigualdades entre hombres y mujeres, y sus resultados se perpetúan en el tiempo.

No son pocas las normas en materia laboral que han sido fruto de diálogo social. A estos efectos, se ha venido considerando interlocutores sociales al Ministerio de Trabajo y Economía Social, las organizaciones sindicales CCOO y UGT y las orga-

11 SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, BEATRIZ: *ut supra*.

nizaciones empresariales CEOE y CEPYME. Pues bien, la LITND encomienda a todos ellos que alcancen acuerdos que fomenten la creación en las empresas de estos códigos de conducta y buenas prácticas.

La herramienta de los códigos de conducta y buenas prácticas no es nueva en la normativa española que trata de prevenir las posibles discriminaciones. Ya el artículo 48 de la LOI, que exige a las empresas que promuevan condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo (incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital) dispone que, con esta finalidad, se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Además, este artículo encomienda a los representantes de los trabajadores que contribuyan a prevenir la comisión de delitos y otras conductas de esa naturaleza, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

5. Especial referencia al colectivo LGTBI

La LITND también incluye en su ámbito de aplicación a cualquier discriminado por su “orientación o identidad sexual” o “expresión de género”. Pero además, desde el pasado 2 de marzo de 2023 el artículo 17.1 ET hace expresa referencia al colectivo LGTBI y dispone que “el incumplimiento de la obligación de tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI a que se refiere el artículo 62.3 de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras en los términos del artículo 62.2 de la misma norma”.

La actual protección dada al colectivo LGTBI en el seno de la empresa trae causa de la disposición 14.4 de la Ley LGTBI. Según la propia exposición de motivos de esta ley, el objetivo es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad; todo ello tratando de consolidar el cambio de concepción social sobre las personas LGTBI.

En este sentido, cabe recordar que en nuestro país, el artículo 14 CE proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento,

raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y tal reconocimiento se vincula al artículo 10 de la misma norma, que establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. También esta norma establece en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Pero además, han sido varias las normas que han dado protección al mencionado colectivo. Con la aprobación del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se incluyó por primera vez en el mismo como circunstancia agravante la discriminación por la orientación sexual de la víctima. Posteriormente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al transponer la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, hizo igualmente mención expresa a la discriminación realizada por razón de orientación sexual.

Todo ello sin olvidar normas que han sido decisivas en estos avances sociales, como la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, o la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que reconoció a las personas trans mayores de edad y de nacionalidad española la posibilidad de modificar la asignación registral de su sexo, sin necesidad de someterse a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y sin procedimiento judicial previo, aunque manteniendo la necesidad de disponer de un diagnóstico de disforia de género. Además, a través de esta misma ley se modificó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, reconociendo por vez primera la doble maternidad en el seno de matrimonios de mujeres.

Por último, debe hacerse mención a la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en cuyo artículo 15.1 exige que las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras cuenten con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Para ello, las medidas serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras. Esta ley, que entró en vigor el 2 de marzo del 2023, pero la obligación a la que nos acabamos de referir está todavía pendiente del desarrollo reglamentario correspondiente.

V. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LA RLPT DERIVADAS DE LA LITND SIN REFLEJO EN EL ARTÍCULO 64 ET

Como es sabido el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores recoge los derechos de información y consulta y las competencias de la representación legal de las personas trabajadoras.

Pues bien, las dos últimas modificaciones de este artículo se han debido a normas que no son la que nos ocupa (LITND). Tanto es así que la última reforma del artículo 64 ET data del año 2021 y se produjo en virtud del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, que hizo que, con efectos del 12 de agosto de 2021, se incluyera en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno laboral digitalizado, y se creara un nuevo párrafo, el d), en el artículo 64.4 del ET, y que recoge el derecho a:

“d) Ser informado 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”.

Anteriormente, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, produjo otras modificaciones del artículo 64 ET, en concreto del apartado 3 y del párrafo tercero de la letra a) del apartado 7, con fecha de efectos del 8 de marzo de 2019, introduciendo:

- a) *El derecho del comité de empresa a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.*
- b) *La competencia del comité de empresa de ejercer una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente en materia salarial.*

Como puede verse, la entrada en vigor de la LITND no ha supuesto modificación alguna del artículo 64 ET. Sin embargo, esta ley sí ha introducido, a través de su disposición adicional quinta, la obligación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de elaborar un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 9 (Derecho a la igual-

dad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena), 10 (negociación colectiva) y 11 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta propia).

Cierto es que la LITND ya se refiere expresamente al desarrollo que por vía reglamentaria podrá tener, si bien lo hace con referencia al artículo 9.6 para poder exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de doscientos cincuenta trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1, lo cual lleva a pensar que este desarrollo reglamentario podrá afectar claramente al contenido del registro retributivo, al menos al de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, y que donde antes se hacía distribuyendo por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, y se desagregaba solo por sexo, a partir del desarrollo reglamentario de la LITND se podrá exigir desagregar también por algunas de las siguientes condiciones: nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

— La LITND ha introducido una obligación tanto para las empresas como para los representantes legales de las personas trabajadoras, en su condición de partes en la negociación colectiva, que les exige no establecer en los convenios colectivos o acuerdos colectivos, limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas discriminatorias a las que se refiere la propia ley.

— La ley también alude a la posibilidad (que no obligación) de que esas mismas partes, en el marco de la negociación colectiva puedan establecer acciones de responsabilidad social para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, pudiendo también acordar objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica. Esta posibilidad podrá llegar a ser una obligación si así se contempla en el convenio colectivo de aplicación o en el plan de igualdad de la empresa.

— Otra obligación de la representación legal de los trabajadores y también de la propia empresa será la de velar por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos. Esta obligación, conlleva una nueva competencia para la representación legal de las personas trabajadoras.

— La LITND pretende promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas en las empresas, algo que ya hacía la LOI, si bien en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

— El colectivo LGTBI también está dentro del ámbito de protección de la LITND, al prohibir cualquier discriminación por “orientación o identidad sexual” o “expresión de género”. Esta protección se ha visto reforzada desde el pasado 2 de marzo de 2023 con la nueva redacción del artículo 17.1 ET que prevé responsabilidades para la empresa en caso de que se conculquen los derechos de este colectivo.

— Queda pendiente que por vía reglamentaria, se pueda exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de doscientos cincuenta trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias de las personas trabajadora a las que alude la ley en el artículo 2.1 (discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

— También se está a la espera del reglamento que regule el contenido y el alcance de las medidas que las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras deben adoptar para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluirá un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia de dicho colectivo.

— Estamos ante una ley que claramente ha ampliado los supuestos de discriminación y ha introducido nuevas competencias para los representantes legales de las personas trabajadoras, pero que, sin embargo, no ha supuesto la modificación del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, que regula los derechos de información y consulta y las competencias de los comités de empresa.

Capítulo IX.

Plan anual de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Boró Herrera, F.

Profesor Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la URJC. Subinspector Laboral de Empleo y Seguridad Social

DOI: <https://doi.org/10.14679/3726>

Sumario: I. Introducción. II. Plan estratégico de la inspección de trabajo y seguridad social 2021-2023: 1. Eje.1.2. La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo. III. Plan integrado de actuación de la inspección de trabajo y seguridad social para 2023. IV. Sanciones propuestas por el OEITSS en materia de igualdad efectiva de mujeres y de hombres y sobre otro tipo de discriminaciones (2016-5/2023). V. Actuaciones en otros colectivos afectados por la discriminación. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Anexo.

I. INTRODUCCIÓN

Para contextualizar el contenido de este capítulo, en primer lugar, es preciso exponer los dos primeros párrafos del artículo 9.4 de la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, (RCL 2022\1337), en lo sucesivo LITND: “la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa aplicable, deberá velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

Para ello, en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas de orden social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo”.

El OEITSS tiene encomendado como servicio público la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así

como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias; entre las que está la de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo¹.

En cuanto a la planificación anual del OEITSS, el vigente Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023², (en lo sucesivo PEOITSS), prevé dentro de sus objetivos estratégicos el eje 1, “contribuir a la mejora de la calidad del empleo, la garantía de los derechos de las personas trabajadoras y la lucha contra la precariedad y el fraude en materia laboral y de seguridad social y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”. Dentro de dicho eje, en su subapartado segundo, aborda la igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo; no solo referida por razón de sexo, sino por otros motivos.

Las fuentes estadísticas y de datos para la elaboración de este capítulo se han fundado especialmente en las siguientes: a) información proporcionada por la dirección del OEITSS de las actuaciones singulares realizadas en la materia desde 2016 a mayo de 2023 a través de la petición efectuada por el autor de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; b) memorias anuales remitidas por el Reino de España a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativas al cumplimiento de los Convenios n° 81 sobre la Inspección del Trabajo y n° 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura).

Sin duda, el repertorio de fuentes empleadas permite elaborar una visión fidedigna de cómo se ha comportado el OEITSS en su importantísima función social en el ámbito que ocupa a este trabajo: la vigilancia del cumplimiento eficaz de la igualdad de trato y la no discriminación en las relaciones laborales.

II. PLAN ESTRATÉGICO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 2021-2023

Con anterioridad a la entrada en vigor del PEOITSS, el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020³, PDTD, previó como acciones comunes destinadas

1 Conforme lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2 Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, (BOE 3 de diciembre).

3 Aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018 y publicado por Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, (BOE 28 de julio).

a potenciar los objetivos de lucha contra la discriminación, por cualquier circunstancia personal y/o social, especialmente la salarial por razón de género y el acoso sexual y por razón de género, y promoción de la igualdad entre otros las siguientes:

- ✓ Creación de la Unidad de Lucha contra la Discriminación.
- ✓ Designación de Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social especializados en cada Inspección Provincial, así como Inspectores/as adscritos a cada Dirección Territorial, bajo cuya coordinación operativa actuarán los Inspectores/as especializados de cada provincia.
- ✓ Firma de convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas, a efectos de realizar una coordinación permanente entre las Inspecciones de Trabajo y los respectivos órganos autonómicos competentes.
- ✓ Potenciación del OEITSS, junto con la labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa del orden social y exigencia de las responsabilidades correspondientes, de la función de asistencia técnica, principalmente a pequeñas y medianas empresas.
- ✓ Participación del OEITSS, en coordinación con las autoridades laborales competentes, en los Planes de actuación y Estrategias de las Administraciones Públicas con competencias en materia de igualdad, muy especialmente con el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades.

El Plan Director fijó como objetivos de actuación preferentes en materia de igualdad por razón de género, por estar directamente ligados con supuestos de precarización laboral, los siguientes: a) discriminación salarial por razón de género; b) acoso sexual y por razón de sexo; y c) discriminación en el acceso al empleo.

La discriminación a las personas trabajadoras con discapacidad también es abordada en el PDTD, con perspectiva de género. El colectivo de trabajadores y trabajadoras LGTBI es objeto de atención para evitar las acciones discriminatorias hacia ese colectivo.

En el presente estudio se expondrá en el apartado correspondiente qué aplicación práctica ha existido en cuanto a las acciones de control y exigencia de responsabilidad llevadas a cabo por el OEISS en ejecución del PDTD.

Una vez expirada la vigencia del Plan Director por un Trabajo Digno, el PEOITSS, instrumento no normativo subsiguiente aprobado por el Consejo de Ministros, expone dentro de sus líneas generales que el reforzamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “encuentra un sólido anclaje en el artículo 9.2 de la Constitución y en su mandato a los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»”.⁴ Además de esta referencia constitucional, relaciona el PEOITSS sus fines a los

4 Anexo del PEOITSS, pág. nº 149.285 del BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2021.

Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. Entre ellos al quinto, igualdad de Género; así como al octavo, trabajo decente y crecimiento económico.

Antes de proceder a examinar cómo trata el OEITS la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, hay que resaltar que la entrada en vigor de la LITND, que se produjo el 14 de julio de 2022, es posterior al Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el PEOITSS. Pese a esta vigencia de la norma legal “sobrevenida” respecto a dicho Plan, no es menos cierto que el OEITSS disponía de una mínima planificación de la actividad inspectora acerca de la vigilancia, control y exigencia de responsabilidades en la materia⁵.

A continuación, se escruta el aborda la igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, cuestiones que se desarrollan en el Eje 1.2 del PEOITSS.

1. Eje 1.2 La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo

Este eje se subdivide en tres objetivos: a) objetivo nº 5: garantizar la Igualdad y no discriminación por razón de sexo; b) objetivo nº 6: garantizar la Igualdad y no discriminación por otros motivos y Objetivo nº 7: creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.

A1) Objetivo nº 5.

Según el PEOITSS, “todas las actuaciones contempladas en este objetivo contribuirán a hacer efectivas las medidas dirigidas a reducir la brecha de género que se contemplan en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (C23.R2)”.

La intensificación de las campañas para cumplir este objetivo se fundamenta en la materia de discriminación retributiva, conciliación de la vida familiar, personal y laboral y discriminación en el acceso al empleo y en la promoción profesional; en el control de planes y medidas de igualdad, así como la de discriminación retributiva, prestando especial atención a las nuevas obligaciones sobre esta materia, incluido el registro retributivo⁶; en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo; en las actuaciones destinadas a la igualdad por razón de género en colectivos especialmente vulnerables, prestando especial atención a los casos de discriminaciones

⁵ Tal y como se demuestra con el contenido de las memorias anuales que el Reino de España remite a la OIT en cumplimiento de sus convenios nº 81 y 129.

⁶ De acuerdo este registro con lo dispuesto en los vigentes apartados segundo y tercero del artículo 28 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; así como en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

múltiples, así como de discriminaciones interseccionales, con especial atención a las mujeres inmigrantes en determinados sectores de actividad donde proliferan los trabajos más precarizados (hogar familiar, agricultura...), así como las mujeres con discapacidad.

A2) Objetivo nº 6.

En este se luchará contra todos los motivos legales de discriminación; contra la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género; así como la discriminación contra las personas con discapacidad y, por último, la de carácter racial o étnico.

A3). Objetivo nº 7.

La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el OEITSS⁷ es “la unidad responsable del impulso y coordinación de todas las acciones que se desarrollen por el OEITSS en materia de igualdad de trato y oportunidades y lucha contra la discriminación en el acceso al empleo, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, en especial las retributivas; prestando una especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres. La Oficina velará, asimismo, por que la perspectiva de género se aplique de manera transversal e interseccional en todas las actuaciones inspectoras y respecto a la totalidad de las materias objeto de vigilancia y control”⁸.

III. PLAN INTEGRADO DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA 2023

Este instrumento elaborado por la dirección general del OEITSS, previa consulta y participación de las comunidades autónomas, desarrolla lo dispuesto en el PEOITSS. En lo concerniente al ejercicio de 2023 se han planificado las siguientes órdenes de servicio⁹ en aplicación del eje 1.2 del PEOITSS, dimanante de la materia inspectora de empleo y relaciones laborales:

7 Creada por Orden TES/867/2023, de 22 de julio.

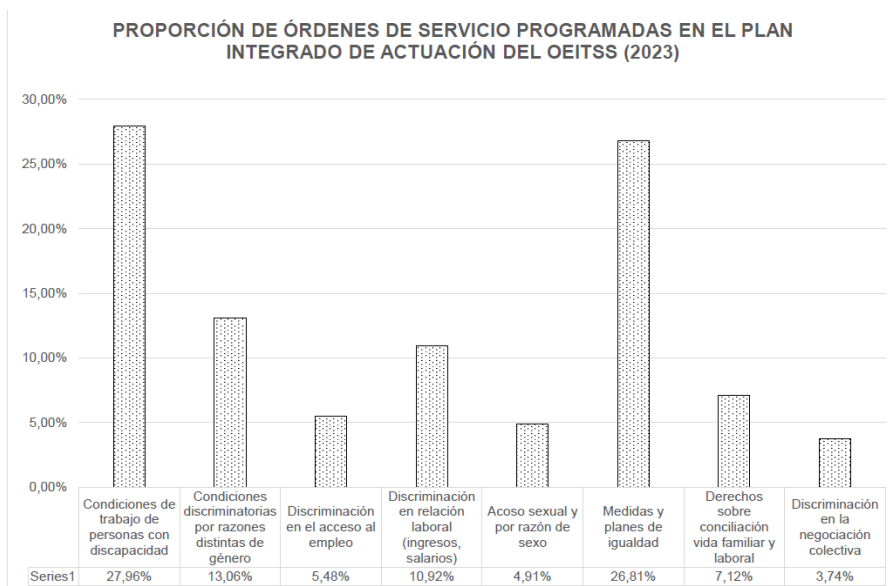
8 En virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden TES/867/2023, de 22 de julio.

9 Las órdenes de servicio son la materialización administrativa del señalamiento de actuaciones concretas a los inspectores y a los equipos de Inspección, cuya jefatura de equipo las asignará a los subinspectores laborales y/o inspectores integrantes del equipo, (art. 23.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

Condiciones de trabajo de personas con discapacidad	4.201
Condiciones discriminatorias por razones distintas de género	1.962
Discriminación en el acceso al empleo	823
Discriminación en relación laboral (ingresos, salarios)	1.640
Acoso sexual y por razón de sexo	738
Medidas y planes de igualdad	4.028
Derechos sobre conciliación vida familiar y laboral	1.069
Discriminación en la negociación colectiva	562

La información y los datos que han hecho posible el contenido de este epígrafe están basados en la solicitud que el autor de este documento ha efectuado a la dirección general del OEITSS a través del portal de transparencia regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

En el siguiente gráfico se expone la proporción de órdenes de servicio en las anteriores submaterias en 2023, (objetivos nº 5 y 6 del PEOEITSS):

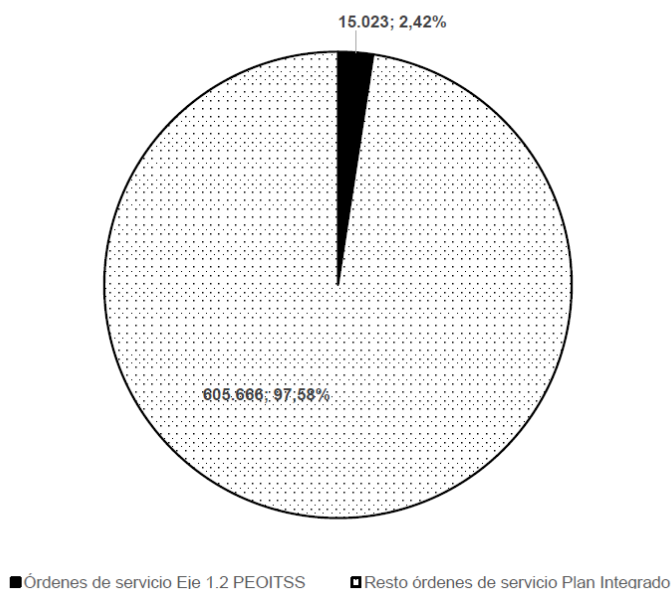


Fuente: Plan integrado de actuación del OEITSS para 2023.

Una somera perspectiva del gráfico precedente demuestra que las dos submaterias más relevantes en el Plan Integrado del OEITSS para 2023 son las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad y de las medidas y planes de igualdad, con más de la mitad de las órdenes de servicio programadas, (54,77 por ciento del total).

Otra comparativa reseñable es la que se muestra en la ilustración gráfica siguiente, en la que se relacionan las órdenes de servicio que se programan acerca del eje 1.2 del PEOITSS y las restantes órdenes de servicio en otras materias. Una primera conclusión sobre el contenido del gráfico es la muy exigua proporción existente de las órdenes de aquel eje en relación con el total: un 2'42 por ciento.

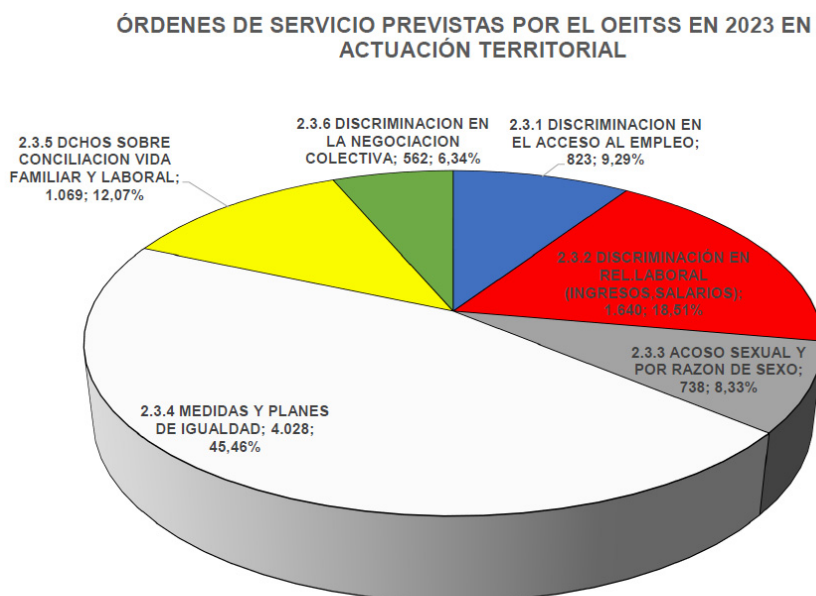
PROPORCIÓN DE ÓRDENES DE SERVICIO PROGRAMADAS SOBRE LAS TOTALES SEGÚN PLAN INTEGRADO OEITSS 2023



Fuente: Plan integrado de actuación del OEITSS para 2023.

Un porcentaje que sería más pequeño aún si únicamente se tomara en consideración sólo en la submateria de empleo y relaciones laborales la relativa a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (objetivo nº 5), que son las mismas que las indicadas en el gráfico sobre la cuestión, salvo las de condiciones de trabajo de personas con discapacidad y condiciones discriminatorias por razones distintas de género. El total de las programadas de estas es de 8.860 órdenes de servicio, que representan el 1'43 por ciento del total.

Inciendo en el objetivo nº 5, garantizar la Igualdad y no discriminación por razón de sexo, la proporción cualitativa de órdenes de servicio previstas en las campañas inspectoras de igualdad efectiva de mujeres y hombres es la que se exhibe en el gráfico siguiente:



Fuente: Plan integrado de actuación del OEITSS para 2023.

Una mención especial merece la programación referente a las medidas y planes de igualdad. Las órdenes de servicio planificadas representan casi la mitad de las totales en el este apartado del objetivo nº 5 del PEOEITSS. Una importancia cualitativa que está en consonancia con la actuación del OEITSS, tal y como se acreditará posteriormente, en la preferencia en abordar el control de estas medidas y planes de igualdad¹⁰.

¹⁰ Planes y medidas reguladas en los artículos 45 a 49 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y en su desarrollo reglamentario efectuado por el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

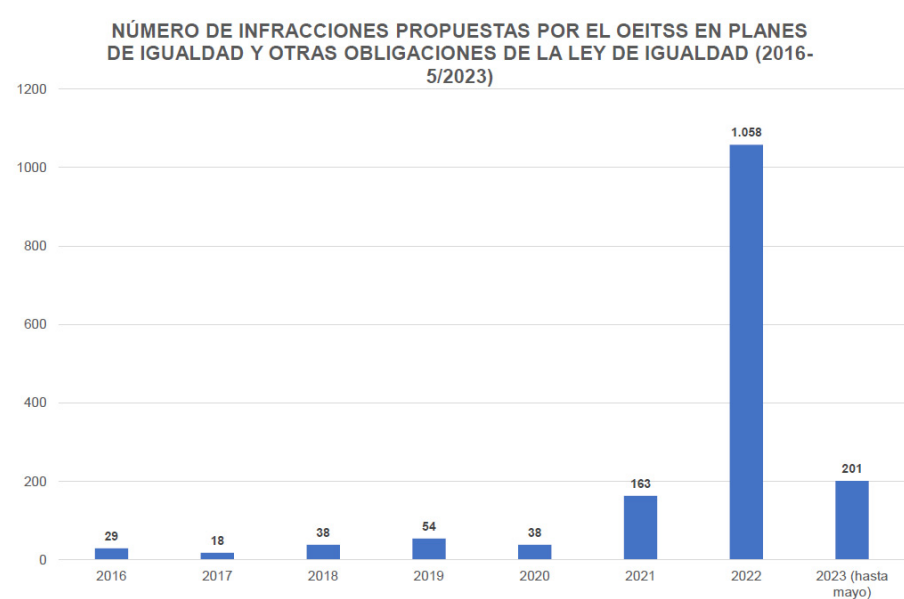
IV. SANCIONES PROPUESTAS POR EL OEITSS EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y DE HOMBRES Y DE OTRO TIPO DE DISCRIMINACIONES (2016-5/2023)

Como ya se expuso en este epígrafe se analizará cómo ha actuado el OEITSS tanto en la aplicación del PDTD como en el PEOEITSS en la aplicación de su función de exigencia de responsabilidades, a través de los procedimientos sancionadores, en la materia correspondiente a la igualdad de trato y de la no discriminación.

Para ello, en primera instancia en anexo a este documento y para una mejor comprensión se describirán las claves que se utilizan por el OEITSS para sistematizar la información estadística sobre las actuaciones en la materia.

El escrutinio de un lapso temporal amplio de casi siete años y medio permitirán extraer unas conclusiones acerca de cual ha sido la orientación del OEITSS en el ámbito material estudiado.

En los gráficos que seguidamente se ilustran se muestra la evolución en el periodo examinado de las infracciones propuestas por el OITSS en cada submateria:



Fuente: información facilitada por el OEITSS por el portal de transparencia.

Como se puede constatar el incremento de las infracciones detectadas en 2022 es muy significativo, estando consignadas en la clave 37T. Una de las causas que podrían motivarlo es la total entrada en vigor de la implantación total de los planes de igualdad, en los términos de la disposición transitoria décima segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹¹, en las empresas de 50 ó más personas trabajadoras. La obligatoriedad de la aprobación de planes de Igualdad en empresas de 50 a cien personas trabajadoras desde 8 de marzo de 2022 ha podido ser un factor clave de incidencia alta de incumplimientos en la aprobación de planes de Igualdad y en la intensificación de la actividad sancionadora inspectora.

Esta incidencia es correlativa al número de personas afectadas por actuaciones inspectoras sancionadoras, no personas infractoras, en la antedicha materia señalada con la clave 37T. La misma explicación que la anterior se puede señalar sobre este número de personas afectadas.

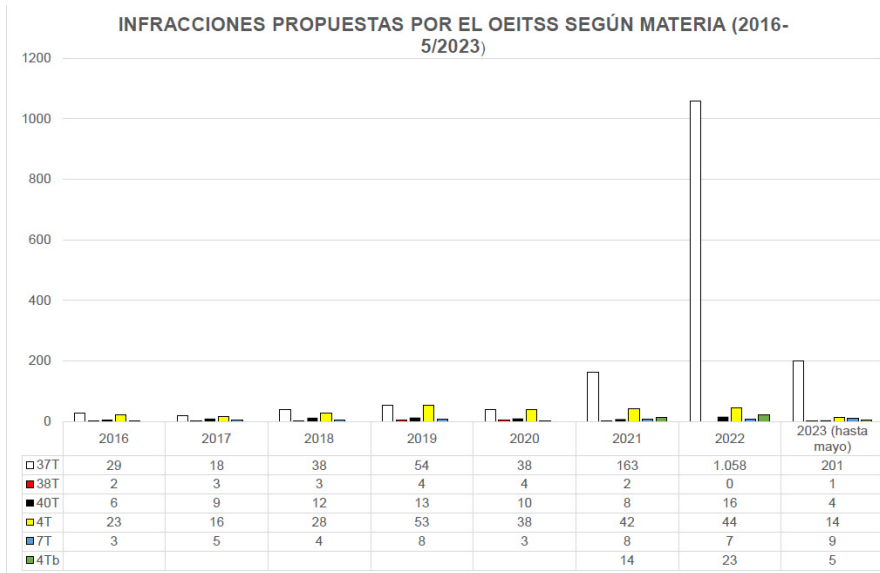


Fuente: información facilitada por el OEITSS por el portal de transparencia.

¹¹ Esta disposición transitoria, redactada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, establece que el 8 de marzo de 2022 todas las empresas de 50 ó más personas trabajadoras deberán tener un plan de igualdad vigente. Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras han dispuesto del periodo de 8 de marzo de 2021 a 8 de marzo de 2022 para la aprobación de los planes de igualdad.

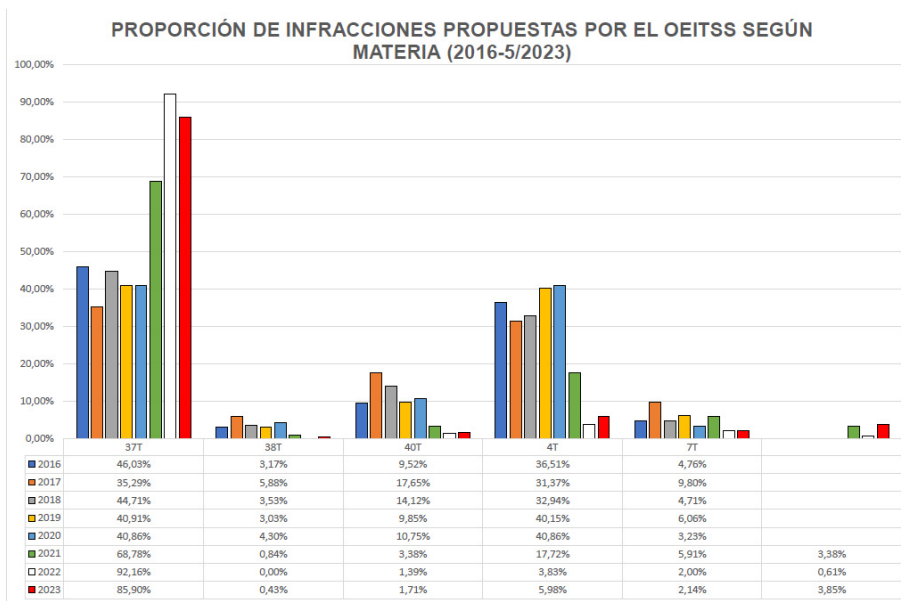
El muestreo previo ha sido efectuado de tal manera puesto que la clave 37T, planes de Igualdad y otras obligaciones Ley Igualdad (art. 7.13 y 8.17 TRLISOS), al ser con diferencia la que mayor número de propuestas de sanciones, personas trabajadoras afectadas e importe propuesto de sanciones ha tenido desde 2016 a mayo de 2023.

El número de infracciones propuesto por el OEITSS según la materia descrita se ilustra en el siguiente gráfico.



Una proporción que se observa claramente en el gráfico posterior¹²:

¹² La clave en blanco en el gráfico se corresponde desde 2021 con la 4Tb, discriminación salarial por razón de sexo (art. 8.12 TRLISOS).



Fuente: información facilitada por el OEITSS por el portal de transparencia.

La diferencia entre la clave 37T y la segunda en importancia numérica, la 4T (discriminación por razón de sexo (art. 7.10 y 8.12 TRLISOS) es considerable; estando incluso esta última clave en claro descenso en 2022 y en 2023. La tercera clave en cifras, la 40T (derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral (art. 7.5 TRLISOS) está alejada de las dos anteriores, salvo desde 2022 en adelante respecto a la 4T. Por orden decreciente, mucho más residuales son las claves 7T, (acoso sexual (art. 7.10 y 8.13 TRLISOS); la 38T (acoso discriminatorio por razón de sexo (art. 8.13 bis TRLISOS) y finalmente desde 2021 la clave.

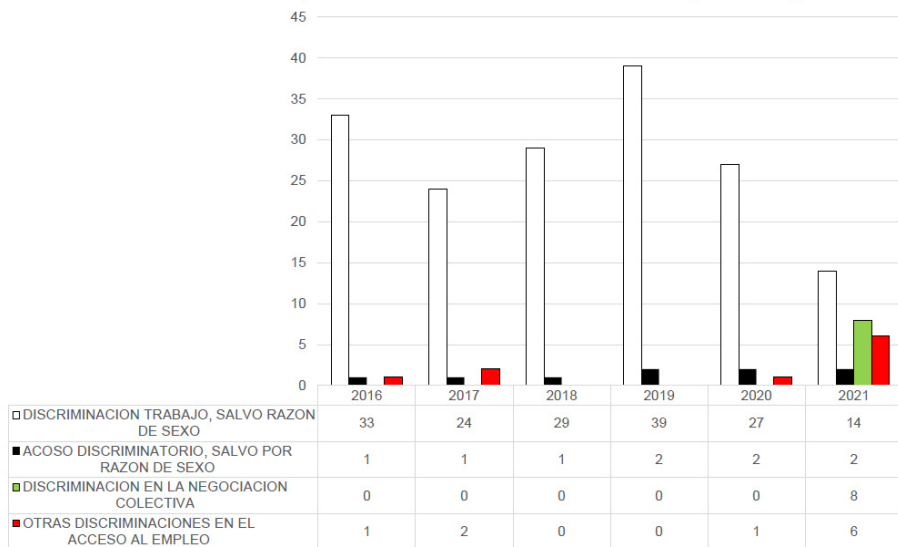
En síntesis, la acción del OEITSS en este ámbito ha estado orientada y enfocada esencialmente a la vigilancia, control y propuesta de sanción de los planes de Igualdad y otras obligaciones de la Ley de Igualdad con una desproporción notoria respecto a las otras submaterias ya relatadas.

Una falta de proporción que se adviera, asimismo, en el Plan Integrado del OEITSS para 2023 en el que casi la mitad de las órdenes de servicio están programadas en la clave 37T.

V. ACTUACIONES EN OTROS COLECTIVOS AFECTADOS POR LA DISCRIMINACIÓN

Además de por razón de sexo, existen otro tipo de discriminaciones a las que alude el objetivo nº 6 del PEOEITSS. La dirección general de Organismo Estatal no ha facilitado los datos actualizados de su actuación en este tipo de discriminaciones. No obstante lo anterior, las memorias de 2016 a 2021, la última publicada, que el Reino de España remite a la OIT en cumplimiento del mandato del Convenio nº 81 sobre la Inspección del Trabajo si nos ofrecen datos sobre la incidencia de dicha actividad; reflejándose la misma en el siguiente gráfico, en lo concerniente a las infracciones detectadas por el OEITSS en dicho lapso temporal.

INFRACCIONES PROPUESTAS POR EL OEITSS EN MATERIA DE DISCRIMINACIONES, SALVO LAS DE POR RAZÓN DE SEXO (2016-2021)



Fuente: memorias remitidas a la OIT sobre la actividad del OEITSS (2016-2021)

Un análisis comparativo entre la actividad en la materia discriminatoria entre las que se relacionan por razón de sexo y las distintas a esta da como resultado una proporción ínfima de estas últimas sobre la primera aludida. Sin duda, la planificación del OEITSS tanto en el PDTD como en el PEOEITSS ha estado enfocada primordial y fundamentalmente en la vigilancia y control de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de modo mucho más secundario en el resto de las discriminaciones.

VI. CONCLUSIONES

- ✓ La planificación de la actuación del OEITSS en sus funciones de vigilancia, control y exigencia de responsabilidades desde 2018 hasta la actualidad en la materia regulada en la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (y en la normativa previa a ella) se ha basado en dos instrumentos no normativos: a) Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 y b) Plan Estratégico del OEITSS (desde 2021 a la actualidad).
- ✓ El Eje 1.2 del PEOEITSS está dedicado a las actuaciones sobre la igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, con tres objetivos: nº 5, garantizar la Igualdad y no discriminación por razón de sexo; nº 6, garantizar la Igualdad y no discriminación por otros motivos y nº 7, la creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.
- ✓ El Plan Integrado de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2023, que desarrolla en este ejercicio en el ámbito material el artículo 9.4 de la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, está diseñado especialmente para el control de las medidas y planes de Igualdad regulados en los artículos 45 y siguientes de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y normas reglamentarias de desarrollo; siendo casi la mitad de las órdenes de servicio previstas en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- ✓ La proporción del número de órdenes de servicio tanto del objetivo nº 5 como del objetivo nº 6 del eje 1.2 del POEITSS de 2023 son muy escasas respecto al número total de órdenes programadas para todas las materias cuya vigilancia y control están encomendadas al OEITSS.
- ✓ Dentro de esta materia y del objetivo nº 5 ya indicado, están infradimensionadas, respecto a los planes y medidas de Igualdad, en términos numéricos las órdenes de servicio previstas sobre los otros aspectos: acoso sexual y por razón de sexo; discriminación en relación laboral por ingresos y salarios; discriminación en el acceso al empleo; discriminación en la negociación colectiva y derechos sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Unas actuaciones que en una mayor medida requieren del empleo de la visita inspectora frente a los aspectos en la práctica de revisión documental mediante comparecencia y expediente administrativo, no por visita, que conlleva los Planes y medidas de Igualdad.
- ✓ La programación de 2023 del objetivo nº 6 del Eje 1.2 del PEOEITSS en cifras está muy debajo de la correspondiente al objeto nº 5. No hay una míni-

ma proporción entre los dos objetivos planificados; estando descompensados los dos objetivos.

- ✓ En las sanciones propuestas en el periodo de 2016 a mayo de 2023 hay un dato que llama la atención: el número muy elevado de sanciones en 2022 y en parte de 2023 correspondientes a los planes y medidas de Igualdad. Una cifra, además, que supone un incremento exponencial con relación a las de años precedentes. Existe, asimismo, una desproporción exagerada entre esta tipología de sanciones y las restantes relativas a la igualdad efectiva de hombres y mujeres.
- ✓ Las propuestas sancionadoras del OEITSS acerca de otros motivos discriminatorios exceptuados de la razón de sexo en el lapso temporal reseñado son extremadamente inferiores respecto a los basados en dicha razón. Sin desdeñar la importancia de las sanciones derivadas de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, totalmente coherentes con el objetivo nº 5 del Eje 1.2 del PEOITSS, no es menos cierto que la planificación de actuaciones con el fin de constatar otros motivos discriminatorios ajenos al sexo debería potenciarse mucho más de lo que acontece; para evitar esta descompensación entre los logros de los objetivos nº 5 y nº 6 del PEOITSS.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CANO GALÁN, YOLANDA: “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la LITND, de 12 de julio?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2022 parte Legislación. Doctrina*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2023, (BIB 202\3111).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA BEGOÑA (Coord.): “*Tratado sobre la Igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*”, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2019.
- FERRER CORTINES, ÓSCAR; HERRERA TRUJILLO, MARÍA JULIANA: “Aspectos laborales de la LITND, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y su repercusión práctica”, en *Jurisdicción social nº 240, Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*. Jueces y Jueces para la democracia, Madrid, 2023, págs.5-30.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO: “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la LITND”, en *Femeris, Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*. Universidad Carlos III. Madrid, págs.9-31.
- LÓPEZ CUMBRE, LOURDES: “Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres ¿Concurrencia o necesidad?”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 64*. Editorial Iustel, Madrid, 2023.

- LOUSADA AROCHENA, FERNANDO: “Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, volumen 8, nº 1. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2023, págs. 13 a 35.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2016”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2021”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2020”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2019”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2019”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2018”, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL: “Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 2017”, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.
- NAVARRO NIETO, FEDERICO: “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 262/2023 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2023, (BIB 2023/897).
- NIETO ROJAS, PATRICIA (dir.): “Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa”. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2022.
- NIETO ROJAS, PATRICIA; SAGARDOY DE SIMÓN, ÍÑIGO; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR: “Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial”. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2022.
- PAVIA NOCETE, JAIME: “Efectos en las obligaciones de las empresas de la propuesta de Directiva sobre Transparencia en igualdad de trato”, en *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales* nº 183, Editorial Observatorio, Madrid, 2023, págs. 89 a 103.

VIII. ANEXO

Claves utilizadas por el OEITSS en sus actuaciones:

CLAVE	DESCRIPCIÓN CLAVE
37T	Planes de Igualdad y otras obligaciones Ley Igualdad (art. 7.13 y 8.17 TRLISOS)
38T	Acoso discriminatorio por razón de sexo (art. 8.13 bis TRLISOS)
40T	Derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral (art. 7.5 TRLISOS)
4T	Discriminación por razón de sexo (art. 7.10 y 8.12 TRLISOS)
7T	Acoso sexual (art. 7.10 y 8.13 TRLISOS)
4Tb	Discriminación salarial por razón de sexo (art. 8.12 TRLISOS) (desde 2021)

Capítulo X.

Obligaciones empresariales de prevención y sensibilización en el ámbito laboral

Romeral Hernández, J.

Profesora Titular de Universidad. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3727>

Sumario: I. Cuestiones previas. II. Obligaciones del empresario de prevención y sensibilización: 1. Ámbito objetivo de la obligación. 2. Ámbito subjetivo de la obligación. 3. Ámbito espacial de la obligación. III. Medidas preventivas: 1 Plan de prevención. 2 Evaluación de riesgos. 3. Información. IV. Medidas de sensibilización: 1. Formación. 2. Código de buenas prácticas. V. Gestión del riesgo: 1. Protocolo de actuación. 2 Resolución del conflicto: 2.1. Cauce informal de resolución del conflicto. 2.2. Cauce formal de intervención y resolución del conflicto. 3. Sistema de seguimiento y control. VI. Colaboración de la representación de los trabajadores. VII. Distintivo empresarial. VIII. Bibliografía.

I. CUESTIONES PREVIAS

Entre los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico la Constitución Española reconoce en su artículo 1 la libertad y la igualdad, encomendando a los poderes públicos la obligación de actuar promoviendo los cambios necesarios para que esta libertad e igualdad de la que deben gozar todas las personas de forma individual o en el seno de los grupos en que integren sea real y efectiva (art. 9.2 CE); en el art. 10 reconoce el derecho a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social; en el 14 consagra el principio de igualdad, y a continuación en el 15 y 17 los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad, complementados con el 18 que recoge el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

Es indudable que la violencia sexual, en todas sus manifestaciones, atenta contra estos derechos reconocidos en nuestra Constitución, e impiden decidir libremente sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir coacciones,

discriminación o agresiones de terceros. Lo que obliga a los poderes públicos a actuar para eliminar de todos los ámbitos de la vida, incluido las relaciones laborales, las manifestaciones de violencia que impiden que los sujetos disfruten de los derechos que son inherentes a la persona. Con este objetivo aparece la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS)¹, cuyo objeto esencial es impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de las víctimas, mediante la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan medidas de protección y recuperación en todos los ámbitos en los que la persona desarrolla actividad, sin olvidar la interacción a través de medios digitales dado el incremento de las tecnologías en nuestra realidad social.

La Ley considera violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. Igualmente, la ley pretende dar respuesta a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios digitales, la pornografía no consentida y la extorsión sexual.

A la hora de abordar la problemática social derivada de las manifestaciones de la violencia sexual la norma prevé distintas medidas socio laborales de protección y prevención de la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual entre las que se incluyen obligaciones a las empresas de promover condiciones de trabajo libres de violencia y acoso en todas sus formas, lo que implica nuevas obligaciones y responsabilidades, además de revisión de los programas y sistemas de prevención y protección ya existentes, que eviten la comisión de delitos y promuevan lugares de trabajo saludables y respetuosos con los derechos del ser humano.

Dada la amplitud del fenómeno sociolaboral, en este trabajo se analiza de manera pormenorizada el contenido de la obligación de prevención y sensibilización encomendada al empresario, así como los procesos a seguir para su implementación, desde el compromiso empresarial y evaluación de riesgos a la gestión en caso de materializarse el riesgo; de manera que se garanticen lugares de trabajo libres de violencia y acoso como corresponde en una sociedad plural e inclusiva donde las empresas saludables son un valor.

1 BOE de 7 de septiembre de 2022.

II. OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE PREVENCIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

La violencia sexual en sus diferentes manifestaciones se ha vinculado mayoritariamente a las políticas de igualdad y no discriminación en las empresas, dado que las normas reguladoras de medidas dirigidas a su tratamiento así lo han considerado, como es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Siendo verdad que estos comportamientos son causa de discriminación, puesto que son de afectación desproporcionada a las mujeres influyendo de manera negativa en el acceso al empleo, su permanencia en él o que progresen profesionalmente, no podemos obviar que, aun en menor medida, también afectan a trabajadores de otro sexo o tendencias sexuales²; por tanto, debe abordarse su prevención y tratamiento de manera integral en la empresa. Aunque la LOIEMH por su carácter general no incide en los efectos sobre la salud laboral de estos comportamientos, es incuestionable que la violencia y el acoso en el trabajo constituyen riesgos laborales que afectan a la salud psicofísica, sexual, y la seguridad en el trabajo y, por tanto, abordables desde la Ley de Prevención de riesgos laborales (LPRL). El artículo 4 de la LPRL define el riesgo laboral como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo...” De ello se desprende que, en la medida en que la LPRL define el riesgo de forma generalizada siempre que pueda generar un daño en la salud del trabajador, incluye los riesgos psicosociales dentro de marco protector, siéndoles de aplicación las mismas obligaciones preventivas en los términos establecidos en el artículo 14 de la norma³, el cual reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, y la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.1 y 2).

Así pues, aunque estas conductas ilícitas en el trabajo pueden abordarse desde diferentes perspectivas jurídico-laborales, teniendo en cuenta que su prevención y reparación corresponde al empresario en cuanto sujeto titular y responsable de la

2 Michel Rubenstein, en el *informe sobre el problema de acoso sexual en el ámbito laboral en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, octubre de 1987, ya demuestra como los estudios realizados demuestran que determinados grupos son particularmente vulnerables al acoso sexual como son las mujeres divorciadas o separadas, las mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo, las que tienen contratos laborales precarios o irregulares, las mujeres que desempeñan trabajos no tradicionales, las mujeres incapacitadas físicamente, las lesbianas y las mujeres de minorías raciales. Pero también demuestra que los homosexuales y los hombres jóvenes también son vulnerables al acoso.

3 *Vid*, en el mismo sentido Olarte Encabo, S., “Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista” en *AAVV Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, UCM, 2020, pág. 70.

organización productiva lo más adecuado es abordarlo desde la seguridad y salud en el trabajo, que prevé un tratamiento integral del fenómeno desde la prevención a la reparación de daño.

Este enfoque integrado viene a plasmarlo la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), que introduce en el artículo 12 las obligaciones empresariales y derechos de los trabajadores, en cuanto a prevención y sensibilización en el ámbito laboral a fin de conseguir condiciones de trabajo libres de violencia y acoso. En el art. 13 repite las prescripciones, con el mismo objetivo, en el ámbito de la Administración pública, organismos públicos y los órganos constitucionales.

Siguiendo los postulados del Convenio 190 de la OIT y la Recomendación 206⁴, sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, que reconocen la incompatibilidad de la violencia y el acoso con el trabajo decente, con los derechos humanos en el trabajo y con la igualdad de oportunidades, la LOGILS introduce una primera fase de actuaciones dirigidas a la prevención y sensibilización para erradicar estos comportamientos. Al efecto establece en un primer punto el deber de todas las empresas de promover condiciones laborales en el seno de su organización que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y en el acoso por razón de sexo en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, referido al procedimiento específico que las empresas deben arbitrar para prevenir tanto el acoso sexual como por razón de sexo, y el destinado a canalizar las denuncias y reclamaciones que pudieran formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas. Como observamos el art. 12 de la LOGILS, aun apelando a los procedimientos puestos en marcha por la Ley de Igualdad, amplía las medidas también a la prevención del acoso moral en el trabajo, y el ámbito de actuación lo extiende no solo a los lugares de prestación laboral presencial, sino los que puedan acaecer en el ámbito digital, dado el incremento del uso de las tecnologías.

Un segundo bloque de obligaciones va dirigido a la inclusión de la perspectiva de género en la evaluación de riesgos de los diferentes puestos de trabajo, pues, aunque expresamente establece la obligación de incluir la violencia sexual en la valoración de los riesgos en puestos de trabajo ocupados por mujeres, la realidad empresarial con sus necesidades no admite prever con certeza cuándo determinados puestos estarán ocupados por una mujer⁵, además de que una prevención integrativa exige

4 Ratificado por España el 8 de marzo de 2022, BOE de 16 de junio de 2022.

5 En el mismo sentido: Álvarez Cuesta, H., "Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", AEDTSS. <https://www.aedtss.com/aspectos-laborales-de-la-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>

la valoración de estos riesgos en todos los puestos dado que no solo las mujeres son objeto de violencia y acoso.

Entre las medidas de prevención incluye la posibilidad de que las empresas negocien con los representantes de los trabajadores la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, así como la realización de campañas informativas y protocolos de actuación o acciones de formación. Y, dentro de las acciones dirigidas a la sensibilización incluye la obligación del empresario de impartir formación a todo el personal a su servicio. Con el objeto de crear lugares de trabajo inclusivos basados en el respeto y la dignidad de las personas. En el art. 16 introduce la obligación de integrar la perspectiva de género en la organización de todos los espacios de los centros de trabajo a fin de que resulten seguros y accesibles para todos los trabajadores y se eviten comportamientos de violencia y acoso.

1. Ámbito objetivo de la obligación

En cuanto al ámbito objetivo de la obligación de prevención y sensibilización el art. 12.1 de la Ley 10/2022 establece que las medidas deben ir dirigidas a evitar la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito del trabajo, incluido los cometidos en el ámbito digital, con especial incidencia en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Como se observa, siguiendo los postulados del Convenio 190⁶, la norma incluye dentro de las obligaciones de prevención y sensibilización todas las formas de violencia sexual y acoso, incluido el acoso moral, para los que arbitra un conjunto de obligaciones, en línea con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007. De esta manera, la Ley Orgánica 10/2022 viene a apostillar las obligaciones establecidas ya para todas las empresas en los casos de acoso sexual y por razón de sexo: consistentes en la elaboración de procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido obje-

6 Al respecto, el Convenio 190 de la OIT en su art. 1 establece que la “violencia y el acoso en el mundo del trabajo” designan 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, y b) la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados.

to del mismo, ahora ampliadas al acoso moral, a las que suma las de evaluación y sensibilización.

Así pues, desde el ámbito de la LPRL, a las obligaciones generales que debían observar los empresarios para la prevención de los riesgos laborales, incluidos los psicosociales, se suman las específicas establecidas en la Ley 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual. En este caso lo más adecuado para las empresas es integrar todos los riesgos psicosociales de violencia y acoso en su política de seguridad y salud, introduciendo como medidas específicas de prevención las estipuladas en la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual. De manera que las empresas que ya estuvieran haciéndolo así solo tendrán que observar si su sistema de prevención abarcaba los comportamientos de violencia sexual que pudieran manifestarse en el ámbito digital, de lo contrario deberán revisarlos para incluirlos en sus evaluaciones de riesgos y medidas de acción preventiva. Y en el caso de que su actuación estuviera limitada a la realización de protocolos de acoso sexual y por razón de sexo en los términos que establecía la Ley de igualdad, deberán modificar estos protocolos para introducir el acoso moral, además de cumplir con el resto de obligaciones que la norma estipula.

Desde el punto de vista conceptual existen diferentes denominaciones para cada tipo de violencia o acoso dependiendo de la perspectiva desde la que se aborde⁷. La Ley 10/2022 solo define la **violencia sexual** y lo hace en términos amplios para abarcar todos los estamentos sociales en los que pueda manifestarse. Al efecto lo define como “los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionen el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ahora bien, tomando como referencia la perspectiva jurídico-laboral, la Ley 3/2007 de igualdad, indica en su art. 7 que constituye **acoso sexual** “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Constituye **acoso por razón de sexo** “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Ambos acosos se consideran discriminatorios.

7 Vid. Sobre diferentes corrientes conceptuales de acoso y sus modalidades Molina Navarrete, C., “Delimitación conceptual. “¿Qué sabe la razón jurídica del acoso laboral? Los persistentes dilemas sobre su conceptualización y formas de tutela”, en Rivas Vallejo P, y García Valverde, M. D., (dirs). *Tratado integral del acoso*, Aranzadi, 2015.

En el caso del **acoso psicológico o moral**, si tomamos la definición del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo (INSST), en su nota técnica 854 lo define en términos preventivos como “exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”.

Como se observa, cada uno de estos riesgos se caracteriza por unos comportamientos hostiles que pueden ser de distinta naturaleza según las conductas que los generen, y que serán las que deban tenerse en cuenta a la hora de evaluar el riesgo y aplicar las medidas de prevención para evitar que el riesgo se materialice como veremos más adelante.

2. *Ámbito subjetivo de la obligación*

El carácter inclusivo e integrado de la prevención que promueve la norma, siguiendo igualmente los postulados del Convenio 190 de la OIT (art. 2), se manifiesta una vez más en el ámbito subjetivo de aplicación de todas las medidas adoptadas en la empresa para la prevención, denuncia y reparación de comportamientos de violencia y el acoso; las cuales se aplicarán a toda la plantilla sin excepción. Esto incluye a las personas trabajadoras con contratos fijos, fijos discontinuos, temporales y en prácticas, a los becarios, voluntarios y trabajadores cedidos; es decir a quienes presten servicio en la empresa a través de contratos de puesta a disposición, incluido los teletrabajadores (art. 12.2 LOGILS). Igualmente, las obligaciones se proyectan sobre todas las empresas cualquiera que sea su tamaño, trabajadores que ocupe, dispersión geográfica y sector de actividad, público o privado.

3. *Ámbito espacial*

De la misma manera, la LOGILS en el art. 16 introduce la obligación de integrar la perspectiva de género en la organización de todos los espacios de los centros de trabajo a fin de que resulten seguros y accesibles para todos los trabajadores y se eviten comportamientos de violencia y acoso. Con esta prescripción la norma pretende que todas las dependencias de la empresa, medios técnicos, servicios e instalaciones necesarios para el desarrollo de la actividad sean diseñados disolviendo las clasificaciones y jerarquización de los espacios asignados a roles, y donde todos los trabajadores con independencia de su sexo puedan acceder en igualdad. Las in-

fraestructuras deben estar diseñadas para evitar, prevenir y detectar situaciones de discriminación y violencia, con distintivos y medios que disuadan estos comportamientos como son los sistemas de video vigilancia; y por el contrario favorezcan la inclusión como son espacios comunes y lugares de descanso donde todos tengan cabida y fomenten el diálogo y la integración.

En esta previsión quedan incluidos todos los espacios de una empresa:

- Centros de trabajo propios.
- Centros de trabajo ajenos donde se desarrolle actividad laboral propia.
- Medios digitales corporativos: Redes corporativas, aplicaciones de mensajería, Email y plataformas internas, Webs y plataformas de publicidad y comunicación externa.

III. MEDIDAS PREVENTIVAS

Las medidas de prevención y sensibilización hacen referencia a todas aquellas actuaciones cuyo objetivo es evitar la aparición de conductas de violencia sexual y acoso. Sin duda son las acciones más efectivas ya que actúan antes de la aparición del problema sobre las condiciones de trabajo y características organizacionales, incluidas las características psicosociales del personal a su servicio. Las medidas preventivas van desde la detección de las variables y comportamientos que pueden desencadenar las conductas de violencia y acoso, el compromiso empresarial y organizacional de tolerancia cero ante estos comportamientos, hasta la formación y sensibilización de la plantilla para saber reconocer este tipo de conductas. Es importante que toda la organización rechace cualquier intento de conducta hostil y humillante ante otra persona.

La Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, como obligación general regula la deber del empresario de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de género (art. 12.1), a lo que añade obligaciones específicas como ya hemos señalado y que iremos desgranando progresivamente. Todas ellas quedan incluidas en el deber de las empresas de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL). Este deber general se materializa en la necesidad de hacer una gestión de medidas preventivas eficaz ante factores de riesgos psicosociales que pueden ser los precursores de la violencia y el acoso en el trabajo, así como arbitrar instrumentos y herramientas para la intervención precoz y efectiva frente a indicios de estas conductas.

Para la creación de una política sólida en prevención de riesgos psicosociales es necesario que la prevención de estos riesgos esté integrada en el sistema general de gestión empresarial, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta (art. 1 RSP), de forma que se consolide como cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad de las personas. Partiendo de la realidad de que la violencia sexual y el acoso afectan mayoritariamente a las mujeres, y que la prevención de riesgos laborales carece de una visión de género integrativa, para erradicar los comportamientos generadores de estos riesgos es necesario que desde el origen la política de prevención y su implementación se adopte con un enfoque inclusivo e integrativo que tenga en cuenta las condiciones de género y aborde las causas subyacentes y factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las diferentes formas de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género⁸.

1. Plan de prevención

Como se ha señalado, la gestión de las actividades preventivas se formalizará a través del plan de prevención, en el que se incluye la declaración de principios como insignia de la política empresarial en la materia. Seguidamente deben especificarse los procedimientos a seguir para la evaluación de riesgos, la planificación de las medidas de prevención que se deriven de la evaluación, las fases de ejecución de estas medidas y personas encargadas de su implementación, así como la posterior revisión de las mismas en un proceso continuo e integrado. Dentro de las acciones a desarrollar para la gestión y prevención de los riesgos de violencia sexual y acoso, no pueden faltar las relativas a la sensibilización como los programas de formación e información del personal para la evitación de estos riesgos. Es importante recalcar que la gestión de estos riesgos en el plan de prevención debe hacerse desde una perspectiva integrativa e inclusiva que tenga en cuenta las consideraciones de género.

Este plan de prevención debe ser aprobado no solo por la dirección de la empresa, sino asumido por todos los sujetos que de alguna manera se responsabilicen de acciones de prevención o control de su cumplimiento; en particular por todos sus niveles jerárquicos, y conocido por todos los trabajadores, así lo establece el art. art. 16 de la LPRL. Es conveniente resaltar la importancia de dar a conocer el contenido del plan a los trabajadores que asuman un papel activo en la prevención y gestión de estos riesgos dado que la LOGILS ha ampliado el cuadro de responsabilidades

⁸ Así lo establece el Convenio 190 de la OIT sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

empresariales en vía penal por incumplimientos de obligaciones relativas a la prevención y tutela de la libertad sexual.

2. Evaluación de riesgos

El artículo 12.2 de la LOGILS obliga a las empresas a incluir en la valoración de riesgos de los puestos de trabajo ocupados por mujeres la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes. Como se ha señalado anteriormente, no es operativo ni pertinente a efectos de prevenir el riesgo reducir el deber de evaluación a los puestos de trabajo ocupados por mujeres dado que en un entorno laboral altamente cambiante lo usual es que exista rotación de personal en los distintos puestos de trabajo, además de que estos riesgos no son de exclusiva afectación a mujeres, sino que también pueden estar expuestos trabajadores con distintas orientaciones sexuales. Por otro lado, no olvidemos que la propia norma incluye obligaciones de prevención del riesgo de acoso moral, el cual puede ser sufrido por cualquier trabajador con independencia de su orientación sexual. De manera que, si limitamos la evaluación del riesgo a puestos ocupados por mujeres, estaremos haciendo un estudio sesgado e insuficiente de la situación; criterio que no es el preceptuado por la LPRL, e impide hacer prevención de riesgos real y efectiva independientemente de la situación coyuntural de las relaciones de puestos de trabajo⁹.

Siguiendo con los postulados de la LPRL, el art. 14.1 reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este derecho supone la existencia de un deber empresarial de protección de los trabajadores a su servicio frente a todos los riesgos laborales, donde quedan incluidos los riesgos de violencia sexual y acoso de cualquier tipo. En este punto es necesario señalar que la LPRL es una norma marco con espíritu generalista cuyo objetivo es establecer las bases para la prevención de riesgos laborales en todos los sectores de actividad, todos los puestos y colectivos, con independencia del vínculo contractual que una al trabajador y siempre teniendo en cuenta las características particulares del sujeto (Exposición de motivos, punto 3 LPRL). En este sentido téngase en cuenta que la acción preventiva la proyecta sobre todas las condiciones de trabajo (art. 4.7), donde queda incluida cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores; por tanto, incluidas las características del trabajo y circunstancias que puedan influir en la generación de riesgos de violencia y acoso, para lo que diseña

⁹ Vid., en el mismo sentido Espejo Mejías, P., “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm., 472, 2023, pág. 109.

una especialidad concreta ejercida por profesionales especializados en riesgos psicosociales, que serán los encargados de evaluar y valorar estos riesgos, así como la adopción de medidas preventivas orientadas a su erradicación y gestión en caso de que el riesgo se materialice.

En esta línea de razonamiento, el art. 16.2 de la LPRL encargado de regular el procedimiento de evaluación de riesgos, establece el deber empresarial de realizar una evaluación inicial de riesgos considerando entre otras variables las características de los puestos de trabajo y de las personas que los desempeñan, además de tener en cuenta las actuaciones que sea preciso desarrollar de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Esta evaluación de riesgos no es una actividad estanca, sino que más bien es el medio para conseguir un fin: la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores; por tanto, debe ser actualizada cuando las condiciones de trabajo cambien por modificación de puestos, cuando se detecten daños en la salud de los trabajadores o cuando las actividades de prevención puedan ser inadecuadas o insuficientes. Esto es, por ejemplo, ante alta tasas de absentismo que se sospeche o se conozca que son debidas a problemas psicosociales, denuncias o quejas de trabajadores, alto nivel de rotación o abandono en determinados puestos de trabajo, resultados adversos en encuestas al personal de la empresa para valorar la situación. A su vez la norma indica que se deberán volver a evaluar los puestos de trabajo que puedan verse afectados por, entre otros, la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido las hagan especialmente sensibles a las condiciones del puesto y sufrir daños (arts. 16 LPRL y 3 a 6 RSP). Así pues, como observamos hay un diseño exhaustivo del procedimiento a seguir en la evaluación de cualquier riesgo que pueda afectar la salud de los trabajadores, incluidos los riesgos de violencia sexual y acoso en sus diferentes manifestaciones.

Centrándonos en la evaluación de riesgos de la violencia sexual y acoso (moral, sexual y por razón de género), la evaluación se dirige a detectar los factores que pueden ser generadores de estos riesgos. Para su detección y evaluación existen diferentes instrumentos y metodología¹⁰, y será la empresa previa consulta a los representantes de los trabajadores la que elija el sistema, o en su defecto la que el servicio de prevención aconseje teniendo en cuenta el tamaño, la organización, el nivel de participación de la representación etc. A la hora de elegir conviene combinar herramientas cualitativas y cuantitativa, y utilizar aquellas que tengan en cuenta cuestiones específicas que permitan un mayor conocimiento de los riesgos psicosociales desde la perspectiva de género. En cualquier caso, es necesario que el proceso se lle-

10 *Vid.*, Notas técnicas de prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo: 476 y 854 para el acoso psicológico en el trabajo, y 507 para el acoso sexual y por razón de sexo.

ve a cabo por personal cualificado y disponga de formación en riesgo psicosociales y en igualdad de género (art. 5 RSP).

Los factores desencadenantes del riesgo de violencia sexual y acoso pueden ser diversos y multifactoriales, se deben buscar en la cultura de igualdad de la empresa, en las condiciones laborales organizacionales, en las modalidades de trabajo, la organización del trabajo, la política y gestión de los recursos humanos y recursos económicos, en cómo se gestionan y resuelven los conflictos, y en si se dispone de métodos y procedimientos preventivos eficaces para ello, así como de la existencia de buenas prácticas empresariales en esta materia. También debe tenerse en cuenta los riesgos que impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público general en caso de que el trabajo se desempeñe es este contexto.

En todo caso, la identificación de los factores de riesgo exige una exhaustiva recogida de información y análisis del clima, las condiciones laborales y organizacionales de la empresa, así como de las posibles situaciones de riesgo psicosocial que se hayan producido y los daños derivados. Puede haber factores de riesgo y condiciones de trabajo que interaccionan como precipitantes o favorecedoras de la aparición de la violencia sexual y acoso, como son: factores culturales de permisibilidad por parte de la organización de comentarios machistas y conductas de infravaloración de las mujeres, la atribución de puestos, tareas y responsabilidades en función de creencias sexistas. En el caso del acoso moral, básicamente el sustrato que favorece la aparición de este tipo de conductas se encuentra ligado a deficiente organización del trabajo y la gestión inadecuada del conflicto. El riesgo se incrementa cuando estamos ante modelos de liderazgo con estilos de mando autoritarios y múltiples jerarquías, así como lugares de trabajo con un alto grado de estrés y presión por los mandos y superiores.

Es importante señalar la necesidad de prestar especial atención y adoptar medidas apropiadas en sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, como son el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, transporte, educación y el ocio¹¹.

Igualmente importante es considerar a este respecto el **uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación** (TIC) en el ámbito laboral, dado que facilita que las conductas de violencia sexual y acoso puedan canalizarse por medios digitales, cuyo impacto puede ser exponencial. Los programas de mensajería instantánea, de videoconferencias (Skype, Zoom, etc.), llamadas telefónicas, videollamadas, correos electrónicos profesionales etc., posibilitan multiplicar el número y el

11 Recomendación 206 de la OIT, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, apartado 2.9.

impacto de tales conductas. Son catalogadas como situaciones de ciberacoso (que puede ser psicológico, sexual o por razón de sexo). En este sentido, la Ley 10/2021 de 9 de julio de Trabajo a Distancia (LTD), en su artículo 4 señala que “las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”.

Cualquier persona es susceptible de sufrir estos riesgos, aunque los datos disponibles, y pese a que se puede suponer una infradeclaración, indican que en el caso del acoso sexual es más frecuente en mujeres solas (solteras, viudas o separadas), con cargas familiares, con poca antigüedad en la empresa, con contrato temporal, en puestos o categorías generalmente ocupados por hombres, y con perfiles más vulnerables como pueden ser los colectivos de inmigrantes¹². Por tanto, conviene considerar estos datos a la hora de valorar la posibilidad de que haya perfiles más vulnerables y actuar en consecuencia puede ser importante.

Otra variable a tener en cuenta a la hora de evaluar el riesgo es la individual, ya que la reacción al hostigado puede variar en función de las características y habilidades personales. La forma en que lo percibe y, sobre todo, la forma en que se enfrenta a la situación están relacionadas tanto con la solución efectiva del problema como con el nivel o la magnitud de las consecuencias negativas que desarrolla la persona afectada¹³. En todo caso, con independencia de las variables personales, la empresa es responsable de arbitrar medidas que impidan la aparición de estas conductas, de una intervención temprana ante los primeros indicios y de cuantas medidas sean necesarias para evitar su continuidad o repetición.

3. Información

Por otro lado, el artículo 12.2 de la LOGILS obliga a las empresas a informar a sus trabajadoras adecuadamente del alcance y contenido del derecho a la protección integral de su libertad sexual en el seno de la empresa. En este sentido, el artículo 18 de la LPRL impone a las empresas la obligación de adoptar medidas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos

12 Ver informe de Michael Rubenstein sobre “La dignidad de la mujer en el trabajo: informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas”, COM (89) 568 final, de 29 de noviembre de 1987.

13 En este sentido cabe destacar lo recogido en las NTP 891 y NTP 892 sobre resolución autónoma de conflictos, aplicable frente a cualquier tipo de violencia física o psicológica, con el propósito de resolver las situaciones de potencial violencia en el seno de la empresa y evitar la judicialización de los procesos.

para su seguridad y salud, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a su puesto de trabajo; así como las medidas de prevención aplicables a dichos riesgos por parte de la empresa y los que el propio trabajador deba observar para que las medidas que el empresario adopte resulten eficaces.

En el caso de los riesgos generales de la empresa y las medidas de prevención y protección frente a estos riesgos, la norma establece que el empresario puede transmitírselas a los trabajadores a través de sus representantes, introduciendo así la participación de los representantes de los trabajadores en la actividad preventiva de la empresa. En relación a los riesgos objeto de estudio es de suma importancia puesto que la LOGILS también introduce la posibilidad de realizar campañas informativas y de sensibilización en colaboración con los representantes de los trabajadores para detectar y prevenir situaciones de violencia sexual y acoso en el trabajo (art.12.2).

La información puede hacerse tanto verbal como escrita, pero siempre cerciorándose de la legibilidad de la información y comprensión por todos los trabajadores. También puede hacerse mediante soportes gráficos o audiovisuales (carteles, señales, folletos, vídeos,...). Se deben evitar los mensajes e imágenes que contribuyan a perpetuar estereotipos de género y cuidar el uso no sexista del lenguaje. La información debe llegar a la totalidad de los trabajadores y trabajadoras, incluyendo a quienes desempeñan sus tareas habitualmente fuera del centro de trabajo.

IV. MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN

Las medidas de sensibilización junto con las de prevención son las acciones más efectivas para evitar la materialización de los riesgos al proyectarse sobre el conocimiento y concienciación de conductas prohibidas que evitan la materialización del riesgo. Es importante que toda la organización sea beligerante con cualquier intento de conducta hostil y humillante ante otra persona. Entre las medidas de sensibilización quedan incluidas las actividades de formación y elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas.

1. Formación

La formación es un medio de suma importancia para garantizar que no se produzcan comportamientos de violencia y acoso en el trabajo, y que en caso de surgir estos problemas puedan resolverse con eficacia. Al respecto, el art. 12.2 de la LOGILS establece que las empresas deben ofrecer formación integral contra la

violencia sexual a todo el personal a su servicio. En relación con esta obligación el artículo 19 de la LPRL establece que cada trabajador reciba formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, relacionada con los riesgos específicos de su puesto de trabajo y los generales de la empresa. Así pues, los vinculados con la violencia y el acoso quedan incluidos en la obligación general de formación.

La formación en esta materia debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de todo acoso y violencia, y permitir que todos los trabajadores sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política fijada por la empresa y de cualquier problema que pueda surgir. Los programas y material didáctico deben evitar estereotipos de género y, en lo posible, hacer uso de lenguaje no sexista. El plan de formación frente a estos riesgos y la forma de abordarlos debe ser consultado con los representantes de los trabajadores, que en caso de existir delegados de prevención serán los indicados dado su conocimiento específico en materia preventiva [art. 33.1 e) LPRL].

La formación debe impartirse tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones y puestos a desempeñar, y debe repetirse periódicamente si fuera necesario. La empresa puede impartir la formación con medios propios o puede concertarse con empresas de formación, pero siempre será por personal competente y especializado en riesgos psicosociales y conocedor de la política empresarial en esta materia. Según establece la LPRL deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas, pero con el descuento del tiempo invertido en la misma. Para facilitar la asistencia es conveniente que se desarrolle en horario y condiciones que permitan la conciliación. En el seguimiento y evaluación de las actividades formativas deben incluirse indicadores de género y evaluar los cambios de actitud frente a los principios de igualdad, no discriminación o conductas sexistas en el ámbito laboral¹⁴.

No debemos olvidar que la formación debe estar centrada en los riesgos del puesto y actividad que se desempeña, de manera que es importante diferenciar el contenido en función del cargo que se ocupe. Así, es importante diseñar programas de formación para mandos y managers que les faculte para desempeñar un liderazgo que fomente la equidad, la transparencia y la justicia organizacional. Los mandos y personal de dirección deben contribuir a evitar y canalizar de forma adecuada los conflictos de los trabajadores que se encuentren a su cargo. Aquellos a los que se les asigne cometidos específicos se les debe formar especialmente para desempeñar eficientemente sus funciones y les permita identificar los factores que contribuyen

14 Ver en este sentido el manual sobre “Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales”, OSALAN, *Instituto Vasco de seguridad y salud laborales*, 2019.

a que no se produzcan situaciones de violencia y acoso y familiarizarse con sus responsabilidades en esta materia: al respecto, deben tener habilidades sociales para manejar conflictos y procedimientos de actuación en el marco de los procesos formales de examen de denuncias que se planteen.

En el caso de los representantes de los trabajadores: delegados de prevención, el empresario está obligado a dotarlos de formación específica en prevención de riesgos laborales suficiente para el desempeño de sus competencias y funciones. La formación, al igual que al resto de trabajadores puede facilitarse con medios propios o mediante concierto con organismos o entidades especializadas en la materia y deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, repitiéndose periódicamente si fuera necesario (art. 37.2 LPRL).

Otras acciones formativas pueden ser dirigidas a los trabajadores que deben hacer frente en su trabajo a situaciones difíciles, donde estén más expuestos a la violencia y el acoso por su relación directa con el público como son empleados del servicio de emergencia, trabajo doméstico, transportes, educación y el ocio. También es importante formar a las personas en la resolución autónoma de conflictos, en habilidades de comunicación y estrategias de afrontamiento que ayuden a no permitir que las conductas agresivas continúen, y afrontarlas con mayor garantía lo antes posible y de manera exitosa. Esto contribuye a mejor clima organizacional y evita en muchas ocasiones la judicialización de los procesos; además de mejorar la respuesta emocional de las víctimas¹⁵.

2. Código de buenas prácticas

La responsabilidad de asegurar un entorno de trabajo respetuoso con los derechos de quienes lo integran es de todos los trabajadores. Por ello, el código de buenas prácticas es una herramienta valiosa para evitar la materialización de los riesgos de violencia y acoso tanto en el lugar de trabajo como en el ámbito digital, mediante la concienciación y responsabilidad de todos los sujetos que configuran la estructura empresarial, desde la dirección y mandos a trabajadores y sus representantes. La LOGILS establece en el art. 12.2 la posibilidad de que el empresario elabore y difunda un código de buenas prácticas, el cual deberá negociarse con los representantes de los trabajadores. Este código debe elaborarse por escrito a modo de estatutos internos en los que la organización junto con la representación de los trabajadores manifiesta el compromiso de erradicar la violencia y el acoso, con unos objetivos claros y las medidas para llevarlos a cabo. La experiencia demuestra que las estra-

15 *Vid.*, al respecto NTP 891 y NTP 892 sobre resolución autónoma de conflictos, aplicable a cualquier tipo de violencia física o psicológica.

tegias para crear entornos laborales en los que se respete la dignidad de los trabajadores tienen más probabilidad de ser eficaces cuando se acuerdan conjuntamente¹⁶.

La declaración de principios puede formar parte de este Código en el que se debe precisar las conductas y comportamientos que se consideran indebidos en el trabajo y especificar que dichos comportamientos, en determinadas circunstancias, pueden ser ilegales. El código debería imponer explícitamente a todos los trabajadores la obligación de observar la declaración y de velar por que sus compañeros sean tratados con respeto y dignidad, especificando con claridad las responsabilidades que se derivaran de la manifestación de comportamientos que vulneren el código de buenas prácticas. Igualmente es conveniente que incluya el compromiso de que las denuncias de acoso sexual se tratarán con seriedad, prontitud y confidencialmente, y que se protegerá a los trabajadores contra la persecución y las represalias de que sean objeto por haber presentado una denuncia de acoso sexual. También debería especificar que se aplicarán las medidas disciplinarias adecuadas contra los trabajadores que incurran en comportamientos de acoso y violencia sexual¹⁷.

Una vez elaborado el Código de buenas prácticas, es importante que sea difundido a todos los trabajadores, para que conozcan la política empresarial al respecto, que sean conscientes de que tienen derecho a quejarse y confiar en que sus denuncias serán tratadas con prontitud e imparcialidad, y de las posibles consecuencias de todo comportamiento de violencia y acoso tanto en el lugar de trabajo como a través de medios digitales. La organización debe asegurarse de que la política empresarial y código de buenas prácticas es comunicada y comprendida por los trabajadores quedando claro que existe un firme compromiso de tolerancia cero ante estos comportamientos. Es aconsejable que estos códigos también contengan pautas y directrices de conducta y comportamiento para usuarios y clientes de manera visible.

Todos los trabajadores tienen la responsabilidad de colaborar para garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad de los trabajadores, y los directores y mandos tienen la tarea de garantizar que no se materialicen comportamientos de violencia sexual y acoso en las áreas de trabajo bajo su responsabilidad. Es recomendable que los directores expliquen la política empresarial en relación a estos riesgos, y código de buenas prácticas, al personal a su cargo y que tomen medidas para fomentar de manera positiva la aplicación de esta política. Los directores también deberían prestar atención y apoyar a cualquier miembro del personal que se queje de ser víctima de estos comportamientos, asesorar plena y claramente sobre el procedimiento que deberá seguirse, mantener el carácter confidencial de los casos

16 Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de diciembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. *Punto 5 "recomendaciones a los empresarios"*.

17 Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de diciembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

que surjan y velar por que no se planteen más problemas de esta índole y de que no se tomen represalias una vez que se haya atendido la denuncia.

V. GESTIÓN DEL RIESGO

Otro bloque de obligaciones lo constituyen las acciones dirigidas a intervención y gestión ante situaciones sobrevenidas de riesgo para la salud de los trabajadores por problemas relacionados con factores de riesgo psicosocial, o cuando el riesgo ya se ha materializado. En este sentido el art. 12.1 de la LOGILS establece la obligación de diseñar cauces para la interposición de denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo las sufridas en el ámbito digital.

1. Protocolos de actuación

Desde la legislación de prevención de riesgos laborales se establece que el empresario una vez conocida la situación debe tomar todas las medidas necesarias para proteger la salud de sus trabajadores de acuerdo con la obligación general de protección prevista en el art. 14.2 de la LPRL. En esta línea, y como antecedente de la obligación introducida ahora por la LOGILS en cuanto al establecimiento de cauces de denuncia, la LOIMH incorporó en el año 2007 para los supuestos de acoso sexual y discriminación por razón de sexo un mandato para su prevención y para dar cauce a las denuncias y reclamaciones de las víctimas. Y, aunque la Ley no habla de protocolos, el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, si lo hace en el art. 12 al referirse al depósito y registro de los mismos. Así pues, las empresas a lo largo de estos años han venido elaborando protocolos de acoso sexual y por razón de sexo, mayoritariamente en los planes de igualdad o convenios colectivos, y en menor medida en el marco de la gestión de la prevención de riesgos laborales, a través del plan de prevención como establece la normativa preventiva, donde debe recogerse el procedimiento de gestión de todos los riesgos de violencia y acoso, incluidos los sufridos en el ámbito digital.

El procedimiento más utilizado para la gestión interna de estos riesgos cuando ya son evidentes o se han materializado ha sido el previsto en el Acuerdo Europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo, de 26 de abril de 2007, para la canalización de las quejas y reclamaciones de las personas afectadas por este tipo de compor-

tamientos, el cual consta de diferentes fases¹⁸. Sí bien no puede considerarse una medida de prevención puesto que su aplicación es una vez materializado el riesgo, si puede tener indirectamente efectos preventivos, puesto que puede servir como elemento disuasorio que retraiga a los sujetos de practicar conductas ofensivas de acoso y violencia. Por otro lado, permite a los trabajadores conocer de antemano que cuentan con un mecanismo interno de solución de conflictos con garantías y confidencialidad.

2. Resolución de conflictos

Es importante que los procedimientos de actuación tras una situación de violencia o acoso en cualquiera de sus manifestaciones (sexual, por razón de sexo o psicológica) estén bien establecidos, de forma que el problema se resuelva de una manera rápida y eficaz. El procedimiento de denuncia es fundamental para que la política contra el acoso tenga éxito. Por tanto, hay dos aspectos esenciales que deben quedar claros:

- A quién y cómo deben dirigirse, y en su caso presentar la denuncia.
- Cuáles son los derechos y deberes tanto de la presunta víctima como del presunto acosador durante la tramitación del procedimiento (por ejemplo, si es o no obligatorio activar el procedimiento interno, si la activación de éste excluye o no la adopción de otras medidas legales mientras esté en curso, etc.).

Se puede disponer de un procedimiento de resolución de conflictos informal y otro formal para contribuir a la resolución favorable de los mismos. También es importante formar a las personas en la resolución autónoma de conflictos y en habilidades de comunicación, con lo que se evitará en muchas ocasiones que el riesgo llegue a materializarse dado que la persona cuenta con herramientas dialécticas y conductuales que eviten que el riesgo se transforme en daño a su salud.

2.1. Cauce informal de solución del conflicto

Dado que en la mayoría de los casos sólo se busca el cese del acoso, cuando el problema no es grave puede ser conveniente intentar resolverlo de manera informal para evitar una fractura en el personal y relaciones sociales¹⁹. Los procedimientos

18 García- Perrote, I., “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2008.

19 Un sector doctrinal considera estos procedimientos informales únicamente apropiados para las conductas leves. En este sentido ver Bodelón, E. y Gala Durán, C., “Protocolos contra el acoso

informales buscan solucionar la situación a través de la confrontación directa entre las partes poniendo de manifiesto al hostigador que su conducta le resulta ofensiva o incómoda y solicita su cese en el comportamiento. Este proceso también puede ser iniciado por una persona de confianza o compañero que ayude a resolver el conflicto. Otra posibilidad es hacerlo a través de un intermediario que ejerza la función de medidor y asesor a la víctima. Esta persona intermediaria debe ser nombrada por el empresario, preferentemente en consulta con los representantes de los trabajadores (delegado de prevención), al que se le dará formación específica para el ejercicio de las funciones, específicamente en riesgos psicosociales y negociación de conflictos. Se aconseja acudir al procedimiento formal cuando el informal no de resultado o sea inapropiado para resolver el problema.

2.2. Cauce formal de intervención y resolución del conflicto

Los procedimientos formales buscan una investigación formal del asunto y la imposición final de sanciones si se confirma la existencia de acoso. El procedimiento debe proporcionar a los trabajadores la seguridad de que sus quejas y alegaciones serán tratados con total seriedad. Se debe garantizar que los protocolos de quejas y denuncia son accesibles a todas las personas a las que afecte, para ello no solo se debe tener en cuenta las barreras físicas, sino también las barreras lingüísticas, generacionales y psicológicas.

El procedimiento formal, que debe estar intervenido y gestionado por los técnicos de prevención cuando existan, o el servicio de prevención, debe especificar a quién debe el trabajador presentar la denuncia y ofrecer asistencia para que en caso de no ser adecuado el procedimiento interno el trabajador tenga la posibilidad de presentar la denuncia en primera instancia²⁰. El proceso debe contar con personal capacitado para la recepción de las quejas y asesoramiento a los trabajadores objeto de agresiones. Esta persona puede coincidir con la designada para intervenir en los procesos informales; por tanto, como se ha señalado anteriormente, debe estar formada específicamente en manejo de resolución de problemas, políticas y proce-

sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas” en VV.AA., coord. Gil Ruiz, *Generalitat de Catalunya*, 2013, págs. 177 y 178.

20 Puede ser que el procedimiento normales de trámite de denuncias no sea adecuado en supuestos en que las reclamaciones se presenten en primera instancia ante el superior inmediato. Los problemas en estos casos pueden venir por dos vías: la primera, si el superior inmediato es un hombre y la víctima del acoso una mujer, esta puede tener vergüenza de relatar los incidentes o puede creer que no se le tomará en serio. La segunda, si el acusado de acoso se encuentra en la propia línea jerárquica de la víctima. En estos casos cobran especial importancia las personas especialmente designadas para intervenir en los procedimientos de violencia y acoso.

dimientos de la organización, y se le asignarán los recursos necesarios para desempeñar su tarea con eficacia.

Según el Acuerdo Europeo sobre Acoso y Violencia los requisitos básicos de este procedimiento serían:

- La confidencialidad de las denuncias y del procedimiento.
- El respeto a la dignidad y la intimidad personal.
- Agilidad en la tramitación, con plazos de resolución breves.
- La investigación exhaustiva de los hechos por el que tiene la responsabilidad de mediar o resolver.
- Garantizar la audiencia personal de todos los testigos e interesados.
- Es siempre conveniente la participación o asesoramiento del servicio de prevención.

Desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales, los procedimientos formales ofrecen más garantías, transparencia y objetividad, lo que contribuye a proporcionar sensación de seguridad y amparo a una persona cuya autoestima se ha visto afectada.

A la hora de diseñar el canal de denuncias las empresas no pueden perder de vista la Directiva Europea 2019/1937, de protección del denunciante que obliga a las organizaciones de más de 50 empleados a implementar un canal de denuncias anónimo a partir de diciembre 2021/2023 para denunciar todo tipo de irregularidades, entre ellas las situaciones de violencia y acoso, y prevenir la realización de delitos.

Además, la ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción dice que todas las organizaciones de más de 50 empleados deberán contar con un canal que, entre otras cosas:

- Esté diseñado, establecido y gestionado de forma segura, de modo que se garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, así como la protección de datos impidiendo el acceso de personal no autorizado;
- Permita la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente o de ambos modos.

En definitiva, el canal de denuncias debe ser: accesible, confidencial, difundido a la plantilla, gestionado por personal con formación; tener plazos de resolución fijados, y seguir la normativa de protección de datos personales.

Las investigaciones del suceso deben llevarse a cabo con total respeto para todas las partes. Deben estar presididas por la independencia y la objetividad. Los investigadores no deben tener ninguna conexión con las partes. Se debe establecer un límite temporal para las investigación con el fin de evitar, por un lado, un proceso

en exceso dilatado y, por otro, la imposibilidad de acudir al sistema legal. Es conveniente que las partes puedan comparecer en las investigaciones con alguien de su confianza (amigo, asesor, representante sindical,...), que la investigación se lleve en régimen de contradicción y que se mantenga la confidencialidad.

La resolución ha de contemplar tanto el conflicto en sí mismo como las medidas protectoras y preventivas necesarias para todos los afectados, éstas últimas también podrían ser necesarias para los supuestos en que se juzgue que no ha existido acoso laboral. Dentro de las medidas protectoras pueden incluirse las cautelares como son el cambio de puesto de trabajo, con o sin cambio de centro de trabajo, el cambio de horario de trabajo o la suspensión del contrato de trabajo por riesgo de violencia o acoso, que puede ser necesario su adopción desde el comienzo de la tramitación del proceso para garantizar la salud y seguridad del trabajador afectado. Estas medidas son reguladas en el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual objeto de estudio, y serán tratadas en extensión en otro apartado del manual.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, es conveniente que las normas que regulan las faltas y sanciones, como es el Convenio Colectivo, y el Código de buenas prácticas recojan claramente las conductas de acoso y las correspondientes sanciones.

3. Sistema de seguimiento y control

Cuando el empresario sea conocedor de la posible relación entre el daño para la salud de uno de sus trabajadores y las condiciones de trabajo debe investigar las causas que lo han podido producir y adoptar, en su caso, las medidas de prevención que procedan (art. 16.3 LPRL).

En todo caso, el servicio de prevención debe hacer un seguimiento de la funcionalidad de los sistemas de gestión del riesgo, de forma que puedan introducir modificaciones siempre que se detecte inoperatividad o disfuncionalidad para la consecución de los fines que son implementados. De otro lado, téngase en cuenta que la LOGILS ha introducido modificaciones en el Código Penal referentes a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de prevención. Por un lado, en lo relativo al trato degradante y humillante en la empresa (art. 173.1. 4º)²¹, y, por otro, los actos

21 El art. 173 CP, tipifica el trato degradante y la ejecución de actos hostiles o humillantes en el seno de una empresa menoscabando gravemente la integridad moral. Ahora se le añade un nuevo párrafo 4º al apartado 1, que señala que: "Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis **una persona jurídica** sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

de acoso sexual (art. 184.5º)²², que de no observarse el CP sanciona directamente al empresario. Lo que exige que la empresa vigile y esmere el cumplimiento normativo en esta materia a fin de que en caso de que las conductas de violencia y acoso se materialicen, tenga cubierta la implementación de las medidas preventivas tendentes a evitar estos delitos. El incumplimiento de las obligaciones de prevención y sensibilización pueden llevar a la empresa a ser responsable penal y civilmente, y a tener que responder del daño psicológico causado a la víctima, a no ser que acredite el cumplimiento de la normativa. Aún así, ello solo liberaría a la empresa de la responsabilidad penal, pero no de la responsabilidad civil subsidiaria, de la que sería responsable por la vía del art. 120.4 CP, por lo que no se trata solo de contar con la implementación del plan de prevención y protocolo de resolución de conflictos, sino controlar fehacientemente que estas conductas no se materialicen²³.

A este respecto cabe señalar que la Inspección de trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de vigilancia y control del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias entre las que se encuentra el cumplimiento de la LPRL y la LOIMH, efectúa campañas anuales dirigidas a constatar el cumplimiento. El marco de actuación inspectora en la materia viene determinado por el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de trabajo y seguridad social (ITSS) en materia de acoso y violencia en el trabajo que sigue vigente. Además, según el último informe anual de la ITSS 2020²⁴, el organismo se compromete a incrementar las actuaciones realizadas a las empresas, sobre todo en aquellas sobre las que pese sospecha de irregularidades o que tengan la obligación legal de adoptar medidas dirigidas a prevenir la violencia y el acoso, lo que a partir de la entrada en vigor de la LOGILS compete a todas las empresas.

VI. COLABORACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La violencia y el acoso en el trabajo (en cualquiera de sus manifestaciones) es un problema de primera magnitud que afecta a todos los sujetos que integran la

22 Igualmente, al art. 184 CP que regula el delito de acoso sexual, se añade un nuevo apartado 5º que señala que: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el art 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años”.

23 Magro Servet, V., “La exigencia del nuevo mapa de riesgos en la empresa tras la reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual y el acoso sexual en la empresa”, Colegio de abogados de Oviedo, puede verse en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3135/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf>

24 Puede verse en: https://www.mites.gob.es/its/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf

empresa (directivos, trabajadores y sus representantes), por lo que es importante la implicación de todos en la prevención y adopción de medidas para poder crear entornos laborales integrativos, saludables y respetuosos con la dignidad de las personas. Desde esta perspectiva, como hemos visto, la LOGILS encomienda a la empresa el deber de negociar con los representantes de los trabajadores la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas y acciones formativas, así como colaborar en campañas informativas. Acciones que desde el lado de la representación también deben asumir y propiciar, para la consecución de los objetivos. Por su parte, la LOIMH establece en su Disposición Final 10ª el deber de la representación de los trabajadores de contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

En la misma línea, la LPRL en el art. 34 establece el derecho de los trabajadores a participar en la empresa en las cuestiones preventivas a través de sus representantes y la representación especializada, que en caso de existir serán los delegados de prevención y el Comité de seguridad y salud. En el art. 33 la LPRL regula el deber de consultar con estos representantes, entre otras, la organización y desarrollo de las actividades de protección y prevención de los riesgos en la empresa, incluida la designación de trabajadores encargados de dichas actividades; el proyecto y la organización de la formación en materia preventiva, y cuantos otros puedan tener efectos sustanciales sobre la seguridad y salud de los trabajadores. A los delegados de prevención, como representantes específicos en el art. 36 les encomienda la competencia-deber de colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, y ejercer la labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de esta normativa. Para el ejercicio de estas competencias la Ley les asigna un conjunto de facultades, derechos y obligaciones, entre los que se encuentran el derecho a la formación y la obligación de sigilo profesional²⁵.

Los representantes, junto con la acción sindical en la empresa deben formular declaraciones claras de intolerancia ante comportamientos violentos y acosadores. Igualmente deben participar en la difusión de la política general de la empresa en este sentido, para aumentar la sensibilización y contribuir a crear un ambiente en el que ni se tolere ni se ejerzan estas conductas. Es importante crear un ambiente en el que los trabajadores sientan que pueden presentar quejas en caso de sufrir compor-

25 Puede verse un estudio detallado de las competencias y facultades de estos representantes en Romeral Hernández, J. *El delegado de prevención*, Lex nova, 2008.

tamientos de acoso sabiendo que pueden contar con el apoyo de los representantes. y, en caso de denuncias es primordial que la representación la trate con seriedad y comprensión, y que asegure a la persona que la presenta que tiene la oportunidad de ser representada.

El órgano por excelencia donde la representación de los trabajadores puede ejercer sus competencias y funciones es el Comité de Seguridad y Salud (arts. 38 y 39 LPRL). En este entorno de debate y consulta debe hacerse el seguimiento de la gestión y prevención de cualquier manifestación de acoso y violencia. Igualmente, es el lugar idóneo para analizar los potenciales episodios ocurridos y para proponer acciones de mejora. Para un correcto tratamiento del problema y la implantación de un sistema preventivo integrativo, donde se tenga en cuenta la variable de género, es conveniente que se fomente la participación equilibrada de mujeres y hombres en el Comité de seguridad y salud y entre los delegados de prevención.

VII. DISTINTIVO EMPRESARIAL

Los apartados 3 y 4 del art. 12 de la LOGILS prevén la regulación de un distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”, cuando adecúen su estructura y sus normas de funcionamiento al contenido de la Ley, a semejanza de lo que ocurre con el sello en materia de igualdad. Los requisitos para su otorgamiento, las facultades derivadas de su obtención, y la difusión institucional de las empresas que lo obtengan, así como el proceso de revisión y su retirada cuando las circunstancias lo justifiquen, lo deja a un posterior desarrollo reglamentario.

En espera del Reglamento de desarrollo del distintivo empresarial que introduce la LOGILS, puede servir de orientación el distintivo empresarial en materia de igualdad que regula el artículo 50 de la LOI. Según este artículo, cualquier empresa, pública o privada, puede presentar por escrito al Ministerio de Trabajo un balance sobre los instrumentos de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo. El precepto señala los criterios que han de ser tenidos en cuenta para su concesión, entre ellos, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los distintos grupos y categorías profesionales, así como en los órganos de dirección y control de la empresa, la adopción de planes de igualdad y la publicidad no sexista de los productos o servicios que ofrezca.

También se pronuncia sobre el control periódico por parte del Ministerio de Trabajo de las empresas que obtengan el distintivo en materia de igualdad para comprobar el efectivo cumplimiento de los parámetros de igualdad presentados en la fase de solicitud. En caso contrario el distintivo les será retirado. Al igual que hace

la LOGILS, se remitió la determinación del procedimiento específico para su concesión e incluso la concreta denominación del distintivo en materia de igualdad a un posterior real decreto. Dos años más tarde, se aprobó el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la empresa”.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MARTÍN, A., “Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales”, OSALAN, Instituto Vasco de seguridad y salud laborales, 2019.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., “Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. AEDTSS. 2022.
- AZPIROZ A., “Pautas para la integración de la perspectiva de género en la Prevención de Riesgos Laborales”. OSALAN-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales. 2017.
- BODELÓN, E. Y GALA DURÁN, C., “Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas” en VV.AA., coord. Gil Ruiz, Generalitat de Catalunya, 2013.
- ESPEJO MEJÍAS, P., “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm., 472, 2023.
- FIDALGO VEGA, M., NTP 854 “Acoso psicológico en el trabajo: definición”. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. 2009.
- GARCÍA-PERROTE, I., “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2008.
- MAGRO SERVET, V., “La exigencia del nuevo mapa de riesgos en la empresa tras la reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual y el acoso sexual en la empresa”, Colegio de abogados de Oviedo, 2022.
- MARTÍN DAZA, F., “NTP 476: “El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing” Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1998.
- MEJÍAS GARCÍA, A., “Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I)”. NTP 891, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. 2011.
- MICHAEL RUBENSTEIN “La dignidad de la mujer en el trabajo: informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas”, COM (89) 568 final, 1987.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Delimitación conceptual. “¿Qué sabe la razón jurídica del acoso laboral? Los persistentes dilemas sobre su conceptualización y formas de tutela”, en Rivas Vallejo P., y García Valverde, M. D., (dirs). *Tratado integral del acoso*, Aranzadi, 2015.

OLARTE ENCABO, S., “Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista” en AAVV Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales, UCM, 2020.

PÉREZ DEL RÍO, T., “La violencia de género en el ámbito laboral. El acoso sexual y el acoso sexista”. Bomarzo, 2009.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. *El delegado de prevención*, Lex nova, 2008.

Capítulo XI. Bonificación del 100% de la cuota empresarial si contrata a sustituto/a de víctima de violencia sexual

García Gil, M.B.

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

DOI: <https://doi.org/10.14679/3728>

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de víctima de violencia sexual. III. Bonificación de la cuota empresarial a la seguridad social del contrato de sustituto/a de víctima de violencia sexual. IV. Medidas laborales contenidas en la LOGILS.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de relaciones laborales español se ha visto modificado por la reforma laboral y la regulación de las nuevas bonificaciones en materia de contrataciones.

Siguiendo la estela de las medidas de política de empleo desarrolladas en la historia de nuestro país las nuevas modificaciones pretender proteger aquellos colectivos especialmente vulnerables con el fin de procurar que su contratación no se vea afectada por su condición de vulnerabilidad.

Bajo el paraguas de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual se pretende la protección expresa de las víctimas de violencia sexual en todos los ámbitos, entre ellos, como es lógico el del trabajo. Por extensión las víctimas quedan protegidas tanto si son trabajadoras laborales, como funcionarias y trabajadoras autónomas.

En este sentido, las empresas que formalicen contratos de sustitución, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o

ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la SS por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante 6 meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Téngase en cuenta que la reincorporación se debe llevar a cabo en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo a lo que posteriormente haremos referencia.

Sobre esta base el Real Decreto- Ley 1/2023 establece el nuevo sistema de incentivos a la contratación, las personas destinatarias de la contratación laboral son las consideradas más vulnerables. Se han definido en el mismo como colectivos vulnerables los siguientes:

- Personas de atención prioritaria.
- Personas con discapacidad.
- Personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.
- Personas en riesgo o situación de exclusión social.
- Mujeres víctimas de violencia de género.
- Mujeres víctimas de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución.
- Mujeres víctimas de **violencias sexuales**.
- Víctimas del terrorismo.

De forma correspondiente los beneficios e incentivos a la contratación se establecen en bonificaciones que se aplicarán respecto del importe de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como a la cotización por los conceptos de recaudación conjunta de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, teniendo como límite, en cualquier caso, el 100 por cien del importe de dichas aportaciones.

A continuación, detallamos las bonificaciones a la contratación indefinida diferenciando la tipología de contrato y especialidad.

- Personas con capacidad intelectual límite: 128 € al mes durante 4 años.
- Personas trabajadoras readmitidos tras haber cesado en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta: 138 € al mes durante 2 años.
- Personas mayores de 55 años con incapacidad permanente reincorporadas a su empresa en otra categoría: 138 € al mes durante 2 años.

- Personas mayores de 55 años que recuperen su capacidad y pudieran ser contratadas por otra empresa: 138 € al mes durante 2 años.
- Mujeres víctimas de violencia de género y de violencia sexual: 128 al mes durante 4 años.

II. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL

España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales. Cabe destacar como instrumentos básicos y pilares en la materia la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia).

El Convenio de Estambul establece la obligación de las administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, que define de manera amplia como «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

Este marco internacional de promoción y protección de los derechos humanos, incluida la lucha contra toda clase de discriminación y violencia que sufren las mujeres y las niñas, encontró un nuevo impulso con la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que, en su objetivo 5, establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina.

El Convenio 190 OIT incluye, de manera novedosa, una definición de violencia y acoso como “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, y la violencia y el acoso por razón de género” regulado en el artículo 1.a). La misma fórmula la emplea el Convenio para definir la violencia y el acoso por razón de género, indi-

cando que son manifestaciones de violencia y acoso “que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual” en el apartado b)¹.

Mecanismos de Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, han recomendado a España la ampliación del marco normativo para incluir un abordaje integral frente a esta violencia, el impulso de acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual, la puesta en marcha de recursos asistenciales adecuados para las víctimas y la recopilación de datos estadísticos sobre estas violencias para el desarrollo de políticas públicas eficaces.

En el marco de nuestro ordenamiento se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el título VIII del libro II del Código Penal (al que da nueva redacción la disp. final 4ª LO 10/2022) orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. También quedan comprendidos en este ámbito las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital² (difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, pornografía no consentida y extorsión sexual). Asimismo, abarca la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, se incluye el feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales. Algunos autores³ han defendido la extensión de estos límites a: “otras conductas” no constitutivas de delito, pero sí vulneradoras de la libertad sexual y/o la integridad moral protegido en el artículo 15 del texto constitucional.

En esta materia confluyen varios derechos constitucionales que garantizan a las víctimas una protección integral, en este sentido el artículo 1.1 declara que son va-

1 PONS CARMENA, M. «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190», Labos, núm. 2 (2020), págs. 30-60.

2 Sobre esta cuestión véase: RAMOS QUINTANA, M. I. «El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia europea para la igualdad». En RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.) La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar. Albacete: Bomarzo, 2020, dos estudios especializados en la materia. p. 17. Respecto a la violencia de género en los entornos digitales, véase también RAMOS QUINTANA, M. I. «Violencia de género y relaciones de trabajo ...», cit., págs. 150 y 151.

3 MOLINA NAVARRETE, C. «la violencia sexual en el trabajo: nuevo riesgo laboral en virtud de la lo 10/2022, de 6 de septiembre». boletín larpico: nuevas claves para la salud psico- social en las organizaciones. núm. 2 (2022), pág. 5.

lores superiores de nuestro ordenamiento la libertad y la igualdad. En consecuencia, los poderes públicos conforme al artículo 9.2 deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, reconoce en su artículo 10 la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social. De forma seguida el artículo 14 expresamente consagra el principio de igualdad, y a continuación garantiza, en los artículos 15 y 17, los derechos a la vida y la integridad física y a la libertad y seguridad. Siendo la base fundamental el artículo 15 del texto constitucional que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que la persona pueda estar sometida a tratos degradantes.

Así el legislador español para promover la igualdad por razón de género y combatir la violencia contra las mujeres ha adoptado un conjunto de normas sobre las que se conceptualizan los conceptos de la violencia y el acoso sexual como categorías distintas dentro del fenómeno de la violencia laboral, entre las que destacan la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁸; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)⁹; y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIITND).

En relación con la materia ya la Recomendación General 35 2017 del CEDAW sobre la violencia por razón de género contra la mujer desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas. Así como el Pacto de Estado contra la Violencia de Género adoptado en el Congreso de los Diputados y en el Senado, cuya aprobación culminó en diciembre de 2017 con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de las administraciones, autonómicas y locales, también reconoció la magnitud de los desafíos para la prevención y la adecuada respuesta frente a las violencias sexuales y estableció medidas transversales importantes para la protección de las víctimas.

Por último, ha de señalarse que el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, expresa su preocupación por la concentración de esfuerzos en la violencia en el seno de la pareja en detrimento de otras formas de violencia, en particular la violencia sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina, cuestiones a las que esta ley hace frente. En la misma línea el GREVIO identifica una serie de cuestiones que requieren acción urgente, tales

como fortalecer las medidas para prevenir y combatir la violencia que afecta a mujeres expuestas a discriminación interseccional; reforzar la formación de profesionales como agentes policiales, trabajadores de la salud y docentes, y evaluar las diferentes capacitaciones disponibles para el poder judicial; mejorar la prestación de servicios de apoyo, en particular mediante la adopción de medidas efectivas para garantizar una provisión de alojamiento suficiente; o reforzar el marco legal sobre violencia psicológica, acoso, violencia sexual, acoso sexual y mutilación genital femenina. Todo ello son cuestiones a las que la ley da respuesta.

Sobre el citado marco en el ordenamiento laboral español se da un paso más con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) nace con el objetivo de garantizar y proteger de forma integral el derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales. Con el objeto de establecer la garantía de prevención, detección, sensibilización y sanción de las violencias sexuales, la LOGILS prevé la adopción y puesta en práctica de políticas interdisciplinarias efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a todos los niveles en nuestro estado. Siguiendo lo especificado en el art. 4.2 del Convenio 190 OIT. Uno de los nuevos aspectos abordados por la LOGILS⁴ es el relativo a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica.

La violencia sexual se define en el art. 3 de la LOGILS como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”. De ahí que se haya afirmado que “la norma enumera un listado *numerus apertus* de manifestaciones de violencia sexual”⁵.

4 FRANCESC DE P. JUFRESA PATAU, F DE P., GARCÍA ACEITUNO, A. Y SANTAMANS HURTADO, J.: Comentarios de urgencia a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, Disponible en: Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 69/2023. BIB 2316.

5 ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?». Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. N. 472 (2023), pág. 105.

En su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños. Se trata de un problema social que exige una respuesta social. En ese camino y fruto de las políticas de protección debe establecerse procesos flexibles para que su vida laboral se vea lo menos afectada por su consideración de víctimas. Téngase en cuenta que el empresario no desconoce la situación de vulnerabilidad de las víctimas sexuales y, por ello, deben garantizarse medidas que protejan a las víctimas de posibles barreras que impliquen discriminación tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo de este. No olvidemos la obligación de protección sobre las mismas que rige por parte del empresario como responsable de la misma.

Precisamente dentro de la esfera de la protección social a las víctimas la bonificación del 100% de las cuotas empresariales para el contrato del sustituto de la víctima es, sin duda, una medida adecuada de protección y con claro impacto en el caso de este colectivo vulnerable por evidentes razones.

Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, integrándose también en la política exterior española; y, siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia.

III. BONIFICACIÓN DE LA CUOTA EMPRESARIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CONTRATO DE SUSTITUTO/A DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL

Conforme a la. DA 9ª del RDL 1/2023 “Los contratos de duración determinada que se celebren con personas desempleadas para sustitución de trabajadoras vícti-

mas de violencia de género o de **violencias sexuales** que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo darán derecho a las bonificaciones previstas en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, a dichas bonificaciones le serán de aplicación el capítulo I de disposiciones generales de este real decreto-ley, así como las normas comunes a las bonificaciones en la cotización previstas en la sección 3.ª del capítulo II del mismo”⁶.

En relación con lo anterior, los artículos 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004 y 38.3 de la Ley Orgánica 10/2022, establecen lo siguiente: “Las empresas que formalicen contratos de interinidad, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo”.

Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan preciar por razón de discapacidad.” Conforme al artículo 38.3 Ley Orgánica 10/2022, sobre derechos laborales y de Seguridad Social. Las empresas que formalicen contratos de sustitución, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

La norma refuerza la protección para el momento de la reincorporación de la trabajadora víctima de violencia sexual, contemplando el derecho de las víctimas de violencias sexuales a “recibir los apoyos que precisen por razón de su discapacidad” (art. 38.1 de la LOGILS).

Respecto de la situación de víctima sexual es necesario en la misma medida justificar la condición de víctima sexual mediante la correspondiente documentación acreditativa.

6 MONTROYA MELGAR, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Cuestiones básicas sobre la regulación del empleo, Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 265/2023. BIB 2023/25.

La acreditación se puede producir de forma administrativa, por sentencia o por cualquier otro título.

La acreditación administrativa se realiza mediante el informe de los servicios sociales, de los servicios especializados de acogida destinados a las víctimas de violencia sexual de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los casos de la actuación inspectora.

Mediante sentencia recaída en el orden correspondiente.

O bien por el título debido.

En el caso de la empresa beneficiaria de la bonificación también debe cumplir unos requisitos específicos.

Pueden ser beneficiarios las empresas u otros empleadores, las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo y las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

Para poder acceder a los incentivos deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
- Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.
- No haber sido inhabilitado para obtener subvenciones y ayudas públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- No haber sido excluido de acceso a ayudas, subvenciones, bonificaciones por la comisión de infracciones graves o muy graves establecidas en la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el orden Social).
- Contar con un Plan de Igualdad para las empresas de más de 50 personas trabajadoras.
- Mantener a la persona destinataria del incentivo al menos tres años des de la fecha de inicio del contrato o transformación.

A los efectos de medir el mantenimiento de empleo no deben tenerse en cuenta las extinciones por causas objetivas, despidos disciplinarios no declarados o reconocidos improcedentes, despidos colectivos, dimisión, jubilación, muerte, incapacidad, resolución del período de prueba, expiración del contrato de formativo, fin de llamamiento del contrato fijo discontinuo y contratos de discapacitados de centros especiales que pasen a ser contratadas por una empresa.

En caso de que se incumpla el requisito del mantenimiento de empleo, la empresa deberá devolver todos los beneficios aplicados en las cuotas, con recargo e intereses de demora.

No obstante, quedan excluidos de la solicitud de los beneficios derivados de la contratación de este colectivo los siguientes supuestos:

- Relaciones laborales de carácter especial.
- Contrataciones que afecten a cónyuge, ascendientes, descendiente y demás parientes hasta segundo grado del empresario o de quienes tengan el control de la sociedad.
- Contrataciones con personas que en los doce meses anteriores hubieran prestado servicio en la misma empresa mediante contrato indefinido o en los últimos seis meses en caso de ser con contrato temporal.
- Personas que hayan causado baja con un contrato indefinido en un plazo de tres meses previos a la contratación bonificada.
- Los empleadores que hayan realizado despidos reconocidos o declarados improcedentes o por despido colectivo contratos incentivados quedarán excluidos. durante doce meses.
- Las contrataciones a tiempo parcial con jornada inferior al 50%.
- Las empresas que trasladen su actividad a países que no formen parte de la Unión Europea deberán devolver las bonificaciones.

La Tesorería General de la Seguridad Social dictó el BNR 11/2023, instrucción relativa a al RDL 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. En este nuevo BNR se recuerdan los incentivos a la contratación incluidos en la en el RDL 1/2023 que entraron en vigor el 1 de septiembre del presente año y establece las condiciones para su aplicación en el sistema RED. Entre su contenido destacamos que en relación con la cuantía y la duración de las bonificaciones tienen que realizarse actuaciones concretas.

Con ello las víctimas de violencia de género, de violencias sexuales y de trata de seres humanos todas recogidas en el artículo 16 del RDL 1/2023 se identifican a través de los valores 7, J o M del campo EXCLUSIÓN SOCIAL/VÍCTIMA VIOLENCIA, según la tabla que a continuación se muestra:

7: VICTIMA VIOLENCIA DE GÉNERO

J: VICTIMA TRATA SERES HUMANOS

M: VICTIMA VIOLENCIA SEXUAL

Peculiaridad de cotización: TPC 16, FRACCIÓN CUOTA 01 y COLECTIVO INCENTIVADO:

1440: VICTIMAS VIOLENCIA GENERO

1442: VICT.T.SERES HUM/EXP.SEX-LAB/PROST

1443: VICTIMAS VIOLENCIA SEXUAL

IV. OTRAS MEDIDAS LABORALES CONTENIDAS EN LA LEY 10/2022

La LOGILS establece un conjunto de medidas laborales⁷ que de manera panorámica conviene recordar y que se recogen de los arts. 38 a 41 de la norma, se trata de medidas “específicamente diseñadas para atender la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas de violencias sexuales, tanto cuando estas se han producido en el ámbito laboral propiamente dicho como cuando han tenido lugar al margen del mismo, pero producen efectos perjudiciales en el desarrollo del trabajo”⁸.

Las medidas se extienden a la trabajadoras víctimas con independencia de su carácter laboral, funcionarial o autónomo.

Estas medidas podemos resumirlas en las siguientes:

- Medidas orientadas a facilitar la continuidad de la relación laboral y la presencia a través de mecanismos de ordenación flexible del tiempo y del lugar de trabajo y que comprenden:
 - o La reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario.
 - o La reordenación de su tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.
 - o La modificación del lugar de trabajo posibilitando tanto la movilidad geográfica, como únicamente el cambio de centro de trabajo.
 - o La adaptación de su puesto de trabajo y el acceso o paralización del trabajo a distancia.
 - o La aplicación de medidas de apoyo que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación.
 - o La consideración del despido nulo en determinados supuestos.
- Medidas se orienta a favorecen la separación de la mujer del entorno laboral:
 - o La suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo.
 - o El cese definitivo de la relación laboral extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Conforme a la nueva normativa y a los efectos de su oportuna adaptación en el Estatuto de los Trabajadores (ET)⁹ la disposición final decimocuarta de la LOGILS

7 NIETO ROJAS, P. «Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Sexual». Blog Foro de Labos. Fecha de publicación: 5 de septiembre de 2022 (consultado:2/10/2023).

8 MARTÍN TOVAR, P. «La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el ámbito laboral». Diario La Ley. N. 1055 (2022).

9 Sobre esta cuestión véase: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: «La garantía integral de la libertad sexual en las relaciones laborales», *RM TES*, núm.155, 2023, págs. 155 y ss.

dispone la incorporación de la expresión “violencia sexual” en los arts. 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) o 55.5.b). con las siguientes consecuencias:

- Se añade la violencia sexual entre las causas que permiten la interrupción del cómputo del periodo de prueba (cuando exista acuerdo entre las partes) y de los contratos formativos.
- Posibilidad de adaptación del horario de trabajo.
- La incorporación del trabajo a distancia total o parcialmente.
- El cambio del centro de trabajo con las limitaciones reconocidas en el propio ET conforme al art. 40.4ET.

Es importante valorar que la norma sigue la teoría de que la reincorporación de las víctimas es indispensable para la normalización y reinserción de la víctima. Por ello, extiende su protección al momento de la reincorporación de la trabajadora víctima de violencia sexual, contemplando el derecho de las víctimas de violencias sexuales a “recibir los apoyos que precisen por razón de su discapacidad” (art. 38.1 de la LOGILS). Por supuesto, en las mismas condiciones que se produjo la suspensión del contrato de trabajo con los ajustes precisos necesarios por su discapacidad. Recuérdese sobre esta cuestión la doctrina del TJUE en el marco de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁰.

Como ya antes indicamos las medidas también se refieren a las trabajadoras funcionarios víctimas de violencia sexual de la misma forma que las trabajadoras laborales, por el art. 40. 1 de la LOGILS repercute directamente modificando los artículos 89.1 d) y 89.5 del Estatuto Básico del Funcionariado Público. En este caso, las funcionarias víctimas no tienen que acreditar un tiempo mínimo de servicios previos ni de permanencia. La duración de la excedencia oscila, igual que para las trabajadoras por cuenta ajena entre seis y dieciocho meses con reserva del puesto de trabajo, siendo el periodo de excedencia computable a efectos de antigüedad. Con la salvedad de que las funcionarias víctimas tienen derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo, durante los dos primeros meses de la excedencia.

El apartado 4 del art. 38 de la LOGILS regula las ausencias o faltas de puntualidad de la víctima sexual que tendrán carácter remunerado cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda en cada caso. Por supuesto, permanece la obligación por parte de la trabajadora víctima de violencia sexual de comunicar en el menor tiempo posible a la empresa dichas ausencias. Si

10 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. «Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: impacto sociolaboral (comentario de urgencia), Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales». Fecha de publicación: 7 de septiembre de 2022 sobre los ajustes razonables.

bien la Ley no establece el proceso de comunicación cómo y en qué forma, lo que para algunos autores supone que la literalidad de la norma “a la mayor brevedad” puede comportar dificultades para la víctima¹¹ y que pueden ocasionar problemas de organización a las empresas.

Otra medida relevante, es la extinción voluntaria del contrato de trabajo regulada en el art. 49.1.m) del ET.

La garantía de protección frente a posibles despidos disciplinarios, en la misma forma que en el artículo 7.3 de la LOI se establecen como discriminatorios los despidos por acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Téngase en cuenta que la ley prevé la nulidad del despido objetivo y disciplinario de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral

Por último, respecto de las trabajadoras autónomas víctimas de violencia sexual cuya situación es, sin duda, aún más vulnerable, se reconoce a las trabajadoras autónomas económicamente dependientes víctimas de violencias sexuales:

- El derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral conforme al artículo 14.5 de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA).
- A interrumpir su actividad, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral en el artículo 16.1.f del LETA.
- A extinguir la relación contractual en el art. 15.1.g del LETA.

11 ESPEJO MEGÍAS, P. «La tutela laboral del derecho a la libertad sexual...», cit., pág. 117.

Capítulo XII.

Derechos laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia sexual

González García, S.

Profesor Titular de Universidad. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3729>

Sumario: I. La garantía integral de la libertad sexual: 1. Ámbito de aplicación. 2. El carácter integral y transversal de la norma. II. Derechos laborales: 1. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena: 1.1. Los derechos laborales que reconoce la Ley de garantía integral de la libertad sexual. 1.2. La relación con la Ley LGTBI. 2. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia. 3. Derechos reconocidos a las funcionarias. III. Derechos en materia de seguridad social. IV. Conclusiones.

I. LA GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Ha llovido desde entonces, a raíz de las movilizaciones y acciones que se habían llevado a cabo para visibilizar el problema de la violencia sexual, el legislador decidió reaccionar y aprobó una norma interseccional que se encuentra en sintonía con la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia); y va más allá del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («Ley contra la violencia de género»): la Ley de garantía integral de la libertad sexual o LOGILS.

La LOGILS tiene por objeto «la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales» (artículo 1.1). Y su finalidad es «la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y

autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual» (artículo 1.2). La norma «coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las administraciones públicas en la posición de garantes de los mismos», incluyendo «la perspectiva de género e interseccionalidad como prisma desde el que garantizar que todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas, se adecúan a sus diversas necesidades y respetan y fortalecen su autonomía» (así se indica en el Preámbulo).

1. Ámbito de aplicación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 LOGILS, el ámbito de aplicación objetivo de la norma comprende las violencias sexuales, que se definen «como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital», y, en todo caso, «los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual», prestando «especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos». También se considera «incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales».

El ámbito de aplicación subjetivo y espacial se proyecta sobre «las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares prevista en el artículo 51, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles» (artículo 3.2).

La norma trata de alinearse con la LOPIVI, cuando la violencia se ejerce contra niñas, niños y adolescentes (artículo 3.3); y con la Ley contra la violencia de género,

a la que se refiere en repetidas ocasiones a lo largo de su articulado (y que modifica en su disposición final novena).

Conviene observar que, aunque existe una estrecha relación entre la LOGILS y la Ley contra la violencia de género, tienen un ámbito de aplicación distinto. La Ley contra la violencia de género tiene por objeto «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1.1). Y, dentro de este ámbito, establece «medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia» (artículo 1.2). La violencia de género «comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (artículo 1.3). Por lo que hay violencias sexuales que no son violencia de género (cuando falte el componente del género o la relación de afectividad)¹ y viceversa (cuando no se vea comprometida la libertad sexual).

2. El carácter integral y transversal de la norma

La LOGILS consta de un título preliminar, ocho títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y veinticinco disposiciones finales. La norma tiene un carácter integral (el legislador emplea esta palabra en 114 ocasiones) y transversal (incorpora 16 disposiciones finales que modifican 16 leyes distintas de naturaleza administrativa, penal, procesal, laboral, etc.)

Dejando a un lado la polémica que ha suscitado la vertiente penal de la Ley (y su ulterior reforma)², en clave laboral cabe distinguir dos bloques: 1) la regulación de los deberes de prevención y sensibilización; y 2) la incorporación de una serie de derechos laborales y de Seguridad Social que tienen como finalidad proteger a las víctimas de las violencias sexuales³.

1 RAMOS QUINTANA, MARGARITA ISABEL: «Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales», *Trabajo y Derecho*, núm. 99, 2023.

2 Veáse, por ejemplo, El Mundo, Así queda la ley del 'sí es sí' tras la reforma», de 21 de abril de 2023, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2023/04/21/644251e1fdddffbf238b457e.html>.

3 MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO: «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como Ley del sí es sí)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 33, 2022, págs. 27-28.

El primer bloque comprende la regulación de los deberes de prevención y sensibilización e implica para las empresas la obligación de: a) promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, b) arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital, c) promover la sensibilización y ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio; y d) incluir en la valoración de riesgos de los puestos de trabajo la violencia sexual.

El segundo bloque incorpora una serie de derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencias sexuales, equiparándolas a las víctimas de violencia de género o de terrorismo.

En este capítulo se examina el contenido de los derechos del segundo bloque.

II. DERECHOS LABORALES

El capítulo II (Autonomía económica, derechos laborales y vivienda) de la LOGILS atribuye a las víctimas de violencias sexuales los mismos derechos laborales que a las víctimas de violencia de género, esto es, derecho «a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo» (artículo 38.1).

A este respecto, las disposiciones finales 14^a y 16^a introdujeron las oportunas modificaciones oportunas en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 28 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Estos cambios se vieron acompañados de la correspondiente modificación, entre otros, del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, a través de las disposiciones finales 15^a y 11^a.

Asimismo, los artículos 21, «Derechos laborales y de Seguridad Social» y 22, «Programa específico de empleo», de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre,

de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pasaron a disponer de los mismos epígrafes y contenidos, respectivamente, que los artículos 38 y 39 de la LOGILS (disposición final 9ª).

1. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena

La LOGILS reconoció una serie de derechos laborales en su artículo 38 que, con motivo de la adopción de la Ley LGTBI, han desaparecido del texto del Real Decreto Legislativo 2/2015. Con el propósito de explicar qué es lo que dice una y qué es lo que elimina la otra (y porqué) se ha optado por dividir este apartado en dos: a) los derechos que reconoce la LOGILS; y b) la relación con la Ley LGTBI.

1.1. Los derechos laborales que reconoce la LOGILS

En consonancia con los derechos que se reconocen en el artículo 38.1 LOGILS, la disposición final 14ª de la norma modificó inicialmente el Real Decreto Legislativo 2/2015, introduciendo en los artículos 37.8 (reducción de jornada y trabajo a distancia), 40.4 (traslado o cambio de centro de trabajo y, en su caso, regreso al puesto de trabajo), 45.1.n) (causas de suspensión), 49.1.m) (causas de extinción), 53.4.b) (nulidad del despido objetivo) y 55.5.b) (nulidad del despido disciplinario) distintas expresiones para incluir a las víctimas de violencias sexuales (se olvidó quizá de modificar dentro de este primer bloque los artículos 11.4 b) y 14.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, incorporando la violencia sexual como causa de interrupción de la duración de los contratos formativos o como motivo para paralizar el periodo de prueba)⁴.

En los artículos 37.8 (reducción de jornada y trabajo a distancia) y 40.4 (traslado o cambio de centro de trabajo y, en su caso, regreso a su puesto de trabajo) se hacía referencia a las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctima de violencias sexuales.

De acuerdo con la redacción que se introdujo en el artículo 37.8, sobre descanso semanal, fiestas y permisos: «Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctima de violencia de género, de violencias sexuales o de terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del sala-

4 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Temas laborales*, núm. 155, 2023, págs. 11-37.

rio o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona».

Por su parte, el artículo 40.4, relativo a la movilidad geográfica disponía: «Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, de víctimas del terrorismo o de víctimas de violencias sexuales, que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo». En estos supuestos, la empresa estaba -y sigue estando- obligada a comunicar a las personas trabajadoras las vacantes existentes en ese momento o las que se pudieran producir más adelante. El traslado o el cambio de centro de trabajo podía una duración inicial de entre seis y doce meses, durante los cuales la empresa tenía la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban las personas trabajadoras. De modo que, terminado este periodo, las personas trabajadoras podían optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, la continuidad en el nuevo -decayendo en este caso la obligación de reserva-, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

La redacción que introdujo la LOGILS permitía que las víctimas de violencia de género y de violencias sexuales optasen primero por la movilidad geográfica para, posteriormente, proceder a la extinción con derecho a indemnización y, en su caso, a desempleo⁵, trasladando la carga de esta figura indemnizatoria a las empresas, algo que a juicio del Consejo Económico y Social no era razonable⁶. En sentido contrario, se sostenía que la superior protección que establecía la norma no pretendía garantizar su estabilidad laboral, sino más bien su propia protección o asistencia personal⁷. Aunque la norma no fijase plazo alguno ni de ejercicio de

5 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Brief AEDTSS*, 2022.

6 Consejo Económico y Social: Dictamen 4/2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

7 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *cit.*, p. 23, que se apoya, en QUIRÓS HIDALGO, JOSÉ GUSTAVO: «La dimensión sui generis de la trabajadora víctima de violencia de género», *AL* núm. 11, 2008, pág. 1327.

esta opción ni de preaviso en su comunicación, el interés superior de los bienes jurídicos protegidos parecía justificar una redacción abierta. Posteriormente, la Ley LGTBI eliminó las violencias sexuales del articulado del Real Decreto Legislativo 2/2015 y modificó el último inciso del apartado 4º, reduciendo la duración inicial del traslado o cambio de centro de trabajo a seis meses y eliminando la extinción indemnizada.

En los artículos 45.1.n) [causas de suspensión, «Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual»], 49.1.m) [causas de extinción, «Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual»], 53.4.b) y 55.5.b) [nulidad del despido objetivo y del disciplinario, «de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral»], al compartir precepto solo con las víctimas de violencia de género, se prefirió la expresión trabajadora víctima de violencia sexual.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 45.1 n) se incluyó entre las causas de suspensión del contrato la «Decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual».

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.1 m) se incluyó entre las causas de extinción del contrato la «decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual»

El artículo 53.4 b), dentro de la forma y los efectos del despido objetivo, establecía la nulidad de la decisión extintiva «de las trabajadoras víctimas de violencia de género, o de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral».

El artículo 55.5 b), relativo a la forma y efectos del despido disciplinario incorporaba dentro de los supuestos de nulidad de la decisión extintiva «el de las trabajadoras víctimas de violencia de género, o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral».

La LOGILS no modificó el artículo 108.2.b) LRJS, que hacía referencia a la nulidad en caso de despido de la trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de sus derechos laborales (no se incorporó a las víctimas de violencias sexuales); y tampoco el artículo 122.2.d), relativo al despido por causas objetivas.

En el caso de las víctimas de violencias sexuales -al igual que las víctimas de violencia de género- se planteaban dos opciones: el despido nulo o procedente. La idea era la siguiente: si el empleador no lograba acreditar las causas de despido disciplinario u objetivo, el despido era nulo. De este modo, se proporcionaba una mayor protección a las víctimas, ya que únicamente tenían que acreditar que el despido coincidía cronológicamente con la situación de violencia, sin necesidad de demostrar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental⁸ (se desplazaba la carga de la prueba al empresario, que debía acreditar la existencia de una causa disciplinaria sólida y bastante que justificase el despido⁹ y lo mismo, con mayor dificultad si cabe, cuando alegase causas objetivas¹⁰).

Hay que tener en cuenta que la nulidad del despido supone la condena «a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir» (artículo 113 de la Ley 36/2011), una opción que podía no ser la más conveniente si el agresor había sido el empresario u otro trabajador de la empresa: la víctima tendría que optar entre una readmisión indeseada, por la extinción prevista en el artículo 49.m) del Real Decreto Legislativo 2/2015 (víctimas de violencia de género o violencias sexuales) o por la extinción causal (indemnizada) del artículo 50 del Real Decreto Legislativo 2/2015 (por voluntad del trabajador).

El artículo 38.4 LOGILS también se refiere a las «ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales» y señala que estas «se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad». La principal novedad se encuentra en este caso en la remuneración de las referidas ausencias y faltas, que también se introduce en la Ley contra la violencia de género, sin que se reforme el Real Decreto Legislativo 2/2015 incorporando este derecho laboral dentro de los permisos retribuidos¹¹. Conviene observar que dentro de las ausencias o faltas de puntualidad cubiertas se incluyen las que tienen su origen en la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual, sin perjuicio de que los convenios colectivos o los planes

8 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *cit.*, pág. 24.

9 SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE y BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO LEANDRO: «Protección en el ámbito social», en AA.VV.: *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2014, pág. 494.

10 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *cit.*, pág. 25.

11 ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *cit.*, pág. 30.

de igualdad puedan ampliar el contenido de este derecho, incluyendo las comparencias ante la policía, el juzgado o la Administración (para obtener ayudas)¹². La víctima tendría que entregar a la persona empleadora su acreditación como víctima de violencia sexual, el justificante de los servicios sociales o de salud; o cuando así lo estime la empresa, una justificación de los servicios sociales acreditando que la trabajadora se encuentra en una situación inestable y problemática, indicando la fecha de inicio y de finalización¹³.

1.2. La relación con la Ley LGTBI

La Ley LGTBI eliminó en su disposición final 14^a las referencias a las víctimas de violencias sexuales que se incluían en los artículos 37.8, 40.4 y 5, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, por lo que el artículo 38.1 LOGILS se remitía en su mayoría a una regulación que ya no existía. Únicamente se mantenían -de forma expresa- los derechos que el artículo 38 reconoce y no remite al Real Decreto Legislativo 2/2015, entre los que se incluyen la suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo de una duración máxima de hasta 18 meses, la justificación de las faltas y su remuneración y las medidas de protección social (sin perjuicio de que se mantengan los derechos relativos a las trabajadoras autónomas que se reconocen en la Ley 20/2007).

La desaparición de la referencia a las víctimas de violencias sexuales en los referidos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015 parecía deberse a la existencia de dos normas que compartían espacio y modifican, a su vez, el contenido de otras de aplicación general, lo que en este caso generaba lugar a una cierta descoordinación¹⁴.

La LOGILS reformó el Real Decreto Legislativo 2/2015 con el propósito -como indica en su preámbulo- de «introducir diversos derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales, en la línea de lo previsto en la normativa actual para las víctimas de violencia de género». En este sentido, se daba una nueva redacción a los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015 (disposición final 14^a), del Real Decreto Legislativo 5/2015 (disposición final 15^a) y del Real Decreto Legislativo 8/2015 (disposición final 16^a), a los que ya se ha hecho referencia.

12 MATEU CARRUANA, MARÍA JOSÉ: *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 50.

13 MATEU CARRUANA, *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, pág. 49.

14 GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA: ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?, El foro de labos, disponible en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>, consultado por el última vez el 5 de junio de 2023.

La Ley LGTBI devolvió los artículos del Estatuto de los Trabajadores a la versión vigente antes de septiembre de 2022. Las víctimas de violencia sexual desaparecieron de los artículos 37.8, 40.4, 40.5, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) 9 y 55.5.b) Real Decreto Legislativo 2/2015 (en virtud de lo dispuesto en su disposición adicional decimocuarta).

El proyecto de la LOGILS que arrancó en julio de 2021 anunciaba en una de sus disposiciones finales que se «pretendía introducir diversos derechos laborales para las víctimas de violencias sexuales, en la línea de lo previsto en la normativa actual para las víctimas de violencia de género». El objetivo -que se mantuvo durante toda la tramitación de la Ley- era equiparar a las víctimas de las violencias sexuales con las de violencia de género o terrorismo e introducir un nuevo derecho de rescisión indemnizada para todos ellos en los casos de movilidad geográfica.

Por su parte, el proyecto de Ley LGTBI que se presentó en el Congreso a finales de junio de 2022¹⁵ pretendía, conforme a lo dispuesto en su preámbulo, dotar a las «personas LGTBI que sufran violencia en el ámbito familiar o violencia intragénero de los mismos derechos laborales que las víctimas de violencia de género». A estos efectos, el artículo 3 o) recogía la siguiente definición de violencia intragénero en su texto inicial: «violencia en sus diferentes formas, como física, psicológica, económica o sexual, entre otras, que se produce en el seno de las relaciones afectivas y sexuales entre personas del mismo sexo y/o género y que constituye una manifestación de poder cuya finalidad es dominar y controlar a la víctima». Y el artículo 65 recogía una serie de «Medidas de protección frente a la violencia en el ámbito familiar y frente a la violencia intragénero», entre las que se incluía el reconocimiento a las víctimas de los «derechos laborales y de Seguridad Social que se atribuyen a las víctimas de violencia de género en el artículo 21 de la Ley contra la violencia de género. De ahí que en la disposición final 15ª se propusiese la modificación de los artículos 37.8, 40.4 y 5, 45.1 n), 49.1 m), 53.4 b), 55.5 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015.

En el debate de la comisión se presentaron distintas enmiendas por los grupos Socialista (enmiendas 18 y 43) y Popular (enmiendas 318 y 323). Las enmiendas del grupo Socialista sostenían la innecesaria introducción de la noción de violencia intragénero pues «la actual regulación de la violencia doméstica y de la violencia de género da cobertura a todos los supuestos y trae causa de la igualdad entre hombre y mujeres»; y «la regulación de la violencia intragénero genera un plano de protección superpuesto que induce a confusión». Por lo que se proponía la supresión de

15 Presentado el 29/06/2022, calificado el 08/09/2022 y publicado el 12/09/2022 (Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - XIV Legislatura núm. 113-1), disponible en: https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000113.

la definición prevista en el artículo 3 del proyecto (enmienda 18); y la eliminación de las referencias que se hacían a ella en las normas de Real Decreto Legislativo 2/2015 mediante la disposición final 15ª (enmienda 43). Las enmiendas del grupo Popular coincidían en cuanto al contenido, pero no recogían otra justificación que la existencia de una mejora técnica. En la Comisión de igualdad se aprobaron estas enmiendas, de modo que en el texto definitivo desapareció la violencia intragénero.

La tramitación parlamentaria dio lugar a que se produjese una contradicción con respecto a la redacción de los artículos 37.8, 40.4, 40.5, 45.1 n), 49.1 m), 53.4 b) y 55.5 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015: la LOGILS reconocía unos derechos a las personas víctimas de violencias sexuales que la Ley LGTBI parecía suprimir en su disposición final 14ª¹⁶.

La Disposición final novena de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencial equilibrada de mujeres y hombres, ha cambiado la redacción de los artículos 37.8, 40.4, 40.5, 45.1 n), 49.1 m), 53.4 b) y 55.5 b) e incorpora ahora a las víctimas de violencia sexual.

2. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia

La LOGILS incluye dentro de su ámbito de protección a las trabajadoras autónomas y, en especial, a las económicamente dependientes, en cuando a la posibilidad de suspender o adaptar su horario.

La disposición final 11ª LOGILS modifica varios preceptos de la Ley 20/2007 con el fin de equiparar la violencia sexual con la violencia de género (artículos 14.5, 15.1.g) y 16.1.f).

En este sentido, el artículo 14.5 (jornada) queda redactado como sigue: «La trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de violencia de género o de violencias sexuales tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral». De esta forma se reconoce un derecho que, teniendo en cuenta las características del trabajo por cuenta propia, estaría igualmente presente.

La nueva redacción del artículo 15.1 g), relativo a las causas de extinción del contrato de los trabajadores económicamente dependientes, incluye la extinción «Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencias sexuales».

16 GOERLICH PESET, ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?, *cit.* Véase también, CABERO MORÁN, ENRIQUE: «Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales», *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022.

Finalmente, el artículo 16.1 f), relativo a las causas de interrupción, incorpora entre sus supuestos: «La situación de violencia de género o de violencias sexuales, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral».

Conviene observar que el Proyecto de Ley LGTBI no contenía nada más que una modificación de la Ley 20/2007 (disposición final 10ª) y esta afectaba al artículo 4.3.a) que no se refería a la violencia intragénero. De ahí que, posiblemente, se haya mantenido la protección que dispensa la LOGILS. La disposición final décima de la Ley Orgánica 2/2024, incorpora ahora a las víctimas de violencia de género dentro de estos preceptos.

3. *Derechos reconocidos a las funcionarias*

El artículo 40 LOGILS concede similares derechos a las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales: 1) les reconoce el derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica; 2) con respecto a las «ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad»; y 3) en cuanto a la «acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo», indica que «se realizará en los términos establecidos en el artículo 37», como sucede con el resto de las víctimas.

La disposición final 15ª LOGILS modificaba los artículos 49.d) (permisos), 82.1 (movilidad por razón de violencia de género) y 89.1 y 5) (excedencias).

Al igual que en el Real Decreto Legislativo 2/2015 y, quizá por idéntico motivo (la supresión de los apartados que se refieren a la violencia intragénero) la Ley LGTBI en su disposición final 16ª (que en el proyecto inicial publicado el 12 de septiembre de 2022 era la disposición final 17ª) parecía eliminar del Real Decreto Legislativo 5/2015 las referencias que se incluían en los artículos 49.d), 82.1, y 89.1 y 5) y devolvía a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público a su redacción anterior a la LOGILS. La disposición final décima de la Ley Orgánica 2/2024, incorpora ahora a las víctimas de violencia de género dentro de estos preceptos.

III. DERECHOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las medidas de Seguridad Social en favor de las víctimas de violencia sexual se encuentran recogidas en los siguientes artículos:

a) En el artículo 38 apartados 2, 3 y 5, en materia de Seguridad Social

En primer lugar, el artículo 38.2 de la ley establece que «Las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

En segundo lugar, el artículo 38.3 incorpora una bonificación del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social por contingencias comunes cuando se formalicen contratos de interinidad (ahora de sustitución), siempre que se celebren con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. En estos casos, la norma advierte que cuando se produzca la reincorporación «esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad».

Finalmente, el artículo 38.5 LOGILS señala que «las víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta».

b) En los artículos 39.2 y 41, donde se recoge un programa específico de empleo y ayudas de contenido económico.

El artículo 39 LOGILS prevé la inclusión de un programa de acción específico para las víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo en los planes anuales, mencionando la adopción de medidas destinadas a favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia. En particular, el artículo 39.2 LOGILS dispone: «Las trabajadoras desempleadas que hayan sufrido violencias se-

xuales, así como las trabajadoras autónomas que hubiesen cesado su actividad por ser víctimas de violencias sexuales, tendrán derecho, en el momento de demandar un empleo, a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 41, así como a participar en programas específicos de inserción laboral».

La LOGILS, en su artículo 41, crea y regula ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y cuyo procedimiento de concesión será regulado por real decreto (apartado 3): «Cuando las víctimas de violencias sexuales careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda económica equivalente a seis meses de subsidio por desempleo. En el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, cuando ésta no obtenga rentas superiores, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, a dos veces el salario mínimo interprofesional, recibirán en todo caso la ayuda económica descrita en este artículo» (apartado 1º).

El importe de esta ayuda «podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único o en seis mensualidades», y «podrá prorrogarse por una sola vez, siempre que sigan sin superarse los umbrales económicos descritos (...)». Además, «Cuando la víctima de la violencia sexual tuviera reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el importe será equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial». Debe observarse que, cuando la víctima tiene personas a su cargo «su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33 %, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente ley orgánica» (apartado 2º).

Estas ayudas económicas se consideran «compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Igualmente, serán compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material» (apartado 4).

El artículo 41 otorga, además, a las víctimas acreditadas de violencia sexual la consideración jurídica de víctimas de violencia de género a los efectos del artículo 2.2.c)

del Real Decreto 1369/2006 (apartado 5), por lo que podrán ser beneficiarias del programa dirigido a trabajadores desempleados menores de 65 años (apartado 5°).

c) En el artículo 54, sobre pensión y prestación de orfandad

Este precepto establece que en los casos de muerte «en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre».

d) En la disposición final decimosexta que modifica la redacción de varios preceptos del TRLGSS: apartado 5 del artículo 165; apartado 1. d) del artículo 207; tercer párrafo del apartado 1 del artículo 224; ordinal 2.º de la letra b) del apartado 1 letra b) del apartado 3 del artículo 267; segundo párrafo de la letra b) del apartado 4 del artículo 271; tercer párrafo del artículo 300; párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 329; letra d) del apartado 1 del artículo 331; letra c) del apartado 1 del artículo 332; ordinal 4.º de la letra a) del apartado 1 y la letra d) del apartado 2 del artículo 335; letra d) del apartado 1 del artículo 336; y apartado 2 del artículo 337.

El artículo 165.5 dispone que «El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.8 del texto refundido de la Ley del Real Decreto Legislativo 2/2015 para supuestos de violencia de género o violencia sexual, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave». El artículo 48.8 señala que en el supuesto previsto en el artículo 45.1.n) el periodo de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión.

El artículo 207.1.d), establece, con respecto al acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, que el trabajador debe cumplir los siguientes requisitos: a) tener cumplida una edad inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis; b) estar inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación; c) acreditar un

período mínimo de cotización efectiva de treinta y tres años, sin tener en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias (a estos efectos, solo se computa el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año); y d) que el cese en el trabajo se haya producido por una serie de causas entre las que se incluye la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género o violencia sexual (en relación con el artículo 49.1.m) del Real Decreto Legislativo 2/2015).

El artículo 224.1 señala que «Tendrán derecho a la prestación de orfandad, 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, y en todo caso cuando se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad». El importe de la 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 Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias».

Los artículos 267.1.b) y 3b) se refieren a la situación legal de desempleo. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1.b).2, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores «cuando se suspenda su contrato por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Con respecto a lo dispuesto en el artículo 267.3.b), se indica que la acreditación de la situación legal de desempleo con motivo de las situaciones que se indican en los artículos 49.1.m) y 45.1.) del Real Decreto Legislativo 2/2015 se llevará a cabo “por comunicación escrita del empresario sobre extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”.

El artículo 271.4.b) modificado por el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la trans-

posición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, relativo a la reanudación de la prestación o subsidio por desempleo, establecía en su párrafo segundo que: «Los trabajadores por cuenta propia que soliciten la reanudación de la prestación o subsidio por desempleo con posterioridad a los veinticuatro meses desde el inicio de la suspensión deberán acreditar que el cese en la actividad por cuenta propia tiene su origen en la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, fuerza mayor determinante del cese, pérdida de licencia administrativa, violencia de género, violencia sexual, divorcio o separación matrimonial, cese involuntario en el cargo de consejero o administrador de una sociedad o en la prestación de servicios a la misma y extinción del contrato suscrito entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, todo ello en los términos previstos reglamentariamente». Posteriormente se desarrolló este apartado por la disposición final 4.5 de la Ley 3/2023, manteniéndose la referencia a las víctimas de violencias sexuales. El artículo 271 se ha visto modificado por el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

El artículo 300 establecía en su apartado tercero, con respecto al compromiso de actividad: «Para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito». La disposición final 4.10 de la Ley 3/2023, elimina esta referencia y remite la definición de «acuerdo de actividad» a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 3/2023.

El artículo 329.1.b) señala que en los supuestos de cese de la actividad que se prevén en el artículo 331.1.d) no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, estándose a lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y en el artículo 38.5 LOGILS. El cese de la actividad al que se refiere el artículo 331.1.d) tendría su origen en «La violencia de género o la violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma».

El artículo 332.1.4, relativo a la acreditación legal de la situación de cese de actividad, establece que «Las situaciones legales de cese de actividad de los trabajadores autónomos se acreditarán mediante declaración jurada del solicitante, en la que se

consignará el motivo o motivos concurrentes y la fecha de efectos del cese, a la que acompañará los documentos que seguidamente se establecen, sin perjuicio de aportarse, si aquel lo estima conveniente, cualquier medio de prueba admitido legalmente»: (...) «La violencia de género o la violencia sexual, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual». Asimismo, se indica que «De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción».

El artículo 335.1.a).4º relativo al supuesto específico de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado), incluye entre los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese de actividad a aquellos que «hubieren cesado, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo y, por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación», «Por causa de violencia de género o violencia sexual, en las socias trabajadoras». Y en su apartado 2.d) señala que, en el caso de violencia de género o violencia sexual, la declaración de la situación legal de cese de actividad de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado se efectuará mediante «la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su prestación de trabajo en la sociedad cooperativa, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o el artículo 37 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. La declaración ha de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción».

El artículo 336.d) señala que «Se considerarán en situación legal de cese de actividad los trabajadores autónomos profesionales que hubieren cesado, con carácter definitivo o temporal en la profesión desarrollada juntamente con otros, por alguna de las siguientes causas: (...) d) La violencia de género o violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la profesión de la trabajadora autónoma».

Finalmente, el artículo 337.4 dispone que: «El reconocimiento de la situación legal de cese de actividad se podrá solicitar hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de actividad. No obstante, en las situaciones legales de cese de actividad causadas por motivos económicos, técnicos, productivos u organiza-

tivos, de fuerza mayor, por violencia de género, violencia sexual, por voluntad del cliente, fundada en causa justificada y por muerte, incapacidad y jubilación del cliente, el plazo comenzará a computar a partir de la fecha que se hubiere hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten la concurrencia de tales situaciones».

IV. CONCLUSIONES

La LOGILS incluyó un amplio catálogo de derechos laborales y de Seguridad Social con el fin de equipar a las víctimas de violencias sexuales con las víctimas de violencia de género y terrorismo. Reconociendo el mérito de la norma -en clave laboral- se observa, no obstante, que la velocidad que demandan los nuevos tiempos no siempre es compatible con la pausa que requiere la adopción de leyes integrales e interseccionales con vocación de permanencia. La avalancha normativa trata de responder a las necesidades del momento. Aunque en algunos casos puede llegar a generar nuevos problemas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Temas laborales*, núm. 155, 2023, págs. 11-37.
- ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Brief AEDTSS*, 2022.
- CABERO MORÁN, ENRIQUE: «Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales», *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022.
- GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA: ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?, El foro de labos, disponible en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>, consultado por el última vez el 5 de junio de 2023.
- MATEU CARRUANA, MARÍA JOSÉ: *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO: «Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como Ley del sí es sí)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 33, 2022.

- QUIRÓS HIDALGO, JOSE GUSTAVO: «La dimensión sui generis de la trabajadora víctima de violencia de género», *AL* núm. 11, 2008.
- RAMOS QUINTANA, MARGARITA ISABEL: «Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales», *Trabajo y Derecho*, núm. 99, 2023.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE y BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO LEANDRO: «Protección en el ámbito social», en AA.VV.: *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor (Thomson Reuters/ Aranzadi), 2014.

Capítulo XIII.

Las nuevas situaciones especiales de Incapacidad Temporal traídas por la Ley Organica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Lasaosa Irigoyen, E.

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

DOI: <https://doi.org/10.14679/3730>

Sumario: I. Introducción. II. Menstruación incapacitante secundaria: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades: 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Recaídas. 2.3. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. III. Interrupción del embarazo: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades. 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. IV. Gestación desde la semana trigésimo novena: 1. Definición. 2. Régimen jurídico: particularidades: 2.1. Periodo de carencia. 2.2. Dinámica de la prestación: A) Nacimiento del derecho. B) Pago del subsidio. C) Duración. V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La LOSSR vino a alterar no solo la norma que menciona su título sino también algunas otras, entre ellas la TRLGSS¹.

Este cambio en la redacción de la TRLGSS responde al objetivo de reconocer tres nuevas situaciones de incapacidad temporal que están insoslayablemente vinculadas al hecho biológico de ser mujer, para a continuación dotarlas de algunas particularidades respecto de las normas generales que rigen la IT.

1 A través de su disposición final 3ª.

En concreto se trata de las siguientes situaciones especiales de IT:

- Menstruación incapacitante secundaria.
- Interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y se esté impedida para el trabajo.
- Y embarazo desde el primer día de la semana trigésimo novena.

Para ello la aludida LOSSR ha añadido dos nuevos párrafos al art. 169.1 a) TRLGSS, precepto que contiene la determinación de lo que constituye situación de incapacidad temporal. En ellos se indica que las tres circunstancias referidas tendrán la consideración de situaciones especiales de IT por contingencias comunes.

Esta modificación en la ordenación de la IT entró en vigor el 1 de junio de 2023, tres meses después de la publicación de la LOSSR, según disponía su disposición final 17^a.

Añádase que la reforma que se comenta en las páginas que siguen no afecta únicamente al Régimen General de la Seguridad Social sino también a los Regímenes especiales: tanto a los de funcionarios², como al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar³, al RETA y al Régimen especial de la Minería del carbón⁴.

II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA

1. Definición

La primera situación especial de IT a la que alude el art. 169.1 a) TRTRLGSS en su nueva versión es aquella en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria. Aunque la actual redacción de la TRLGSS no ha incorporado una ulterior definición de esta circunstancia, el Preámbulo de la LOSSR

2 Las disposiciones finales 4^a a 9^a de la Ley Orgánica 1/2023 modifican diversas normas reguladoras de los Regímenes especiales de funcionarios, con la finalidad de introducir en ellas las mismas variaciones incorporadas a la TRLGSS. En concreto se retocan: la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio); la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio); el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo); el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre); y el Reglamento del Mutualismo Judicial (Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio).

3 La disposición final 11^a de la Ley Orgánica 1/2023 modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

4 En estos dos últimos Regímenes la prestación de IT se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el RGSS, salvo algunas particularidades. En este sentido, el Criterio de Gestión del INSS 14/2023, de 1 de junio, aclaraba que las nuevas situaciones de IT “son igualmente aplicables al RETA y al REMC”.

contiene una prolija explicación, aclarando que la menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria es aquella “que se asocia a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros”⁵. Y por su parte, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sí aporta una definición legal de la menstruación incapacitante secundaria en su art. 2.6: “Situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada”.

Especial relevancia cobra, en la literalidad del art. 169.1 a) TRLGSS, el adjetivo “secundaria”. Que expresa la idea de que la dismenorrea, es decir el dolor menstrual al que se refiere, ha de venir causado por una enfermedad previa. Si este requisito no se cumple, si el dolor no se produce en el contexto de una patología ya diagnosticada, sino que tiene carácter “primario” (o lo que es lo mismo no está asociado a una patología clínica concreta), no podrá considerarse a la trabajadora en esta situación especial de IT y por tanto no se aplicará las particularidades en el régimen protector que más adelante se expondrán⁶.

Ello no impediría, al menos en teoría, que si la mujer sufriera efectivamente dolores intensos que la incapacitasen para trabajar, su facultativo pudiera prescribirle una baja por IT; pero sería un proceso de IT sometido al régimen general y no una “situación especial”; dicho de otro modo, no se aplicaría el régimen especial de protección⁷.

Al fin y al cabo, previamente a la aprobación de la LOSSR ya era posible (y sigue siéndolo) la concesión de una baja motivada por un dolor menstrual severo incapacitante para el trabajo, sin necesidad de que aquel derive de una patología previamente diagnosticada (como la endometriosis etc.). Conviene recordar en este punto la definición genérica de la IT que recoge la TRLGSS, y que la hace corresponder

5 Enumeración no exenta de críticas; así, afirman FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, Briefs AEDTSS, núm. 15, 2023, p. 5: “tampoco acierta el legislador pues, por un lado, el síndrome de ovario poliquístico no es causa de dismenorrea por lo que sería técnicamente incorrecto y, por otro, que los pólipos sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una dismenorrea puntual y solucionable”.

6 Respecto de la distinción entre reglas dolorosas y dismenorreas secundarias *vid.* ESTEVE SEGARRA, A.: “Novedades en materia de incapacidad temporal”, *Labos*, vol. 4, núm. extraordinario, p. 52.

7 “Para estar ante la situación especial, es preciso algún tipo de informe médico que diagnostique la patología y que establezca su relación con la menstruación incapacitante” (ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, en VV. AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2022*, Laborum, Murcia, 2023, p. 208).

“a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo” (art. 169.1)⁸. Y es que en el supuesto de una trabajadora que acude a su facultativo con dolores severos e incapacitantes, sean del tipo que sean, siempre ha sido posible que este dictase su baja laboral durante los días necesarios, por causa de enfermedad común, en caso de que el tratamiento farmacológico no fuese suficiente para revertir la situación⁹, como sucede con cualquier dolor que pueda estar padeciendo una persona trabajadora. No existía ni existe impedimento para entender que tal circunstancia constituye una enfermedad o lo que es lo mismo, una alteración de la salud, a los efectos de la definición legal de la IT.

En definitiva, el cambio ahora introducido supone otorgar una protección específica a la dismenorrea secundaria, estableciendo algunas reglas particulares en el régimen jurídico de la IT.

Por otro lado, no está de más advertir que el supuesto legal alude expresamente a la menstruación incapacitante secundaria, pero no incluye todas las bajas laborales que puedan estar causadas por aquellas mismas enfermedades ginecológicas que generan la dismenorrea, como la endometriosis¹⁰.

Hay que recordar en todo caso de que el concepto de la IT requiere tradicionalmente de estos tres elementos: alteración de la salud, impedimento para el trabajo y duración limitada en el tiempo. Y que conviene prestar atención al segundo de ellos, la incapacidad para desarrollar el trabajo, para poner de manifiesto que si con la asistencia sanitaria prestada (con los medicamentos prescritos o la terapia que corresponda) se aminora el dolor lo suficiente para poder desarrollar la prestación laboral, no nos encontraremos ante una situación de incapacidad temporal, al no estar la persona realmente incapacitada para el trabajo. Cuestión distinta será, como ocurre en muchas otras patologías, el problema de determinar la gravedad del dolor referido por la paciente.

8 Al margen, claro está, de los periodos de observación por enfermedad profesional que también se consideran IT y a los que se refiere el mismo art. 169.1 TRLGSS en su apartado b).

9 Cfr. RAMOS QUINTANA, M.: “Salud sexual y reproductiva: los nuevos derechos sociales para las mujeres”, Briefs AEDTSS, núm. 14, 2023, p. 1, quien se refiere al síndrome menstrual secundario como uno de los estados biológicos de las mujeres “hasta ahora desatendidos por completo”.

10 Téngase presente que “Muchas pacientes con endometriosis no solo tienen dolor durante la menstruación, sino también durante la ovulación o a lo largo del ciclo, lo que las incapacita durante muchos días del ciclo” (DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O.: “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, cit., p.3).

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

La primera especialidad que se introduce en el régimen jurídico de la IT para esta situación se refiere a los requisitos de cotización previa.

Con carácter general, está establecido en el art. 172 TRLGSS que para acceder a la prestación de IT, además de cumplir los requisitos generales de afiliación y alta o situación asimilada al alta, es necesario haber cotizado al menos 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, siempre que la IT derive de enfermedad común (no exigiéndose ningún periodo previo de cotización en caso de contingencias profesionales o de accidente no laboral).

Pues bien, la LOSSR ha añadido en el citado artículo excepciones relativas a las tres nuevas situaciones especiales de IT con finalidad claramente protectora, buscando facilitar el acceso a la prestación a las mujeres trabajadoras. Concretamente, con relación a la menstruación incapacitante secundaria que ahora nos ocupa, no se exigirá ningún periodo mínimo de cotización, a pesar de su consideración como contingencia común.

2.2. Recaídas

El concepto de recaída, recuérdese, se define en el art. 169.2 TRLGSS. En su virtud, se entiende que el paciente beneficiario de la prestación ha recaído en un mismo proceso de IT cuando se produce una nueva baja médica debida a la misma o a similar patología, dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

La calificación de una baja médica como recaída de un proceso anterior de IT tiene una notable relevancia, básicamente porque ambos periodos se suman a los efectos de alcanzar los plazos máximos de duración fijados en el art. 174 TRLGSS (545 días naturales a los que cabe añadir la posibilidad de un periodo posterior de prolongación de los efectos económicos de la IT y solo muy excepcionalmente, de otro de demora de la calificación).

Pues bien, prescribe ahora el art. 169.2 TRLGSS que como excepción, en las bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria cada proceso se considerará nuevo, de manera que no se añade a otros anteriores a efectos del periodo máximo de duración de la IT y de su posible prórroga.

Fácilmente se comprende que esta medida está pensada expresamente para una patología muy particular, cuyos síntomas se repiten de manera cíclica aproximadamente cada 28 días.

Y es que si se aplicara la regla general, cada nuevo periodo de baja por menstruación sería una recaída del anterior, al no haber transcurrido más de 180 días, y habría que sumarlos a efectos de alcanzar la duración máxima. Ello podría dar lugar a que se consumiese la duración máxima de la IT aproximadamente al cabo de un par de años, si la condición médica de la trabajadora no mejorase. Si esto ocurriese la trabajadora debería ser examinada (en un plazo de 90 días) a efectos de la posible declaración de incapacidad permanente (art. 174.2 TRLGSS); para a continuación esperar la resolución administrativa, que previsiblemente denegaría la IP. Y entonces solamente podría generarse un nuevo derecho a la prestación de IT cuando hubiesen transcurrido más de 180 días desde la resolución denegatoria de la IP (art. 174.3 TRLGSS).

2.3. Dinámica de la prestación

En general, en la IT derivada de contingencias comunes, prescribe el art. 173 TRLGSS que el subsidio se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo. Lo que significa que durante los 3 primeros días no se recibe prestación, ni tampoco está obligado el empresario a abonar el salario (cuestión distinta es si la persona trabajadora puede percibir alguna cantidad en concepto de mejora voluntaria convencional o contractualmente establecida)¹¹. Se trata de una previsión cuya finalidad es sobre todo prevenir el fraude por parte de los trabajadores, en las bajas de corta duración.

Además y según el mismo precepto, el subsidio “estará a cargo del empresario” desde el día 4 al día 15 de la baja; lo cual constituye una reseñable particularidad dentro del sistema, puesto que se trata al fin y al cabo de una prestación de la Seguridad Social pero su coste lo tiene que asumir la empresa.

Pues bien, dispone actualmente el retocado art. 173 TRLGSS que en la situación especial de IT por menstruación incapacitante secundaria el subsidio se abonará “a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo”. Ello supone exceptuar tanto la regla general sobre la ausencia de prestación en los 3 primeros días, como la que determina quién debe sufragar la prestación hasta el día 15. Con más detalle:

A) Nacimiento del derecho

El derecho a la prestación comienza el mismo día de la baja en el trabajo.

Con tal medida se busca beneficiar a la mujer que sufre este estado patológico, el cual produce bajas frecuentes de corta duración. Si no se exceptuase la regla general

11 Mientras que en caso de AT o EP la prestación se abona desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

la persona trabajadora quedaría en una situación ciertamente precaria, expuesta a la posibilidad de tener tres días sin ingresos aproximadamente cada 28 días.

Conviene señalar que en este punto la IT por menstruación incapacitante secundaria recibe un tratamiento totalmente específico, ya que no coincide ni con el de la IT por contingencias comunes (en el que hay 3 días sin ingresos como se ha dicho), ni con el de las contingencias profesionales (en el que la prestación comienza al día siguiente al de la baja y no el mismo día como ocurre aquí). Y tampoco se aborda este supuesto igual que las otras dos situaciones especiales de IT, interrupción del embarazo y gestación desde la semana 39, en las cuales, tal y como se verá más adelante, la prestación comienza el día siguiente al de la baja.

Si por convenio colectivo o por contrato se contemplara alguna mejora voluntaria relativa a los 3 primeros días de la baja, habría que estar a su redacción; si bien en principio, cabe entender que tras la modificación de la TRLGSS la mejora ha quedado absorbida por la regulación legal¹². Lo cual resulta extensible a las otras dos nuevas situaciones especiales de IT, en las que como se expone, también se ha adelantado el nacimiento del derecho.

B) Pago del subsidio:

Como ya se ha adelantado, otra salvedad introducida en el régimen jurídico de la IT para esta situación especial consiste en que el subsidio sea a cargo de la Seguridad Social desde el inicio (es decir a cargo del INSS o en su caso de la Mutua que gestione la prestación de IT por contingencias comunes)¹³.

Téngase en cuenta al respecto que tal y como ya se ha dejado dicho, cada menstruación constituye un proceso nuevo de IT y no una recaída, por lo que este tipo de bajas siempre van a estar dentro de los 15 primeros días de la IT (en los cuales, si se aplicara la regla general, la empresa sufragaría el subsidio).

La medida se ha fijado en este caso para beneficiar a la empleadora, evitándole el coste económico que tendría que asumir abonando la prestación de IT, el cual podría redundar incluso en consecuencias indeseables consistentes en retenciones a la hora de contratar mujeres en edad fértil.

Cuestión distinta es el régimen del pago delegado, por el cual la empresa debe anticipar la prestación a la trabajadora en virtud de su obligatoria colaboración en la gestión, que se mantiene al no haber sido alterado por la reforma.

12 Al respecto *vid.* ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 214.

13 A pesar de que el nuevo art. 173 alude de manera algo imprecisa al pago “por la Seguridad Social”, el Boletín Noticias RED 7/2023, de 16 de mayo aclara que la cobertura va a cargo de “la entidad que proteja la contingencia común de los trabajadores de la empresa”.

III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

1. Definición

El art. 169.1 a) TRLGSS en su párrafo 2º configura como situación especial de IT la interrupción del embarazo, voluntaria o no, añadiendo: “mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo”.

Cabe tildar de reiterativo el último inciso, teniendo en cuenta que la necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la incapacidad para trabajar constituyen elementos configuradores de la IT con carácter general (y así se expresa en el primer párrafo del mismo precepto)¹⁴.

La alteración de la salud que incapacita a la mujer que ha interrumpido su embarazo (espontánea o voluntariamente) para la prestación de su trabajo puede ser tanto física como, por supuesto, psíquica.

En realidad, lo más relevante en la definición de esta circunstancia es la inclusión de los términos “voluntaria o no” que acompañan a la interrupción del embarazo. Y es que en principio el concepto de IT hace referencia a las enfermedades y los accidentes que se producen de manera involuntaria, por lo que el origen de la contingencia protegida, como regla general, no puede ser una decisión individual de la persona trabajadora¹⁵; lo que ha llevado a la jurisprudencia a considerar que no constituye situación protegida por la IT, por ejemplo, una intervención de cirugía estética¹⁶. Teniendo en cuenta todo ello el legislador ha querido que el art. 169.1 TRLGSS aluda explícitamente al aborto voluntario, para que no quede duda alguna de su consideración como situación protegida por la prestación de IT¹⁷.

14 Aunque tal y como se verá, en la tercera de las situaciones especiales que se han incorporado en la reforma, el embarazo desde la semana 39, ya no se incluye el requisito de estar impedida para el trabajo.

15 Al respecto *vid.* TORTUERO PLAZA, J. L.: “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal”, en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 885.

16 Por todas, STS de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012,8718). Al respecto, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020,17) aclara que lo relevante no es que la intervención a la que se haya sometido el paciente esté o no incluida en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, sino que esté motivada por enfermedad o accidente, y no por una decisión de carácter estético.

17 De todos modos cabe señalar que bajo el marco normativo anterior, en la práctica, si una mujer se sometía a una interrupción voluntaria del embarazo y acudía a su facultativo del sistema público para solicitar una baja laboral hasta que se recuperase, lo habitual era que se le prescribiera dicha baja por IT.

También conviene aclarar que, aunque el precepto legal aluda a la necesidad de estar recibiendo asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud, lo relevante es que la asistencia médica que se recibe sea controlada por el Sistema Nacional de Salud a través de los correspondientes partes de baja¹⁸, pudiendo ser tratado el paciente por la sanidad privada¹⁹.

Añádase que en la eventualidad de que la interrupción del embarazo se haya producido como consecuencia de un accidente de trabajo (una caída, por ejemplo), o por una enfermedad profesional, lógicamente tendrá la consideración de IT derivada de contingencias profesionales y no le serán de aplicación por lo tanto las particularidades de las nuevas situaciones especiales de IT por contingencias comunes, tal y como explicita actualmente el art. 169.1 a) TRLGSS.

Finalmente, cabe advertir que si se tratara de un aborto espontáneo y el feto tuviera más de 180 días de gestación, sería aplicable la previsión contenida en el art. 48.4 ET: “En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión [de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor] no se verá reducido”.

Ello es así porque el art. 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, prescribe que lo dispuesto en dicho art. 48.4 ET será de aplicación “aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad²⁰, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”. Significa ello que, tras sufrir un aborto en la fase avanzada de la gestación, la trabajadora tiene derecho a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor, así como a la prestación de la Seguridad Social correspondiente a esta contingencia, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos para ello en el art. 178 TRLGSS.

18 STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020,17) y más recientemente, STS de 19 de septiembre de 2023 (JUR 2023,366981): “lo decisivo no es si, ante una situación de enfermedad, el tratamiento sea o no financiado por los servicios públicos de salud, sino si de tal enfermedad y tratamiento se deriva una situación incapacitante para el trabajo a juicio de los servicios públicos de salud quienes, a través de sus prescripciones facultativas controlarán la concurrencia del requisito incapacitante según lo previsto reglamentariamente”.

19 “Lo anterior, puede tener una especial relevancia en este ámbito dada la frecuencia con que las interrupciones del embarazo se realizan en centros privados, lo que no impide el acceso a la prestación cuando se cumplan los demás requisitos para ello” (ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 209).

20 “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno” (art. 30 Código Civil).

Lo anterior genera no pocos interrogantes, en cuanto a la posibilidad de que los periodos de IT por interrupción del embarazo y de suspensión por nacimiento y cuidado de menor se sucedan o se superpongan²¹.

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

Tras la modificación normativa objeto de comentario, la prestación de IT por interrupción del embarazo voluntaria o no queda exceptuada del requisito de cotización previa (fijado con carácter general en 180 días en los últimos 5 años para las contingencias comunes).

Dicho de otro modo, a pesar de la consideración de este supuesto como contingencia común, en este aspecto recibe el mismo tratamiento que las situaciones de IT derivadas de contingencias profesionales; de manera que no se exigirá ningún periodo mínimo de cotización, al igual que ocurre en caso de menstruación incapacitante secundaria, como ya se vio (art. 172 TRLGSS).

2.2. Dinámica de la prestación

A) *Nacimiento del derecho*

En la nueva situación especial de IT por interrupción del embarazo, el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Se otorga también, en lo referente a este aspecto, el mismo tratamiento que reciben las situaciones de IT por contingencias profesionales, a pesar de tratarse un supuesto de contingencias comunes (en las cuales la regla general es la ausencia de prestación y de salario durante los 3 primeros días de la baja como ya se indicó).

En cuanto a los motivos del legislador para incorporar esta especialidad en el régimen jurídico de la IT, piénsese que lo más habitual es que una baja por interrupción del embarazo sea de corta duración; aunque la recuperación de la mujer tras un aborto puede tardar más o menos, dependiendo de distintos factores (como lo

21 Como pone de relieve HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevas reglas para la incapacidad temporal: sobre su tramitación telemática y las situaciones especiales establecidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023 (BIB 2023,893), p. 13.

avanzada que estuviera la gestación o las complicaciones de salud producidas). En consecuencia, la exclusión durante los 3 primeros días podría resultar, en la práctica, en ausencia de protección, lo que sería contrario a la finalidad tuitiva de la mujer trabajadora que ha guiado esta reforma.

B) Pago del subsidio

Según el mismo art. 173.1 TRLGSS correrá a cargo de la Seguridad Social la prestación de IT desde su inicio (es decir desde el día siguiente a la baja). Lo que supone que en este caso (en realidad en las tres nuevas situaciones) no entra en juego la regla general, que es la obligación de que la prestación se abone a cargo de la empleadora hasta el día 15; medida fijada, obviamente, para evitar costes económicos a las empresas.

IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA

1. Definición

En tercer y último lugar, se considera también situación especial de IT por contingencias comunes la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésimo-novena.

Significa ello que de las cuarenta semanas que normalmente dura un embarazo que llega a término, las dos últimas semanas dan derecho a la trabajadora a una baja por incapacidad temporal.

Esta incorporación al art. 169.1 a) TRLGSS resulta novedosa, porque no se requiere demostración alguna de que la trabajadora se encuentre incapacitada para seguir desarrollando su trabajo. Con anterioridad a la reforma, siempre cabía la eventualidad de que el facultativo prescribiera la baja al final del embarazo en función del estado de la trabajadora, aplicando la regla general que define la IT como la situación en que de estar impedido para el trabajo por enfermedad (considerándose como tal el cuadro de complicaciones que presentase la mujer en la fase final de su embarazo). Y de hecho era muy frecuente el recurso a esta medida; tanto que el Preámbulo de la LOSSR hace referencia a las “bajas médicas habituales desde el día primero” de esta semana 39.

Todo ello, claro está, al margen de la posibilidad que también existía (y existe) de declarar la situación de riesgo durante el embarazo; que como es sabido no guarda relación con la existencia de complicaciones en la gestación, sino con las características del puesto de trabajo que lo harían incompatible con el hecho de estar embara-

zada (art. 26 LPRL). Como no podría ser de otra manera, la nueva situación especial de IT y la situación de riesgo durante el embarazo son incompatibles, y así se expresa en la actual redacción del art. 173.2 TRLGSS. En su virtud, el subsidio se abonará desde el inicio de la baja hasta la fecha del parto, “salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse”²².

También resulta incompatible la nueva situación de IT con el adelanto del disfrute de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que se contempla el párrafo 6º del art. 48.4 ET: “no obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto”. Si la mujer embarazada decide hacer uso de esta última facultad, existen varias diferencias respecto de la nueva situación especial de IT: entre ellas la fecha a partir de la cual se puede iniciar el descanso, y lo relativo el cálculo de la cuantía de la prestación (60% de la base reguladora en la IT, frente al 100% de la misma base en nacimiento y cuidado de menor).

Es esta una situación especial de IT que, en suma, no requiere una alteración de la salud de la mujer gestante sino que se refiere a una circunstancia puramente objetiva. De alguna manera, se presume la incapacidad para trabajar en las últimas dos semanas del embarazo. Cabe indicar que este no es el único supuesto de IT que está desligado de la demostración del impedimento para trabajar, ya que este tampoco se requiere en los periodos de observación por enfermedad profesional a los que alude el art. 169.1 b) TRLGSS.

Pero, así y todo, el carácter puramente objetivo de esta situación de IT, así como otros elementos que la conectan con la prestación por nacimiento y cuidado de menor (como la exigencia de los mismos requisitos de carencia), serían argumentos para defender que hubiera sido preferible incorporar este tipo de baja laboral a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, en lugar de encuadrarla dentro de la IT²³. A ello se añade que también se ha criticado esta formulación legal por el riesgo que entraña de volver a “restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada”²⁴.

22 Resulta criticable la sistemática de la norma al abordar la incompatibilidad en este precepto, que regula la dinámica de la prestación y lleva por rúbrica “Nacimiento y duración del derecho al subsidio”. En este sentido, ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 210.

23 ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: “Las situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero”, cit., p. 210.

24 Dictamen CES al Anteproyecto de Ley Orgánica 1/2023, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Régimen jurídico: particularidades

2.1. Periodo de carencia

A diferencia de las otras dos situaciones especiales de IT, en el caso del embarazo a partir de la semana trigésimo-novena sí se imponen requisitos de cotización previa. En concreto, se aplicarán las mismas reglas que en la prestación por nacimiento y cuidado de menor, según prescribe actualmente el art. 172 TRLGSS.

Lo cual remite al art. 178.1 TRLGSS, que distingue en función de la edad que tenga cumplida la trabajadora en el momento del inicio del descanso (en este caso será al inicio de la situación especial de IT). Cabe recordar que no se exige periodo de carencia a quienes tengan menos de veintiún años; mientras quienes tengan entre veintiuno y veintiséis deben acreditar, alternativamente, 90 días cotizados en los 7 años anteriores o bien 180 días en toda su vida laboral; y por último a quienes hayan cumplido veintiséis años se les exigen o bien 180 días cotizados en los últimos 7 años o bien 360 a lo largo de su vida.

En realidad, aunque en este supuesto se exijan requisitos de carencia, estos vienen a ser más favorables que los propios de la IT por contingencias comunes (180 días en los últimos 5 años), lo que evidencia una vez más el afán tuitivo que ha guiado la ordenación de estas nuevas situaciones.

2.2. Dinámica de la prestación

A) *Nacimiento del derecho*

El subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Significa ello que esta situación especial recibe el mismo tratamiento que la interrupción del embarazo, ya expuesto anteriormente; y parecido (aunque no idéntico) al supuesto de menstruación incapacitante secundaria, en el que la prestación se abona desde el mismo día de la baja.

Nuevamente estamos ante una contingencia de origen común que se aborda como si se tratara de un AT o EP en lo referente al nacimiento del derecho, en contraste a la regla general para las contingencias comunes (ausencia de ingresos los 3 primeros días). Y ello a pesar de que en esta situación la baja no será, previsiblemente, tan corta como en los supuestos de menstruación incapacitante secundaria o en los de interrupción del embarazo. Nos encontramos, en definitiva, ante una nueva expresión del afán del legislador por proteger específicamente las bajas laborales relacionadas con la fisiología femenina.

B) Pago del subsidio

Como en las demás situaciones especiales de IT, la prestación correrá a cargo de la Seguridad Social desde su inicio, es decir desde el día siguiente a la baja (art. 173.1 TRLGSS).

Lo anterior puede suponer un un ahorro de costes considerable para la empresa, que en otro caso tendría que abonar a su cargo la prestación durante los primeros 15 días de la baja, teniendo en cuenta que se trata de una prestación que alcanza a las dos últimas semanas del embarazo siempre que este llegue a término, y que incluso puede alargarse algunos días más si el nacimiento se retrasa respecto de la fecha de salida de cuentas.

C) Duración

Según dispone art. 173.2 TRLGSS, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, en la que comenzará a percibirse la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Del mismo modo que sucedía, hasta ahora, en los casos en que se prescribía la IT por el facultativo al final del embarazo.

El mismo artículo alude también a la posibilidad de que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo (y continuara en dicha situación cuando llega a la semana treinta y nueve), en cuyo caso permanecerá percibiendo aquella mientras se mantenga la situación de riesgo durante el embarazo. No está de más la incorporación de esta aclaración legal, para despejar las posibles dudas sobre si la trabajadora debería pasar automáticamente a la nueva situación especial al llegar a la semana treinta y nueve.

El hecho de que continúe en riesgo durante el embarazo implica algunas consecuencias, relativas por ejemplo a la cuantía de la prestación (que es el 100% de la base reguladora de la IT por contingencias profesionales). Además, al menos en teoría, cabría la posibilidad de que en la empresa desapareciera la imposibilidad de adaptar las condiciones de su puesto de trabajo que condujo a la suspensión de su contrato, y finalizase por tanto la situación de riesgo durante el embarazo; aunque en la práctica es ciertamente difícil que esto ocurra en una fase tan avanzada de la gestación.

V. REFLEXIONES FINALES

A partir de cuanto se ha expuesto, puede afirmarse que los nuevos supuestos especiales vinculados a la biología femenina no constituyen una absoluta novedad en cuanto a su consideración como situaciones de IT.

Al fin y al cabo, ya antes de la modificación traída por la LOSSR existía la posibilidad de que el facultativo prescribiera la baja laboral si una mujer se encontraba incapacitada para el trabajo a causa de dolores menstruales. Y lo mismo, tras haber

sufrido una interrupción del embarazo (si bien en el caso de que esta fuera voluntaria, podían surgir dudas sobre su calificación como “enfermedad”). Finalmente, en lo referente a la gestación desde la semana trigésimo-novena, en la práctica era habitual pasar a situación de IT en la recta final del embarazo, aunque para ello era necesario que a juicio del médico existiese impedimento para seguir trabajando, mientras que tras la reforma legal la baja se concede de manera automática.

Sin embargo, lo más relevante de la reforma es que estas tres circunstancias tienen ahora una regulación propia y notablemente diferenciada respecto del régimen general de la IT, en lo relativo a los requisitos de acceso a la prestación (que se flexibilizan), al nacimiento del derecho (pues la cobertura se extiende a los primeros días), y al sujeto a cuyo cargo se abona el subsidio (que es la entidad gestora de la SS y no la empresa). Todo ello, con el claro propósito de mejorar la protección social de la mujer trabajadora en edad fértil.

Pero precisamente, debido a las diferencias respecto de la regulación general de la IT en el pago de la prestación, y existiendo además disimilitudes entre los distintos supuestos especiales, se hace necesario que la empresa tenga conocimiento de cuál es la causa de la baja, lo que puede ser problemático desde la perspectiva del derecho a la intimidad de la trabajadora.

No se han establecido particularidades por el contrario en cuanto a las demás características de la prestación, lo que significa que la cuantía sigue siendo igual que en los demás supuestos de IT, es decir el 60% de la base reguladora hasta el día 20 de la baja; y cabe señalar que por la propia naturaleza de estas situaciones, difícilmente su duración alcanzará el día 21 (en cuyo caso el porcentaje pasaría a ser del 75%). Tampoco ha variado en nada la obligación empresarial de cotizar durante la IT, tal y como indica expresamente el art. 144 TRLGSS en su nueva redacción: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal”.

En otro orden de cosas, para seguir progresando en esta línea y mejorar la protección de las situaciones específicamente femeninas que son susceptibles de interferir en la prestación laboral, se ha señalado por la doctrina que podría ser adecuado diseñar mecanismos que permitan la adaptación de los horarios o el paso al teletrabajo de las mujeres durante la menstruación, lo cual podría evitar algunas ausencias. Especialmente, para determinados problemas como la hipermenorrea o sangrado muy abundante refractario al tratamiento²⁵.

También podría plantearse la conveniencia de abordar con la misma finalidad tuitiva la siguiente fase en la vida de las mujeres, es decir la menopausia, tal y como está ocurriendo ya en alguno de los países de nuestro entorno. Así por ejemplo en Reino Unido, a partir de las investigaciones instadas por la Comisión del

25 ESTEVE SEGARRA, A.: “Novedades en materia de incapacidad temporal”, cit., p. 59.

Parlamento de Mujeres e Igualdad²⁶, un grupo de diputadas británicas ha expresado la necesidad de llevar a cabo políticas laborales que protejan especialmente a las mujeres durante esta etapa²⁷.

26 *Vid.* el informe: “Menopause and the workplace”, Women and Equalities Committee, publicado el 28 de julio de 2022 (<https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmwomeq/91/report.htm>).

27 “Workplaces must protect women going through menopause, say MPs”, The Guardian, 25 de Agosto de 2019 (<https://www.theguardian.com/society/2019/aug/25/mandatory-workplace-menopause-policies-uk>).

Capítulo XIV.

Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Análisis del art. 14 de la ley LGTBI

Pérez Campos, A.I.

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

DOI: <https://doi.org/10.14679/3731>

Sumario: I. Introducción. II. La protección jurídico-laboral de la igualdad de trato de las personas LGTBI: 1. Delimitación conceptual: 1.1. Ámbito de aplicación subjetivo. 1.2. Ámbito de aplicación objetivo. 2. Antecedentes: 2.1. Marco normativo europeo. 2.2. Marco normativo nacional. Un apunte sobre la protección jurídica de la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las CCAA. III. El papel de las administraciones públicas en la igualdad de trato de las personas LGTBI: 1. Obligaciones de las Administraciones Públicas: 1.1. Promoción y garantía de igualdad de trato y oportunidades. 1.2. Formación profesional. 1.3. Campañas divulgativas. 2. Medidas de Apoyo y Promoción: 2.1. Indicadores de igualdad. 2.2. Distintivo de igualdad LGTBI. 2.3. Cumplimiento y fiscalización. 2.4. Fomento de la Igualdad en el empleo: A) Subvenciones de fomento del empleo. B) Códigos éticos y protocolos. IV. El impulso de la negociación colectiva en la protección de la igualdad de las personas LGTBI. V. Reflexión final. VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha supuesto un significativo impulso con respecto a la protección de este colectivo. Como expresamente indica la exposición de motivos de la citada norma “Esta Ley supone un importante avance en el camino recorrido hacia la igualdad y la justicia social que permite consolidar el cambio de concepción social sobre las personas

LGTBI”. Se trata de una ley de las denominadas transversales que vienen caracterizadas, entre otros aspectos, por la variedad de sus contenidos, que abarcan también los laborales o de seguridad social, con o sin modificación de los textos fundamentales preexistentes¹; de hecho, la mencionada norma tan sólo contiene unas pocas previsiones con incidencia sobre los derechos laborales de las personas LGTBI².

En una valoración general de la mencionada norma, cabe señalar que representa un paso hacia adelante en la actual configuración del derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación, en particular, para las personas trans y para todo el colectivo LGTBI, por diferentes motivos, tales como por entender la diversidad como un valor, por asegurar la cohesión social promoviendo el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en el empleo. No obstante, en el concreto ámbito laboral la regulación de las medidas de actuación puede quedar en cierto modo diluidas, salvo excepciones, en lo que refiere a su aplicación real y efectiva. Como muestra de ello, puede destacarse el art. 14 objeto de este estudio donde el legislador a pesar de que el título del precepto alude a la igualdad de trato de las personas LGTBI en el ámbito laboral, en realidad se dirige a las Administraciones públicas como garantes del establecimiento de una serie de medidas y acciones políticas tomadas en defensa de la igualdad para este colectivo.

Las personas trans en nuestra sociedad han protagonizado una larga lucha para conseguir desarrollarse socialmente en el género al que sienten pertenecer. En el ámbito laboral, las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación en el proceso de contratación, en el lugar de trabajo y al final de la carrera profesional, muchas tienen dificultades para encontrar un empleo justo y estable, lo que puede aumentar el riesgo de pobreza y de exclusión social³. Como indica la exposición de motivos, según datos de 2020 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), en España, el 42 % de las personas LGTBI se han sentido discriminadas en el último año. Los datos también son preocupantes en lo que respecta a la situación en nuestro país de las personas trans: El 63 % de las personas trans encuestadas en España manifiesta haberse sentido discriminadas en los últimos doce

1 GOERLICH PESET, J.M.: “Normas ómnibus, leyes transversales y sistema jurídico”, *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023, pág.9.

2 LOUSADA AROCHENA, E.: “Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)”, e- *Revista Internacional de la protección social*, núm.1, 2023, pág. 28.

3 La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) constató que, en realidad, la discriminación en la UE por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales estaba aumentando: el 43 % de las personas LGBT declararon haberse sentido discriminadas en 2019, frente al 37 % en 2012. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025*. Bruselas, 12.11.2020. COM(2020) 698 final.

meses. En algunos ámbitos, como el laboral, la discriminación es especialmente elevada: El 34 % asegura haber sido discriminadas en este ámbito. Las personas trans también presentan mayores dificultades para acceder al empleo (un 42 % de las personas trans encuestadas afirma haber sufrido discriminación estando en búsqueda activa de empleo).

Por razones de orden cronológico y contextualización, conviene mencionar otras normas que, teniendo un alcance más general, no dejan de afianzar las bases de un mercado laboral libre de discriminación y violencia contra las personas trans, entre las que cabe destacar: la LITND y la LOGILS. En este sentido, se ha apuntado que “la técnica empleada podría haber sido mejorada si se hubiera procedido a una integración mediante la refundición de todas las leyes referidas a la igualdad y no discriminación”⁴, pero no se ha hecho así: se ha preferido recurrir a normas superpuestas prestando especial atención a los criterios de interacción entre las nuevas disposiciones y las anteriores, lo que podría en determinados casos incorporar problemas de seguridad jurídica, derivados en su mayor parte de la dificultad en la inserción en el sistema jurídico de normas transversales.

Siguiendo las consideraciones anteriores, este estudio realiza un análisis jurídico del art. 14 Ley 4/2023, de 28 de febrero y de su aplicación real y efectiva en la igualdad de las personas LGTBI en el ámbito laboral.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGTBI

El art. 14 Ley 4/2023 de las personas LGTBI objeto de este estudio, aborda el papel de las Administraciones públicas como garantes de la igualdad de trato de las personas LGTBI en el trabajo. La mencionada norma se centra en reconocer el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de las causas previstas en esta ley, para continuar con un listado de medidas en favor de la consecución de dicha igualdad.

A efectos de poder determinar la aplicación y eficacia de las medidas conviene detenerse previamente, en un rápido repaso, tanto sobre el ámbito de aplicación de quienes están amparados por la norma y qué causas o motivos de discriminación resultan prohibidos, como sobre la evolución del marco normativo aplicable.

4 LÓPEZ CUMBRE, L.: “Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres: ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023.

1. Delimitación conceptual

1.1. Ámbito de aplicación subjetivo

El artículo segundo de la Ley 4/2023 de las personas LGTBI establece de forma genérica que se aplicará a “toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, estado civil o situación administrativa, en los términos y con el alcance que se contemplan en esta ley y en el resto del ordenamiento jurídico”.

El art. 1 de la citada norma señala “esta Ley tiene por finalidad garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias”. En consecuencia, bajo el paraguas de “personas LGBTI” conviven cuatro colectivos con distintas posiciones y reconocimiento social, y el espacio laboral no hace sino reflejar o replicar lo que ocurre en el contexto social global.

Por otra parte, en una interpretación literal de la norma el título invita a reflexionar sobre el por qué diferencia entre personas trans y personas LGTBI, cuando dentro de esta expresión se incluyen al colectivo de personas trans. De hecho, la exposición de motivos de la mencionada norma señala que “El objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad”. La razón de esta aparente distinción podría obedecer a que el legislador ha querido visualizar la mayor discriminación que sufren las personas trans frente al resto. No obstante, esta diferenciación parece ser más aparente que real, pues como indica la exposición de motivos “la aprobación de este marco normativo supone dar un salto cualitativo en la consecución de la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y en la lucha contra las discriminaciones que sufren y siguen siendo notables”.

1.2. Ámbito de aplicación objetivo

Como se ha venido señalando, el objetivo principal de la nueva norma es la de garantizar y promover el derecho a la igualdad de las personas LGTBI, así como de sus familias. A estos efectos, la Ley establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tan-

to públicas como privadas, y prevé medidas específicas destinadas a la prevención, corrección y eliminación, en los ámbitos público y privado, de toda forma de discriminación. Por su parte, el artículo 4 de la Ley establece que “Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán todas las medidas necesarias para reconocer, garantizar, proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas LGTBI y sus familias”.

Del análisis de las causas aplicables a los trabajadores LGTBI se incluye la “orientación e identidad sexual”, la “expresión de género” y las “características sexuales”. La ampliación de las características sexuales como una causa o indicio de discriminación, es una de las modificaciones novedosas aplicables a este colectivo respecto de lo señalado por su antecesora, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante LITND).

En consecuencia, las causas de discriminación prohibida son las relativas a la discriminación por razón de “sexo”, “orientación e identidad sexual”, “expresión de género” y “características sexuales”, términos éstos en algunos casos de difícil distinción y que han sido objeto de interpretaciones tanto por parte de la doctrina académica⁵ como por los jueces y tribunales⁶.

En esta línea de interpretación, para entender las causas o motivos de discriminación que afectan a este colectivo, debemos tener muy en cuenta la distinción existente entre sexo y género y la aclaración de conceptos dada por el Tribunal Constitucional que constituye todo un referente jurisprudencial al ser la primera vez que se plantea ante el citado órgano jurisdiccional una denuncia de discriminación por razón de identidad de género⁷. Estos dos términos a menudo se confunden e, incluso, los podemos ver utilizados como si fueran sinónimos. Como indica el alto tribunal, el sexo es un “término que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que definen a varones y mujeres”, en tanto que el género es una construcción sociocultural que varía según el tiempo, la sociedad y el lugar, y define los rasgos característicos de lo que se considera masculino y femenino en una sociedad determinada, de forma que el género de una persona no tiene por qué coincidir con el sexo asignado al nacer, ya que hay personas de sexo masculino y género femenino

5 SAEZ LARA, C.: “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, 2022, págs. 43-65. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03>
CANO GALÁN, Y.: “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022.
REQUENA MONTES, O.: “¿Apuntalando las bases de un derecho del trabajo con perspectiva de identidad de género?”, *Lex social*, vol.13, núm.1, 2023.

6 STC 67/2022, de 2 de junio de 2022 (RTC 2022, 67).

7 Véase un comentario en MALDONADO MONTOYA, J.P.: “Discriminación por razón de identidad y expresión de género en las relaciones laborales”, núm. 262, 2023.

y viceversa. Por tanto, la identidad hace referencia a quien es y cómo se siente una persona independientemente del sexo con el que nace. En paralelismo con la distinción entre sexo y género, distingue la sentencia entre “orientación sexual”, como preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno y otro sexo, e “identidad de género”, como identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento.

El legislador, a diferencia del de la LITND y quizá ante las críticas vertidas sobre esta por la ausencia de definiciones sobre la orientación, identidad sexual, sí que incorpora en la Ley 4/2023 de las personas LGTBI unas nociones básicas sobre las causas de discriminación, incluyendo la discriminación por expresión de género, aunque de forma sorprendente guarda silencio sobre la discriminación por “características sexuales”. Sin entrar en la disyuntiva de si estos conceptos “expresión de género” y “características sexuales” son sinónimos o si se refieren a estados o condiciones diferentes, porque la respuesta no es sencilla, el legislador se ha limitado a definir la discriminación por expresión de género de forma vaga e imprecisa, señalando que “es la manifestación que cada persona hace de su identidad sexual”. En este sentido, podría entenderse que la ausencia de definición se podría justificar porque se entiende que son expresiones sinónimas. La discriminación por características sexuales podría incluir actos de discriminación dirigidos hacia personas que se desvían de las normas de género tradicionales en su expresión de género y que podría tener repercusión en el empleo.

Por tanto, el problema de distinción entre sexo y género por los que se discrimina y que en el ámbito de la LITND se calificó por la doctrina científica de “galimatías jurídico”⁸, al contemplar las normas los términos “identidad sexual” e “identidad de género” como coincidentes, hasta el punto de definirlos conjuntamente. Aún cuando ello no debería ser así, se mantiene en la Ley 4/2023 e incluso se amplía esa línea de indefinición y confusión al incorporar como causa de discriminación “las características sexuales” que no define y que en cierto modo podría resultar coincidente con la discriminación por “expresión de género”.

2. Antecedentes

Como es sabido, las personas LGTBI han venido soportando históricamente situaciones de discriminación en el lugar de trabajo que se ha podido manifestar de diversas formas, siendo las más representativas la falta de oportunidades laborales, el acoso labo-

8 CANO GALÁN, Y.: “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022, citado.

ral, la negación de ascensos y otros problemas relacionados con el empleo. En diferentes países, se han promulgado leyes y regulaciones que buscan proteger los derechos de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Marco normativo que, como regla general, prohíbe la discriminación laboral basada en la orientación sexual y la identidad de género. No obstante, como ha señalado la doctrina científica “la tutela antidiscriminatoria del colectivo LGTBI, en el mundo del trabajo, se inserta en el marco de un tardío reconocimiento en la agenda política y normativa de la prohibición de discriminación por orientación e identidad sexual a nivel internacional, en la UE y en España”⁹.

En este contexto, parece conveniente realizar un sucinto repaso sobre el marco normativo europeo y nacional antidiscriminatorio, a efectos de determinar el alcance y evolución de la protección jurídico laboral de las personas LGTBI frente a actos discriminatorios en el empleo.

La igualdad de las personas LGTBI en el ámbito laboral es un desafío global, aunque la situación puede variar significativamente de un país a otro. Diferentes países han promulgado leyes que prohíben la discriminación laboral basada en la orientación sexual, identidad de género y otras características relacionadas con la comunidad LGTBI. Estas leyes buscan garantizar que todas las personas tengan igualdad de oportunidades en el empleo. España, es uno de los países con un marco normativo más avanzado y protector de los derechos de las personas LGTBI.

2.1. Marco normativo europeo

A nivel europeo, la igualdad y la no discriminación son valores esenciales y derechos fundamentales de la UE, consagrados en sus Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales. La igualdad de oportunidades es también una de las bases del pilar europeo de derechos sociales. La Comisión Europea, el Parlamento y el Consejo, así como los Estados miembros, comparten, todos ellos, la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales y la igualdad para todos. La propia exposición de motivos de la Ley 4/2023 nos ofrece una información amplia sobre la evolución normativa a nivel nacional e internacional.

El artículo 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE prohíbe «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»¹⁰.

9 SAEZ LARA, C.: “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”... cit., pág.45.

10 DOUE 30 marzo 2010.

La UE ha adoptado una serie de Directivas para promover la igualdad y la no discriminación en el lugar de trabajo, que incluyen aspectos relacionados con la orientación sexual, aunque sin referencias explícitas al colectivo LGTBI. Así, la Directiva 2000/78/CE establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohibiendo la discriminación en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual. En su artículo 1 determina que su objetivo consiste en “luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. La Directiva 2006/54/CE refundida sobre género protege a las personas transgénero en su vida profesional frente a la discriminación debida al cambio de sexo. No obstante, resulta sorprendente que en ninguna Directiva antidiscriminatoria se mencione, ni se proteja la identidad sexual como causa de discriminación de forma explícita. Para garantizar una mejor aplicación de la Directiva 2006/54/CE, el Parlamento Europeo redactó la Resolución de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, impulsando la importante tarea que supone eliminar la discriminación en el empleo y suscitando mecanismos de control para ello¹¹.

Por otra parte, también se ha desarrollado en los últimos años una especial preocupación por la discriminación que sufre el colectivo LGTBI, aprobándose una serie de medidas que tienen como objetivo su protección. Así la Estrategia de Igualdad LGBTIQ de la UE 2020-2025 señala expresamente que “La Unión Europea debe estar a la vanguardia de los esfuerzos para proteger mejor los derechos de las personas LGBTIQ”¹². En el ámbito laboral, las personas LGBTI siguen sufriendo discriminación en el proceso de contratación, en el lugar de trabajo y al final de la carrera profesional, al contrario de lo que establece la legislación de la UE al respecto. De entrada, muchas tienen dificultades para encontrar un empleo justo y estable, lo que puede aumentar el riesgo de pobreza, exclusión social y carencia de hogar. Además, también indica que las personas trans se enfrentan a obstáculos adicionales a la hora de acceder al mercado laboral¹³.

11 Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2017/C 093/04). DOUE 24 marzo 2017.

12 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Unión de la Igualdad: *Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025* de 12 de noviembre de 2020. COM(2020) 698 final.

13 Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, *Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/50202>.

En definitiva, la Estrategia se basa en la visión de una Europa en la que todas las personas, en toda su diversidad, sean iguales y puedan vivir sus vidas libremente, sin importar su orientación sexual, identidad, expresión de género o características sexuales.

En la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de noviembre de 2020 Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025¹⁴ se establece que la Directiva sobre la igualdad de género consagra el derecho de toda persona a no ser discriminada ni acosada por razón de su sexo —ni por motivos relacionados con el cambio de sexo— en lo que se refiere al acceso al empleo, las condiciones de trabajo (incluida la retribución) y los regímenes profesionales de seguridad social. El principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se opone al despido por motivos relacionados con el cambio de sexo. La legislación de la UE, confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), también dispone el derecho de toda persona a no ser discriminada por razón de su sexo, ni por motivos relacionados con el cambio de sexo, en lo referente al acceso a bienes y servicios a disposición del público y en los regímenes legales de seguridad social. Sin embargo, este marco jurídico aún no menciona explícitamente las características sexuales como motivo prohibido de discriminación.

2.2. Marco normativo nacional. Un apunte sobre la protección jurídica de la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las CCAA

A pesar de no contar con una legislación específica de protección de la igualdad de los derechos reconocidos a las personas LGTBI hasta la aprobación de la Ley 4/2023, a nivel autonómico la situación ha sido totalmente diferente. Desde 2009, la mayor parte de las Comunidades Autónomas han ido aprobando leyes referidas de forma expresa a las personas trans y al colectivo LGBTI¹⁵. La única Comunidad

14 COM(2020) 698 final.

15 Canarias que en 2021 aprobó la 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. La Rioja con la Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares. Castilla-La Mancha Ley 5/2022, de 6 de mayo, de diversidad sexual y derechos LGTBI. Andalucía. 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. Canarias. Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Cataluña. 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. Extremadura. Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la

Autónoma que carece de regulación es la de Castilla y León; el Principado de Asturias ha aprobado un anteproyecto de Ley de garantía de los derechos y libertades del colectivo LGTBI y sus familias.

Algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes en defensa de la igualdad de trato para las personas trans, como es el caso, por ejemplo, de Canarias. País Vasco y la Rioja. Hay CCAA que contienen una regulación específica de protección para las personas trans o para el colectivo de personas LGTBI, así, se han publicado disposiciones concretas en Navarra, Andalucía, Madrid Aragón y la Comunidad Valenciana. En cambio, en otras CCAA se han insertado normas específicas relativas a dichas personas trans dentro de una legislación más amplia sobre la igualdad de trato y no discriminación de personas pertenecientes al colectivo LGTBI, como sucede en Galicia, en Cataluña, Extremadura, Cantabria y Baleares.

Especial interés puede suscitar la regulación de la Comunidad de Madrid, que cuenta con dos leyes.

De una parte, la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación que establece medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en diferentes áreas, incluido el ámbito laboral. El Título IV, rubricado de “medidas en el ámbito laboral y de la responsabilidad social europea”, establece el compromiso de crear acciones efectivas en el fomento de la igualdad y no discriminación en el empleo y en las estrategias de responsabilidad social corporativa¹⁶.

discriminación por orientación sexual e identidad de género. Galicia. Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales. Islas Baleares. Ley 8/2016, de 30 mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. Madrid. la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación. Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBI fobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual Cantabria. 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. Aragón. 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. Navarra. Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. País Vasco. Ley 148/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Región de Murcia. Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género Comunidad Valenciana: Ley 2/2016, de 3 de febrero, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación.

16 El cuadro de medidas aplicables a este colectivo es muy similar al estatal, salvo en dos aspectos que convendría resaltar que resultan más precisos. En primer lugar, incorporar en las convocatorias de ayudas y subvenciones de fomento del empleo medidas de bonificación fiscal o subvención para la integración laboral de las personas trans en las empresas. En segundo lugar, incorporar en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar, cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar (art. 27 Ley 2/2016).

De otra parte, en el art. 41 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGBTIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual contempla medidas de protección en el ámbito laboral donde insiste en reconocer e incluir la heterogeneidad del hecho familiar en cualquier medida de conciliación y gestión del tiempo de trabajo.

En la legislación autonómica Valenciana, al igual que en el caso de la Comunidad de Madrid se alude a medidas de protección generales donde destacan las de Control del cumplimiento efectivo de los derechos laborales y de prevención de riesgos laborales de las personas en atención a su identidad y/o expresión de género por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la de “Incorporar en las convocatorias de ayudas para la conciliación de la vida laboral y familiar, cláusulas que contemplen la heterogeneidad del hecho familiar” (art. 27).

La legislación andaluza, sin embargo, no alude a concretas medidas de aplicación a este colectivo centrándose en el alcance y delimitación de la prohibición de discriminación. Cabe destacar que, a diferencia de la ley estatal señala que no se podrá ser causa de despido o cese, por el hecho de manifestar la propia identidad de género libremente determinada o por encontrarse incurso la persona en cualquier proceso médico-quirúrgico que precise en relación con su identidad de género (art. 13).

Estos son sólo algunos ejemplos de regiones que han aprobado alguna norma específica para abordar la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral para las personas LGTBI. El análisis jurídico pone de relieve la disparidad de normativa autonómica en España y dibuja un mapa fragmentado caracterizado por regulaciones con un alcance muy diferente, lo que genera una desigualdad territorial en cuanto al disfrute de derechos por parte de las personas LGTBI, en función de la comunidad autónoma en la que residan¹⁷.

En un rápido repaso sobre el análisis de la protección jurídica de las personas LGTBI a nivel autonómico cabe destacar el amplio tratamiento dado a la protección de la igualdad para las personas LGTBI; de ahí que las adaptaciones y/o posibles mejoras ante la entrada en vigor de la Ley LGTBI son simbólicas en la medida en que el desarrollo de las leyes autonómicas en la materia es amplio y en algunos casos incluso excede en su alcance a la protección otorgada por la mencionada norma. En este sentido, como he señalado la doctrina, llama la atención el paralelismo de las previsiones del ámbito laboral de esta ley con las normas autonómicas, siendo calificada la norma de “decepcionante”¹⁸.

17 Un estudio exhaustivo sobre el estudio autonómica de las políticas de empleo para las personas trans, véase en: HERNÁNDEZ-MELIÁN, A. “Análisis y clasificación de las políticas de empleo para personas trans en España: marco europeo y regulación autonómica”. OBETS. *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 18, 203, págs. 115-132. <https://doi.org/10.14198/obets.22770>.

18 SAEZ LARA, C.: “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”... cit., pág.63.

La existencia de diferentes legislaciones autonómicas dibuja un mapa de asimetrías territoriales en derechos para las personas trans dependiendo de la Comunidad Autónoma en que residan¹⁹ y la generalidad de la nueva Ley obliga a presuponer que no evitará el mantenimiento de dichas desigualdades.

III. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS LGBTI

A las Administraciones públicas, en su tarea de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral, se les otorgan una serie de obligaciones amplias, reguladas en el art. 14 de la Ley 4/2023 de las personas LGTBI. El mencionado precepto destaca el papel de los poderes públicos en la promoción y garantía de la igualdad, lo que supone que el gobierno y las autoridades tienen un deber activo en el establecimiento de políticas y medidas que respalden estos principios y que, además, deberán ser adecuadas y eficaces.

A partir de esta obligación dirigida en exclusiva a los poderes públicos, se derivan líneas de actuación en torno a tres ejes prioritarios: la protección en el empleo, la formación y sensibilización y el reconocimiento de buenas prácticas, todo ello en el esfuerzo de la Administración por ir más allá de la letra de la Ley e intentar generar una verdadera cultura del respeto y de convivencia a todos los niveles.

En otro orden de consideraciones, a nivel formal podría destacarse cierta divergencia entre el título del art. 14 Ley 4/2023, que menciona “Igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral,” y su contenido, que aborda una variedad de medidas y acciones genéricas relacionadas con la promoción de la igualdad de trato y oportunidades de las personas LGTBI en el empleo. En consecuencia, sorprende que a pesar de la rúbrica del citado precepto donde parece que nos va a establecer medidas concretas de protección dirigidas también a los empleadores, se limite a establecer objetivos generales a modo de una estrategia que busca crear un entorno laboral más equitativo y respetuoso de la diversidad.

Por otra parte, conviene precisar que este precepto alude en exclusiva a medidas aplicables a las personas LGTBI y que se regulan al margen de la protección específica que la ley introduce respecto de la inclusión social de las personas trans (arts. 54 y 55 Ley LGTBI), relativas al fomento del empleo, incluyendo medidas de acción positiva y planes específicos sobre todo para las mujeres trans, así como medidas

19 CCOO. *Personas trans en el ámbito laboral. Guía para el proceso de transición*, 2017, pág. 8 <https://fsc.ccoo.es/b31a184b61386d54d9c8b2e48953b5b8000050.pdf>.

destinadas a la integración sociolaboral como estrategias y campañas, monitorización de las medidas y obtención de datos y subvenciones.

El conjunto de actuaciones impuestas por el legislador a las Administraciones Públicas para promover la igualdad de trato y oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral podría calificarse de generalista²⁰. La pretensión de estas medidas refleja un compromiso por parte de las autoridades de abordar de manera integral la discriminación y promover un entorno laboral más inclusivo. Sin embargo, la efectividad de estas medidas genéricas va en detrimento probablemente de su eficacia que dependerá de otros factores, como la implantación adecuada, el compromiso de las partes interesadas, la asignación de recursos y la supervisión continua.

En definitiva, si bien es cierto que las medidas pueden parecer generales y de escasa relevancia práctica, la eficacia de estas medidas dependerá de cómo se implanten y se supervisen, así como de la colaboración de las partes interesadas y el compromiso continuo para lograr la igualdad en el entorno laboral.

Sistematizando el conjunto de actuaciones impuestas por el legislador a las Administraciones Públicas, cabe diferenciar tres grupos de medidas:

1. Obligaciones de las Administraciones Públicas

1.1. Promoción y garantía de igualdad de trato y oportunidades

La primera obligación impuesta alude a que se debe promocionar y garantizar la igualdad de trato y oportunidades, lo que conlleva a que las personas LGTBI no deben enfrentar obstáculos injustos en el ámbito del trabajo, incluyendo todas sus etapas, es decir en el proceso de selección, la contratación, promoción y desarrollo profesional y la formación continua, tanto en el ámbito del trabajo por cuenta ajena como propia. Expresamente, se indica que las Administraciones públicas deben “Promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y prevenir, corregir y eliminar toda forma de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley en materia de acceso al empleo, afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales, condiciones de trabajo, promoción profesional, acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, y de incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta” [art. 14. a)]. Se trata de una obligación amplia, en algunos casos inde-

20 ESTEVE ALGUACIL, L Y NONELL I RODRÍGUEZ, A.: “Análisis del anteproyecto de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, aluden a “que se aprecia una falta de profundización y desarrollo en las políticas públicas y medidas de protección propuestas”. *Indret*, marzo, 2021, pág. 289.

terminada -como es la relativa a la aplicación del trabajo por cuenta propia- cuya adecuación y eficacia dependerán del desarrollo específico que se realice para su implementación.

La discriminación laboral contra las personas LGBTI puede manifestarse de diversas maneras que circunscritas al ámbito laboral se pueden concretar en la negación de oportunidades de empleo, la marginación en el trabajo, la falta de ascensos o aumento de salario, y, en los casos más graves, el acoso o despido injusto. A ello debe añadirse que esta discriminación puede crear un ambiente de trabajo hostil y contribuir al estrés y la insatisfacción laboral. Aunque no se percibe como una discriminación generalizada, la idea de que no se ha logrado la plena normalización de las personas LGBTI en el trabajo sigue apareciendo con relativa intensidad²¹. La propia norma en su exposición de motivos nos ofrece datos concretos sobre la discriminación que sufre especialmente el colectivo de personas trans en el ámbito laboral al señalar que “Las personas trans también presentan mayores dificultades para acceder al empleo (un 42 % de las personas trans encuestadas afirma haber sufrido discriminación estando en búsqueda activa de empleo) y mayores tasas de desempleo. A falta de datos oficiales, la Universidad de Málaga publicó en 2012 un estudio que apuntaba que la tasa de paro de las personas trans era de más del 37 % –frente al 26 nacional en ese año–, aunque el mismo informe advertía de que la situación podría ser más grave”.

Ante la situación descrita, cabe destacar que la inclusión de esta medida queda plenamente justificada. Su análisis permite realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el texto identifica varias áreas en las que se debe garantizar la igualdad y prevenir la discriminación, tales como el acceso al empleo, condiciones de trabajo y la afiliación y participación en organizaciones sindicales, entre otros, pero se echa en falta que no se haga mención expresa a que la igualdad también debe aplicarse en los procesos de selección o en los casos de extinción o despido. La exclusión de este supuesto quizá obedezca al hecho de que el legislador considera que la discriminación para este colectivo se constata principalmente en la dificultad a la hora de acceder a un puesto de trabajo y no tanto a las posibilidades de mantenerlo. Hubiese sido recomendable su inclusión como sí hace el art. 9 LITND de forma más completa y detallada. En cualquier caso, estas ausencias no implican desprotección para las personas LGTBI en cuanto a que la disp. adic. 4ª Ley 4/2023 prevé la “aplicación supletoria de la LITND”.

En esta línea de interpretación literal, también hay que destacar que no se hace referencia expresa a la posibilidad de implementar medidas de acción positiva para

21 Véase, INSTITUTO DE LA MUJER PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (IMIO) *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*, Madrid, 2017, pág. 24. <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitodelEmpleo.pdf>

corregir desigualdades históricas o sistémicas en relación con las personas LGTBI, aunque sí para las personas trans en virtud de lo establecido en el art. 54 Ley donde se señala que “el Ministerio de Trabajo y Economía Social, considerando las líneas de actuación de la Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans, diseñará medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo”. Limitar esta posibilidad de articular medidas de acción positiva sólo para las personas trans sería una distinción respecto del resto de sujetos LGTBI que habría que justificar.

En segundo lugar, llama la atención que no se limita solo al ámbito laboral, sino que abarca una amplia gama de situaciones en las que la discriminación puede ocurrir, incluyendo la participación en organizaciones sindicales y empresariales, el acceso a actividades por cuenta propia y el ejercicio de una profesión. Esto muestra un enfoque integral en la promoción de la igualdad.

En tercer y último lugar, además de promover la igualdad, los poderes públicos tienen la responsabilidad de prevenir, corregir y eliminar cualquier forma de discriminación que ocurra en las áreas mencionadas. El texto subraya la importancia de la prevención y corrección de la discriminación. Esto significa que las autoridades deben tomar medidas proactivas para evitar la discriminación y, al mismo tiempo, intervenir para corregirla y eliminarla. Hubiese sido deseable que se estableciesen medidas más concretas para evitar, reparar y garantizar la igualdad.

En consecuencia, los poderes públicos tienen la responsabilidad de garantizar que se cumplan estos principios y de tomar medidas para prevenir y corregir cualquier forma de discriminación en estas áreas, de acuerdo con la legislación aplicable. Sin embargo, no especifica los mecanismos concretos que deben adoptarse para cumplir con estos compromisos. La falta de detalles puede deberse a la intención de permitir cierta flexibilidad en la aplicación, pero también puede dar lugar a ambigüedades o falta de claridad en cuanto a cómo se debe cumplir con estas obligaciones, lo que va a requerir de una legislación adicional y políticas más específicas para su aplicación efectiva.

1.2. Formación profesional

Otra de las obligaciones de la Administración pública es la promoción del respeto a los derechos de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el ámbito de la formación profesional, siendo un aspecto fundamental para crear un entorno de trabajo inclusivo y equitativo, en la medida en que estas estrategias pueden ayudar a lograr ese objetivo y garantizar que los empleados LGTBI sean tratados con respeto e igualdad en el lugar de trabajo.

La formación y la sensibilización son herramientas importantes para promover la igualdad de trato. Como señala un estudio realizado por el Instituto de la mujer sobre la situación de las personas LGTBI, al posible desconocimiento sobre la transexualidad, se suma el hándicap de que las personas trans tienden a interrumpir tempranamente su itinerario formativo a consecuencia del rechazo que sufren en su época de estudiantes, y con especial dureza en la adolescencia. De esta forma, la formación y cualificación profesional constituye una herramienta necesaria para evitar que la menor preparación sea un lastre añadido para su entrada al mercado laboral²².

No obstante, aunque la formación se muestra como un factor clave para la entrada en el mercado laboral, también debe tener en cuenta que no es garantía absoluta de acceso al mismo, como muestra el elevado porcentaje de personas trans con estudios de posgrado que sufren, precariedad, eventualidad e inestabilidad en el empleo.²³

La formación aparece como la herramienta básica para lograr entornos inclusivos. La formación que debe ser transversal para alcanzar a todos los niveles que actúan en el ámbito laboral, desde las direcciones de las empresas, responsables de la gestión de personal hasta inspectores de trabajo o representantes sindicales. Junto a ella la sensibilización también es una pieza fundamental para concienciar a las empresas en que la inclusión de las personas LGTBI es de interés para ellas, al ayudar a optimizar la capacidad de atraer y retener el mejor talento. Así pues, también hay que tener en cuenta que los empleadores pueden proporcionar capacitación a su personal para aumentar la comprensión y la empatía, promoviendo un ambiente de trabajo más inclusivo.

1.3. Campañas divulgativas

Las campañas de sensibilización y divulgación que realicen los agentes sociales, se constituyen en otra de las obligaciones atribuidas a las Administraciones públicas que resultan esenciales como un medio para sensibilizar a la sociedad y prevenir frente a situaciones de discriminación.

Las campañas divulgativas son importantes para garantizar la igualdad de trato en el empleo de las personas LGTBI, por varias razones:

En primer lugar, porque ayudan a crear conciencia sobre la importancia de la igualdad de trato en el empleo de las personas LGTBI. Pueden educar a los emplea-

22 INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (IMIO): *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, cit., pág. 43.

23 AAVV *Estudio exploratorio de sobre la inserción sociolaboral de las personas trans*, Ministerio de igualdad. Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI, Madrid 2022, pág. 75. https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Informe_trabajo_trans20accesible.pdf

dores y a los trabajadores sobre los desafíos que enfrenta estos colectivos en el lugar de trabajo y promover una mayor comprensión de sus derechos y necesidades.

En segundo lugar, porque estas campañas pueden hacer visibles ejemplos de discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género y ayudar a prevenir situaciones similares en el futuro. Al mostrar las consecuencias negativas de la discriminación, se puede fomentar un entorno de trabajo más inclusivo.

En tercer lugar, las campañas divulgativas también pueden informar a las empresas y a los empleados sobre la normativa aplicable que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género en el empleo. Todo ello garantiza que las empresas cumplan con sus obligaciones legales y que los empleados conozcan sus derechos. A su vez, las campañas pueden resaltar buenas prácticas y políticas inclusivas que las empresas pueden adoptar para crear un ambiente de trabajo seguro y respetuoso para las personas LGTBI.

Por último, también pueden ser una herramienta de apoyo a las personas LGTBI en la medida en que las campañas divulgativas pueden proporcionar a este colectivo la confianza para denunciar situaciones de discriminación y acoso en el trabajo, sabiendo que hay un respaldo y conciencia sobre sus preocupaciones. También pueden ofrecer información sobre recursos disponibles, como líneas de ayuda o grupos de apoyo. Las campañas divulgativas pueden alentar a las empresas a adoptar políticas de diversidad, que sean más innovadoras y competitivas, lo que puede conducir a un lugar de trabajo más enriquecedor y creativo.

En definitiva, las campañas divulgativas desempeñan un papel fundamental en la promoción de la igualdad de trato en el empleo de las personas LGTBI al educar, sensibilizar y crear un entorno de trabajo más inclusivo. Ayudan a prevenir la discriminación, informar sobre los derechos y responsabilidades legales, y promover un clima laboral más equitativo y respetuoso para todos los empleados, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

En otro orden de consideraciones, los agentes sociales pueden desempeñar un papel importante en la realización de campañas divulgativas sobre la igualdad de trato en el empleo de las personas LGTBI por varias razones:

- Estas organizaciones a menudo tienen experiencia y conocimiento en cuestiones de derechos humanos y diversidad. Pueden comprender mejor las necesidades y desafíos específicos que enfrentan las personas LGTBI en el lugar de trabajo y diseñar campañas que aborden estas cuestiones de manera efectiva.
- Los agentes sociales como entidades independientes pueden movilizar a la sociedad civil y a la comunidad empresarial para apoyar la igualdad de trato en el empleo de las personas LGTBI. Pueden generar conciencia y presión social para fomentar cambios positivos en las políticas y prácticas laborales.

2. *Medidas de Apoyo y Promoción*

Un segundo grupo de medidas quedaría constituido por aquellas que pretenden apoyar y promocionar la implantación de acciones en favor de la igualdad. Dentro de este grupo destaca el desarrollo de indicadores y estudios que analicen la situación real de las personas LGTBI en el ámbito laboral y la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI [apartados c) y d) del art. 14].

2.1. Indicadores de igualdad

Los indicadores de igualdad son herramientas que permiten a las organizaciones medir su progreso en la promoción de la igualdad y no discriminación. Pueden incluir métricas relacionadas con la diversidad en la fuerza laboral, la capacitación en igualdad LGTBI, la inclusión de cláusulas de no discriminación en contratos y convenios, o la resolución de denuncias. La implementación de indicadores permite evaluar el impacto de las políticas y programas de igualdad, además facultan a las organizaciones a comparar su desempeño con el de otras empresas y utilizar estas comparaciones como base para la mejora continua.

Los indicadores proporcionan una base para establecer metas específicas en términos de igualdad de trato de las personas trabajadoras. Las organizaciones podrían medir su progreso a lo largo del tiempo, lo que les permite evaluar su desempeño y tomar medidas correctivas cuando sea necesario; establecer metas claras y medibles ayuda a las organizaciones, tanto públicas como privadas, a rendir cuentas por sus acciones y a identificar áreas de mejora.

La implementación de políticas y prácticas que se evalúan a través de indicadores contribuye al cumplimiento de las leyes antidiscriminación y al comportamiento ético, lo que puede ayudar a prevenir la discriminación en el lugar de trabajo y puede reducir el riesgo de litigios y sanciones legales.

En última instancia, la implantación de indicadores se traduce en una mayor conciencia, compromiso y acción en favor de la igualdad de trato de las personas LGTBI en el sector público y privado. Aunque estas medidas por sí solas no garantizan la igualdad de trato, podrían ser herramientas efectivas para promover un cambio positivo y sostenible en las políticas y prácticas laborales. Su contribución a la igualdad de trato depende de la implementación efectiva y el compromiso continuo de las organizaciones y la sociedad en su conjunto.

2.2. Distintivo de igualdad LGTBI

El establecimiento de un distintivo o sello que reconozca a las empresas que destacan en la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación LGTBI puede servir como un incentivo para que las empresas implementen prácticas inclusivas y una forma de visibilizar buenas prácticas en materia de igualdad que, a su vez, puede ser utilizado en la promoción de la empresa. Así, las empresas que destacan por su compromiso con la igualdad y la no discriminación de las personas LGTBI pueden ser más atractivas para el talento diverso, lo que les brinda una ventaja competitiva y contribuye a una fuerza laboral diversa y productiva.

En definitiva, fomentar la implantación de indicadores de igualdad y la creación de un distintivo que reconozca a las empresas comprometidas con la igualdad y la no discriminación de las personas LGTBI es importante para promover una cultura de igualdad, medir el progreso, atraer talento y cumplir con las leyes antidiscriminación. Estas medidas pueden contribuir significativamente a garantizar la igualdad de trato de las personas LGTBI en el sector público y privado. La promoción de indicadores y distinciones en el ámbito de la igualdad y no discriminación LGTBI es una estrategia efectiva para incentivar a las organizaciones a mejorar sus políticas y prácticas, en la medida en que son herramientas que fomentan la responsabilidad y la rendición de cuentas, y refuerzan el compromiso de las empresas con la diversidad y la inclusión en el lugar de trabajo.

2.3. Cumplimiento y fiscalización

En la implantación de medidas de fomento y apoyo a la igualdad también resulta esencial garantizar su cumplimiento efectivo para promover un entorno laboral equitativo y respetuoso. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos competentes desempeñan un papel esencial en este proceso donde fomentar la formación especializada para su personal es fundamental. Así, la colaboración, la prevención y la formación especializada son enfoques que pueden ayudar a garantizar la igualdad de trato de las personas LGTBI de manera efectiva.

La inspección de trabajo está encargada de garantizar el cumplimiento de las leyes laborales y de derechos humanos, y esto incluye la prevención y sanción de la discriminación.

La inspección de trabajo no solo se enfoca en sancionar las violaciones, sino también en prevenirlas. Al abordar la igualdad de trato de las personas LGTBI, se pueden prevenir situaciones de discriminación y promover un ambiente de trabajo inclusivo, lo que en última instancia reduce la carga de trabajo relacionada con denuncias y litigios.

Especial mención debe hacerse al hecho de que el legislador en la tarea atribuida de cumplimiento y fiscalización de las medidas de garantía frente a supuestos discriminatorios aluda expresamente a que “se fomentará la formación especializada para el personal de inspección” [apartado f) del art. 14].

La formación especializada permite a los inspectores y al personal competente adquirir un conocimiento más profundo y actualizado sobre las cuestiones específicas relacionadas con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales de las personas LGTBI en el contexto laboral, lo que les capacita especialmente para identificar y abordar situaciones de discriminación y desigualdad relativas a estos colectivos.

Una formación especializada les permite entender las leyes y regulaciones anti-discriminación relacionadas con las personas LGTBI y aplicarlas de manera efectiva en el ámbito laboral. Esto incluye la capacidad de investigar denuncias de discriminación, tomar medidas adecuadas y garantizar el cumplimiento de la ley. La formación no solo se centra en la comprensión legal, sino también en la sensibilización y la empatía hacia las experiencias de las personas LGTBI, lo que puede ayudar a los inspectores a abordar las denuncias con mayor comprensión y a brindar un apoyo adecuado a las personas afectadas.

En resumen, fomentar la formación especializada para el personal de inspección y otros órganos competentes es esencial para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos a la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el ámbito laboral. La formación específica les capacitaría para aplicar la legislación, prevenir la discriminación y contribuir a un entorno laboral inclusivo y respetuoso.

2.4. Fomento de la igualdad en el empleo

El tercer y último bloque de acciones de las Administraciones públicas se dirige a promocionar el empleo del colectivo LGTBI y garantizar su inclusión laboral, constituyendo un objetivo importante para crear un entorno laboral diverso, inclusivo y equitativo.

Consciente de ello, el legislador establece como una de las obligaciones principales, la promoción de medidas de igualdad en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo e impulsa la elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones Públicas y en las empresas que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación [apartados g) y h) del art.14 de la Ley LGTBI].

A) *Subvenciones de fomento del empleo*

Como una medida de apoyo al empleo para este colectivo se propone en la Ley el establecimiento de subvenciones de fomento del empleo [apartado g) del art. 14].

Promover la igualdad de trato y de oportunidades para las personas LGTBI en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo es una iniciativa importante que puede contribuir significativamente a la inclusión y la equidad en el mercado laboral.

La inclusión de cláusulas relacionadas con la igualdad de trato en las convocatorias de subvenciones para el empleo puede ayudar a reducir la discriminación y el acoso en el lugar de trabajo. Las empresas que reciben subvenciones deben comprometerse a respetar y promover la igualdad, lo que a su vez puede contribuir a crear un entorno laboral más seguro y acogedor.

Las Administraciones públicas pueden incluir requisitos de sensibilización y capacitación en materia de diversidad y LGTBI en las convocatorias de subvenciones. Esto puede ayudar a que las empresas y organizaciones adquieran las habilidades y conocimientos necesarios para crear un ambiente de trabajo inclusivo.

En esta labor también es importante que las Administraciones públicas realicen un seguimiento de las empresas que reciben subvenciones para asegurarse de que cumplen con los requisitos de igualdad de trato y de oportunidades, tales como la presentación de informes regulares sobre sus prácticas y políticas relacionadas con la diversidad.

Promocionar la igualdad de las personas LGTBI en las subvenciones de fomento de empleo implica integrar consideraciones de diversidad e inclusión en el proceso de concesión de subvenciones y en los requisitos que las empresas deben cumplir para acceder a estas subvenciones. Sin embargo, no se especifican las fórmulas de promoción de la igualdad, dejándolo el legislador al arbitrio de una legislación específica o de prácticas empresariales que pueden ser variadas en función de la situación de la empresa.

A modo de ejemplo, algunas formas de hacerlo podrían centrarse, entre otros aspectos, en:

- Incorporar cláusulas de no discriminación en las convocatorias de subvenciones: Incluir cláusulas que prohíban la discriminación por motivos de orientación e identidad sexual, expresión y características de género como un requisito para optar a la subvención. Exigir que las empresas receptoras de subvenciones se comprometan por escrito a respetar y promover la igualdad de trato y de oportunidades para todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género
- Exigir que las empresas beneficiarias de subvenciones participen en programas de sensibilización y capacitación en diversidad e inclusión, con un en-

foque en la comunidad LGTBI. Esto puede incluir la formación de empleados y directivos sobre temas de diversidad y sensibilización, para fomentar un entorno de trabajo inclusivo.

- Revisar y evaluar las políticas internas de igualdad de oportunidades y no discriminación de las empresas que solicitan subvenciones, en las que puede incluir la revisión de políticas de contratación, promoción y prevención del acoso en el lugar de trabajo.
- Reconocer y premiar a las empresas que tengan prácticas ejemplares en la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades para las personas LGTBI. Esto puede fomentar la adopción de buenas prácticas en el sector empresarial.

Al implementar estas medidas, las Administraciones públicas pueden promover activamente la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito del empleo, contribuyendo a la construcción de sociedades más inclusivas y justas. Estas acciones no solo benefician a las personas LGTBI, sino que también enriquecen a la sociedad en su conjunto y fomentan la diversidad en el lugar de trabajo.

B) Códigos éticos y protocolos

Una segunda actuación relacionada con la promoción del empleo de las personas LGTBI es la relativa a “impulsar la elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones públicas y en las empresas que contemplen medidas de protección frente a toda discriminación por las causas previstas en esta ley” [apartado h) del art. 14] que pueden resultar eficaces para prevenir la discriminación.

Impulsar la elaboración de códigos éticos y protocolos en las Administraciones públicas y en las empresas que contemplen medidas de protección de la igualdad del colectivo LGTBI es fundamental por varias razones:

La primera, porque la creación de códigos éticos y protocolos demuestra el compromiso de las Administraciones públicas y las empresas con la promoción de la igualdad y la no discriminación. Estos documentos establecen un marco que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, enviando un mensaje claro de inclusión y respeto a todos los empleados y ciudadanos.

La segunda, porque la existencia de códigos éticos y protocolos fomenta una cultura de respeto e inclusión en el lugar de trabajo y en la prestación de servicios públicos. Ayuda a crear un ambiente donde todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, se sientan seguras y valoradas. A su vez, los protocolos suelen incluir procedimientos para abordar el acoso y la discriminación que ofrecen a las personas LGTBI una vía para denunciar incidentes de discriminación o acoso y garantiza que se tomen medidas para abordarlos de manera efectiva.

La tercera, la implementación de códigos éticos y protocolos de igualdad para las empresas es una forma de crear entornos laborales seguros. Los empleados que se sienten seguros y respetados tienden a ser más productivos y comprometidos. Las organizaciones que demuestran un compromiso real con la igualdad y la inclusión suelen gozar de una mejor reputación y una imagen más positiva, lo que puede atraer a clientes, inversores y empleados que valoran la diversidad y la inclusión.

En consecuencia, la elaboración de códigos éticos y protocolos que contemplan medidas de protección de la igualdad del colectivo LGTBI es esencial para promover una sociedad más justa e inclusiva, tanto en el ámbito laboral como en la prestación de servicios públicos. Estos instrumentos contribuyen a prevenir la discriminación, a crear un entorno de trabajo seguro y respetuoso, y a fortalecer la imagen y la reputación de las organizaciones comprometidas con la igualdad. Las empresas deben establecer políticas claras de no discriminación que prohíban la discriminación basada en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o características sexuales. Estas políticas deben ser comunicadas y aplicadas de manera efectiva.

En consecuencia, las medidas legislativas son un paso importante, pero la igualdad real y efectiva para el colectivo de trabajadores LGTBI requiere de un enfoque integral que abarque la cultura organizacional, la sensibilización, el apoyo de la alta dirección y la participación de los empleados. También es esencial la colaboración con organizaciones externas y el monitoreo constante para evaluar el progreso y abordar cualquier desafío que surja. La igualdad real y efectiva es un objetivo que requiere el esfuerzo y el compromiso continuo de todas las partes interesadas.

IV. EL IMPULSO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGTBI

Otra de las obligaciones impuestas a las Administraciones Públicas en materia de igualdad de trato para el colectivo LGTBI es la regulada en el apartado e) del art. 14 que alude a “la necesidad de impulsar la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales y de la diversidad familiar y de prevención, eliminación y corrección de toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como de procedimientos para dar cauce a las denuncias”.

Como puede observarse, el impulso de la negociación colectiva como garante de la igualdad de trato para las personas LGTBI a través del establecimiento de cláusulas que garanticen la igualdad y protejan frente a discriminaciones a las personas

LGTBI, resulta esencial y de gran relevancia, puesto que aún son pocos los convenios colectivos que incluyen cláusulas en materia LGTBI y ello a pesar de que se manifiesta una tendencia al alza, donde cada vez son más numerosos los convenios que reconocen la situación que sufre el colectivo LGTBI.

No hay duda alguna de que la negociación colectiva desempeña un papel crucial en la promoción de la igualdad y la no discriminación de los trabajadores LGTBI en el ámbito laboral constituyéndose en una herramienta poderosa frente a la discriminación en el lugar de trabajo²⁴.

En una interpretación literal del precepto el papel otorgado a la Administración pública en defensa de la igualdad de trato de las personas LGTBI alude a la obligación de impulsar, aunque no concreta el alcance de la citada obligación de impulso de la negociación colectiva en este ámbito como hubiera sido deseable.

En otro orden de cosas, teniendo en cuenta el poco tiempo transcurrido desde la aprobación de esta ley no puede establecerse una análisis o balance de la protección de este colectivo a nivel de negociación colectiva. No obstante, se han revisado los convenios colectivos y acuerdos de modificación publicados en el BOE en el último año. Los convenios colectivos empiezan a aplicar la LITND donde la mayoría de las cláusulas de igualdad se circunscriben a situaciones de género. Las referencias a las personas trans se contienen en pocos convenios y las cláusulas que se encuentran son generalistas y se centran en indicar que “para luchar contra la discriminación por razón de sexo, identidad de género, raza u opinión, se establecerán los cauces necesarios para que las personas trabajadoras puedan proponer a través de sus representantes legales, nuevas conductas punibles, que se estudiarán en la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia”²⁵.

En términos generales, la negociación colectiva destaca por la ausencia de previsión alguna al respecto, salvo algunos convenios que se centran en las causas de discriminación para el colectivo LGTBI reproduciendo el tenor literal de la ley como el nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines que hace referencia, además de la orientación sexual, a la identidad de género y expresión de género²⁶; el Convenio colectivo de Adecco TT, S.A alude a la prohibición de discrimi-

24 UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, *Las personas LGTBI en la negociación colectiva: Análisis de la protección laboral de las personas LGTBI en la negociación colectiva en España*. 2021, pág. 30. https://www.ugt.es/sites/default/files/las_personas_lgtbi_en_la_negociacion_colectiva.pdf.

25 Resolución de 28 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo de Telefónica IoT & Big Data Tech, SAU. BOE 9 de octubre de 2023.

26 Resolución de 16 de enero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines. BOE 26 enero 2023.

minación por razón de la identidad sexual²⁷ y ETT y Convenio colectivo de NCR España, S.L que alude a medidas de diversidad e inclusión aunque sin concretar ninguna al respecto²⁸.

En definitiva, resulta evidente que, en materia de negociación colectiva, la situación deja mucho que desear, siendo muy pocos los convenios colectivos que se preocupan realmente por el colectivo LGTBI. No obstante, no debemos olvidar que la realidad actual supone un gran avance en comparación con años anteriores. Por ello, es de esperar que, en los próximos años, esta Ley LGTBI irá teniendo un mayor impacto en los procesos de negociación colectiva que se inicien tras su promulgación.

Por otra parte, cabe destacar el importante papel que en esta materia pueden adquirir los acuerdos interconfederales. Aunque inicialmente no tienen carácter normativo siendo sólo obligatorios para las partes firmantes, el hecho de que normalmente lo firmen los sindicatos mayoritarios provocará que pasen a formar parte como cláusulas de futuros convenios colectivos. A este respecto, el 19 de mayo de 2023 se publicó en el BOE la resolución de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC), firmado por los sindicatos UGT y CCOO y por las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME donde cabe destacar el capítulo décimo cuarto donde se menciona como reto el de fomentar la diversidad en las plantillas, proponiendo para ello acciones como promover plantillas heterogéneas, crear espacios de trabajo inclusivos y seguros, favorecer la integración y la no discriminación al colectivo LGTBI y asegurar que los protocolos de acoso y violencia en el trabajo contemplen la protección de las personas LGTBI en el ámbito laboral.

V. REFLEXIÓN FINAL

La Ley LGTBI ha supuesto un avance en el reconocimiento de la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Sin embargo, a pesar de los avances, aún existen importantes desafíos para lograr una igualdad real y efectiva más allá de la generalidad del precepto objeto de estudio. La aceptación de las personas LGBTI puede resultar complicada en algunos entornos laborales, donde perduran roles sociales o culturales que impiden que otras personas puedan ser como quieren ser y tener las mismas oportunidades que el resto. Identificar estos

27 Resolución de 9 de enero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Adecco TT, SA, ETT. BOE 20 enero 2023.

28 Resolución de 12 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de NCR España, SL. BOE 25 de noviembre.

desafíos y barreras es fundamental para comprender los obstáculos que las empresas enfrentan al implementar políticas de igualdad LGTBI en el ámbito laboral y para desarrollar estrategias efectivas para superarlos.

La igualdad real y efectiva es un objetivo continuo que requiere un esfuerzo constante y una cultura de respeto y diversidad en las organizaciones, donde hay algunos factores importantes para tener en cuenta, tales como la promoción de una cultura de respeto y diversidad, la sensibilización y la educación continua sobre las cuestiones LGTBI.

Por otra parte, la complejidad de las leyes y regulaciones relacionadas con la igualdad LGTBI puede generar incertidumbre y dificultades para las empresas en su esfuerzo por cumplir con los requisitos legales; de ahí que una vez más la negociación colectiva se convierta en la herramienta idónea para avanzar en la aplicación de medidas en defensa de los derechos y la igualdad de trato del colectivo LGTBI.

En cualquier caso, aunque aún es pronto para poder valorar la eficacia y resultados de esta ley, la ausencia de medidas concretas permite hablar de limitación en la aplicación real y efectiva y, por tanto, la obtención de resultados positivos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV *Estudio exploratorio de sobre la inserción sociolaboral de las personas trans*, Ministerio de igualdad. Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI, Madrid 2022, pág. 75. https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Informe_trabajo_trans20accesible.pdf
- CANO GALÁN, Y.: “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022. REQUENA MONTES, O.: “¿Apuntalando las bases de un derecho del trabajo con perspectiva de identidad de género?”, *Lex social*, vol.13, núm.1, 2023.
- CCOO. *Personas trans en el ámbito laboral. Guía para el proceso de transición*, 2017. <https://fsc.ccoo.es/b31a184b61386d54d9c8b2e48953b5b8000050.pdf>
- ESTEVE ALGUACIL, L Y NONELL I RODRÍGUEZ, A.: “Análisis del anteproyecto de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, aluden a “que se aprecia una falta de profundización y desarrollo en las políticas públicas y medidas de protección propuestas”. *Indret*, marzo, 2021.
- GOERLICH PESET, J.M.: “Normas omnibus, leyes transversales y sistema jurídico”, *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, 2023.

- INSTITUTO DE LA MUJER PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (IMIO) *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*, Madrid, 2017. <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2017/2017LGBTAmbitode-Empleo.pdf>
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres: ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023.
- LOUSADA AROCHENA, F.: “Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)”, e- *Revista Internacional de la protección social*, núm.1, 202.
- MALDONADO MONTOYA, J.P.: “Discriminación por razón de identidad y expresión de género en las relaciones laborales”, núm. 262, 2023.
- SAEZ LARA, C.: “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 5, 2022, págs. 43-65. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.03>
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, *Las personas LGTBI en la negociación colectiva: Análisis de la protección laboral de las personas LGTBI en la negociación colectiva en España*. 2021. https://www.ugt.es/sites/default/files/las_personas_lgtbi_en_la_negociacion_colectiva.pdf

Capítulo XV.

Integración sociolaboral de las personas trans

Ortiz De Solórzano Aurusa, C.

*Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

DOI: <https://doi.org/10.14679/3732>

Sumario: I. Introducción. II. Entorno normativo. III. Precisiones terminológicas. IV. La inserción sociolaboral de las personas trans en la Ley 4/2023: 1. Medidas en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans. 2. La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans. V. Conclusión. VI. Bibliografía. VII. Documentación.

I. INTRODUCCIÓN

Todas las personas tienen derecho a trabajar y a ejercer la profesión libremente elegida (art. 35 CE). El acceso a un puesto de trabajo es fundamental para garantizar la autonomía económica y unas condiciones de vida que aseguren el libre desarrollo social, educativo, político o cultural de las personas. En un contexto marcado por sociedades cada vez más diversas y complejas, las formas de exclusión o de discriminación sociolaboral afectan especialmente a los colectivos más vulnerables que, ante la falta de empleo, tienen que enfrentarse a graves consecuencias en los planos personal, social y económico.

Las personas trans tienen en muchos casos una percepción social negativa, siendo objeto de prejuicios o estereotipos, lo que incide directamente sobre su vulnerabilidad en general y también específicamente en diversas formas de discriminación en el empleo. Según el Estudio Exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans¹, del Ministerio de Igualdad, existen diversos factores que articulan

¹ Estudio coordinado por la Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI del Ministerio de Igualdad. El estudio, realizado en 2019, ha sido actualizado en abril de 2022. Puede accederse al mismo en https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Informe_trabajo_trans20accesible.pdf

esta situación de exclusión: laborales –discriminación en el acceso al mercado de trabajo y en el puesto de trabajo– con el consiguiente efecto económico –falta de recursos o ingresos inestables– pero también factores personales –desmotivación, baja autoestima– sociales –falta de vínculos afectivos y familiares, aislamiento– y culturales –estigmatización y prejuicios–. Se dan también situaciones de ocultamiento preventivo de la propia identidad y de autosegregación laboral de este colectivo, tendiendo a buscar empleo en ciertos sectores que tradicionalmente han estado más vinculados con la diversidad².

El Eurobarómetro de 2015 sobre discriminación³, dirigido a la población general, reflejaba que el 44% de la población española consideraba que las personas trans están en desventaja a la hora de conseguir un empleo. El dato está en consonancia con los que ofrece la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA, 2020), que indica que una de cada tres personas trans en Europa se ha sentido discriminada en el entorno laboral y/o a la hora de buscar trabajo⁴.

Los mecanismos y las herramientas destinadas a apoyar la inclusión socio laboral del colectivo trans, tales como programas de emprendimiento, de formación dual, programas de intermediación laboral con empresas, el acompañamiento en la inserción laboral o programas formativos específicos, pueden resultar determinantes. No obstante, a menudo estos recursos no tienen una amplia difusión o utilización por parte la población destinataria⁵, lo que sugiere la necesidad de identificar otras acciones específicas dirigidas a dar una respuesta coordinada e integral en la que participen tanto las administraciones públicas como los empresarios y la sociedad civil en su conjunto, como verdaderos artífices de una efectiva inserción sociolaboral.

2 Estas situaciones son expuestas por BETANZOS LEÓN, Natalia y MARTÍNEZ GARCÍA, Inmaculada: “Empleabilidad, trayectorias e intereses profesionales de personas transgénero y/o transsexuales en España”, *Revista Complutense de Educación*, Vol. 34, núm. 2 (2023), págs. 314 y ss.

3 Pueden accederse en https://data.europa.eu/data/datasets/s2077_83_4_437_eng?locale=es

4 Informe (2020) *A long way to go for LGTBI equalITNDNDy*, accessible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equaLITNDNDy-1_en.pdf

5 El Estudio Exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans, pone de manifiesto que sólo el 24,7% de las personas (552 en total) que fueron encuestadas para su realización habían participado en programas de fomento del empleo (formativos, de intermediación, de acompañamiento), así como la falta de efectividad de este tipo de programas, pues el 57% de las personas que habían participado en un programa no encontraron empleo una vez realizada la formación y el 23% había encontrado sólo un trabajo temporal. El dato es especialmente significativo entre los jóvenes entre 18 y 25 años, ya que el 65,8% de las personas trans de esas edades que habían realizado alguna formación específica para el empleo no encontraron trabajo tras finalizarla. Vid. págs. 56-57. No obstante, los datos deben analizarse teniendo en cuenta que –como pone de manifiesto el propio estudio (pág. 69)– la muestra de la encuesta no puede ser considerada representativa, al haberse empleado un muestreo de conveniencia, lanzado a través de las redes sociales y del movimiento asociativo.

II. ENTORNO NORMATIVO

La Ley LGTBI (aunque ha trascendido en los medios de comunicación como “Ley trans”), se articula en ochenta y dos artículos, estructurados en torno a un título preliminar y otros cuatro títulos, más un conjunto de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. Tiene entre sus objetivos, según la exposición de motivos, desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales erradicando las situaciones de discriminación. Asimismo, la iniciativa se define como la “garantía de los derechos” de las personas LGTBI⁶, ya que “remueve los obstáculos que les impiden ejercer plenamente su ciudadanía”.

El Título I de la Ley se dedica a la actuación de los poderes públicos. Define sus criterios y líneas generales de actuación, así como las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI. La especificidad del colectivo trans lleva a que se le dedique un título propio (el Título II) que se refiere a las medidas para la igualdad real y efectiva y define las políticas para este colectivo, el procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo, la Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans, la atención sanitaria integral o los protocolos de atención al alumnado trans contra el acoso transfóbico. Por último, en los títulos III y IV se aborda la protección efectiva y la reparación frente a la discriminación y la violencia por la LGTBIfobia, así como el régimen de infracciones y sanciones. A lo largo de sus disposiciones finales, la Ley recoge modificaciones de numerosas normas, entre ellas algunas del ámbito laboral como el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Empresas de Trabajo Temporal⁷.

El Capítulo II del Título II de la Ley LGTBI está dedicado a las políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. La Sección 2ª de este capítulo se refiere específicamente a las medidas en el ámbito laboral que deben adoptar las administraciones públicas en general y en particular el Ministerio de Trabajo y Economía social dentro de sus respectivas competencias. Algunas de esas

6 Esta terminología no coincide plenamente con la empleada en la UE en su Estrategia para la igualdad de este colectivo, que identifica con las siglas LGBTIQ. Se trata del documento *Unión de la Igualdad: Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2020. Puede accederse al mismo en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52020DC0698>

7 Vid. respectivamente las disposiciones finales decimocuarta y tercera. Además, la norma también modifica la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (DF 6ª), la Ley reguladora de la jurisdicción social (DF 12ª) y la Ley de empleo (DF 15ª).

disposiciones van directamente orientadas al fomento del empleo de este colectivo, con la previsión de medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo (art. 54 Ley LGTBI); otras, de carácter más amplio, tienen como objetivo impulsar la integración sociolaboral de las personas (art. 55 Ley LGTBI). Estas disposiciones necesariamente tienen que completarse con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la norma, que se refieren a una serie de medidas para garantizar en el ámbito laboral la igualdad de trato y la no discriminación de las personas LGTBI. Estos preceptos también son aplicables al colectivo trans en la medida en que pertenece a dicha categoría.

Por otra parte, la Ley LGTBI está estrechamente relacionada con la LITNDND, que regula derechos y obligaciones, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, para respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución Española. Específicamente, el art. 2 LITNDND prohíbe la discriminación por orientación o identidad sexual y expresión de género, que son causas de discriminación que directamente pueden afectar a las personas trans. La norma también admite diferencias de trato –discriminación positiva– destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales.

El 28 de febrero de 2023, además de la Ley trans, también se aprobó la Ley 3/2023 de empleo, que identifica entre los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo⁸, las personas LGTBI, en particular trans. Como dispone en su artículo 50.2 LE, corresponde al Sistema Nacional de Empleo, asegurar el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo, que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que integran estos colectivos y a sus necesidades específicas. La condición de colectivo prioritario determinará el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, cuyo cumplimiento se evaluará en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales.

8 A efectos de la Ley de Empleo, se consideran colectivos de atención prioritaria, aquellos con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad (art. 3. d LE). El artículo 50 LE identifica estos colectivos, identificando, entre otros –al margen del colectivo LGTBI, ya mencionado– a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, las personas con discapacidad, con capacidad intelectual límite o trastornos del espectro autista, personas mayores de 45, migrantes, víctimas de tratos de seres humanos, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, etc. Se trata de una enumeración abierta porque se pueden determinar otros colectivos –diferentes de los enumerados por la ley– en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

La inclusión de las personas trans entre los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, implica garantizarles la prestación de unos servicios especializados para facilitar su inserción laboral (art. 31 LE), con la puesta a disposición del conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales o sociales no se conviertan en barreras en el proceso de intermediación laboral (art. 40.2, d LE). También se abre la posibilidad de articular programas específicos de apoyo al empleo, con carácter extraordinario y temporal y financiación para ofrecer un apoyo económico y promover acciones de mejora de la empleabilidad (art. 49.1 LE). En definitiva, la atención especializada a los colectivos prioritarios de las políticas de empleo –entre ellos, las personas trans–, eliminando cualquier discriminación y asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral, se erige en uno de los objetivos de la política de empleo, definidos en el art. 4 LE.

Actualmente todas las comunidades autónomas, excepto en Asturias y Castilla y León, cuentan con normas específicas para el colectivo LGTBI⁹. Se trata de normas transversales que tratan de evitar la discriminación de estas personas. Generalmente se refieren a ciertos ámbitos dentro de sus competencias –sanidad, educación, fomento del empleo, protección a la familia, entre otros– para establecer medidas y herramientas orientadas a facilitar el desarrollo de la vida en igualdad de condiciones. Específicamente en materia laboral, la falta de competencia normativa ha llevado a las comunidades autónomas a establecer diversos mecanismos incardinados en las políticas públicas de empleo. El alto grado de heterogeneidad de estas regulaciones arroja un mapa fragmentado con un alcance muy diferente en la protección. Las medidas previstas en las normas autonómicas son también de muy diversa índole¹⁰. Desde acciones de discriminación positiva –a través de cupos de empleo, bonificaciones fiscales o cláusulas de igualdad en subvenciones y contratos públicos– hasta códigos éticos en empresas, cláusulas antidiscriminatorias y planes de igualdad, pasando por planes de inserción laboral, con programas específicos para la población LGTBI o trans.

En el marco de la Unión Europea se han aprobado un conjunto de normas dirigidas al reconocimiento del colectivo LGTBI en general y de las personas trans

9 El País Vasco fue la comunidad autónoma pionera en regular esta materia, con la 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. Castilla-La Mancha, con la Ley 5/2022, de 6 de mayo, de diversidad sexual y Derechos LGTBI ha sido la última comunidad en legislar en este ámbito. Algunas comunidades autónomas –Andalucía, Aragón, Comunidad Valenciana y Madrid– cuentan con dos leyes diferenciadas en materia LGTBI e identidad de género.

10 Para una visión panorámica del alcance de las diversas normas autonómicas puede verse HERNÁNDEZ MELIÁN, Alejandro: “Análisis y clasificación de las políticas de empleo para las personas trans en España: marco europeo y regulación autonómica”, *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 18, núm.1 (2023), págs. 122-128.

en particular. Entre ellas destaca la Directiva UE 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y el empleo y que se refiere, junto a otros colectivos susceptibles de ser marginados o discriminados, a las personas, gays, lesbianas, bisexuales y trans¹¹. La transposición de esta Directiva se llevó a cabo a través de los artículos 34 a 43 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, los cuales, además de establecer algunos principios generales, modificaron normas laborales básicas introduciendo la prohibición de discriminación por orientación sexual. No obstante, se trata de una transposición parcial¹² que ha sido completada por la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación.

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En términos legales la persona trans es aquella “cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer” (art. 4, k Ley LGTBI)¹³, entendiéndose por identidad sexual –siempre según la ley– la “vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer” (art. 4, i Ley LGTBI). Sin entrar en disquisiciones antropológicas, que no son objeto de este estudio, la noción legal de persona trans contrapone los conceptos de “sexo asignado al nacer” e “identidad sexual”. El carácter objetivo del primero contrasta con la naturaleza subjetiva que se otorga a la identidad sexual, al ser considerada una vivencia interna e individual que la persona siente y autodefine. Enlazando ambas categorías legales se puede obtener un concepto normativo más preciso de la persona trans como aquella cuya vivencia interna e individual del sexo, tal y como la persona la siente y autodefine, no se corresponde con el sexo asignado al nacer.

Resulta particularmente interesante acudir a la sentencia del Tribunal Constitucional (en pleno) 67/2022, de 2 de junio de 2022¹⁴, que, resolviendo un re-

11 Sobre el contenido concreto de la Directiva puede verse CANO GALÁN, Yolanda: “Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho Social de la Unión Europea” en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, María Emilia y GIL ALBURQUERQUE, Román, dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Ed. Francis Lefebvre, 2ª edición. Madrid, 2019, págs. 464 y ss.

12 Vid. el apartado II del Preámbulo de la Ley 15/2022.

13 ARRÚE MENDIZÁBAL, Marta: “El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF núm. 473 (2023), pág.132, entiende que es una definición sencilla que, al aludir solamente a la condición sexual puede limitar este colectivo excluyendo, por ejemplo, a quienes se identifican con su sexo pero no con el género asociado al mismo.

14 BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022.

curso de amparo ante la supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual, realizó algunas precisiones terminológicas, seleccionando y definiendo los conceptos asociados al estudio de la identidad de género, dado el “estado de indefinición actual de muchos de los conceptos (...) a falta de un consenso técnico y jurídico” al respecto¹⁵. El propio TC pone de manifiesto que esta conceptualización no coincide plenamente con la contenida en otras sentencias del alto tribunal que abordaron en su momento diversas cuestiones relacionadas con las personas trans¹⁶.

La sentencia distingue, en primer lugar, los conceptos de *sexo* y de *género*. El paso es importante, porque hasta este pronunciamiento la jurisprudencia constitucional y la legislación venían utilizando ambos términos como sinónimos¹⁷. Por una parte, el sexo –según expresa el TC– viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que definen a la persona. Sin embargo, el género tiene que ver con la identidad social de una persona, basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de personalidad, las actitudes y los comportamientos que se atribuyen de forma diferencial a hombres y mujeres¹⁸. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos. Mientras el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales, por lo que pueden cambiar de una sociedad a otra y de un tiempo histórico a otro¹⁹.

Como también señala el TC ni el sexo ni el género pueden ser considerados derechos, en sentido estricto, sino condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos. En particular, conforman uno de los muchos elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE), la propia identidad.

Los conceptos de sexo y género conectan con los de identidad sexual e *identidad de género*, este segundo entendido como la identificación de la persona con caracte-

15 STC 67/2022, FJ 3.

16 En particular se refiere a las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre y 99/2019, de 18 de julio.

17 Como pone de manifiesto MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo: “Discriminación por razón de identidad y expresión de género en las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262 (2023), apartado II.1 de la versión electrónica del artículo manejada.

18 Como señala CANO GALÁN, Yolanda: “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2022), pág 4., en la actualidad es difícil identificar todos los tipos de géneros que existen -se han llegado a identificar hasta 37, como recoge la autora- entre otras cosas por el componente cambiante que rodea el término, lo que hace improbable la posibilidad de realizar una enumeración exhaustiva.

19 STC 67/2022, FJ 3 a).

res definitorios del género que pueden coincidir o no con su sexo. Normativamente se ha reconocido autonomía al término identidad de género²⁰, poniendo especial atención en distinguirlo del concepto de *orientación sexual*, referido a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo. En concreto, el artículo 3 h) Ley LGTBI la define como atracción física, sexual o afectiva hacia una persona, especificando que esta orientación puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

La orientación sexual y la identidad de género también son, a tenor de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, condiciones personales y elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH) tal y como se deriva de una consolidada jurisprudencia del TEDH²¹.

Siguiendo lo establecido en la STC 67/2022²², dentro de la diversidad de identificaciones personales que incluye el concepto identidad de género²³, la expresión *trans* puede entenderse omnicomprendiva de todas aquellas identidades que ponen de manifiesto una discordancia entre ésta y el sexo de la persona. Esta denominación genérica engloba las situaciones en las que se produce una modificación del aspecto del cuerpo de la persona o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; también las situaciones en las que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad e incluso las situaciones en que, sin que exista una transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como la adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamientos propios del género con el que se identifica la persona, independientemente de cual sea su sexo biológico. Como señala el propio Tribunal Constitucional acudir al término trans implica un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad de situaciones –transexuales hombres o mujeres, personas no binarias, travestis, *queer*, personas de género fluido, asexuales, polysexuales o simplemente quienes definen su género como “otro”–.

20 Expresión que ya utilizaba la derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (derogada por la Disposición Derogatoria única de la Ley 4/2023) y que también aparece en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de violencia de género y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.

21 STC 67/2022, FJ 3 b). El TEDH atribuye al concepto “vida privada” una definición amplia, que abarca el derecho a la integridad física y psicológica, incluyendo en ella la orientación sexual –entre otras, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía– o la identidad de género de las personas trans –por ejemplo, en STEDH de 6 de abril de 2017, asunto AP. Garçon y Nicot c. Francia–.

22 En este punto véase específicamente el Fundamento jurídico 3, apartado c).

23 Se trata, como lo califica CANO GALÁN, Yolanda: “Discriminación por transexualidad...”, cit. pág. 26.

También se alude al concepto *expresión de género* definido en la Ley LGTBI como manifestación que cada persona hace de su identidad sexual. De manera más amplia, la STC 67/2022 relaciona este concepto con el modo en que una persona exterioriza su género en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética. La expresión de género se entiende que forma parte del derecho a la propia imagen –art. 18.1 CE–, como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, que son definidos en la doctrina constitucional como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona²⁴.

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional se anticipa a la LITND, cuyo articulado se refiere a la identidad sexual y la expresión de género, aunque no las define; se adelanta también a la propia Ley LGTBI, que a las anteriores circunstancias añade ahora las características sexuales. Todos estos conceptos han sido incorporados en diferentes normas²⁵ y, en concreto, en los artículos 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁶.

IV. LA INSERCIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS TRANS EN LA LEY LGTBI

1. Medidas en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans

A pesar de la amplitud con que la Ley LGTBI define su propio ámbito de aplicación en el artículo 2²⁷, las medidas orientadas a la inserción laboral de las personas trans tienen como destinatarios, básicamente, a las administraciones públicas. Se prevén, por separado, medidas de fomento del empleo de las personas trans

24 STC 117/1994, de 25 de abril (FJ 3º).

25 Por ejemplo, en la Ley de Empleo, en la Ley reguladora de la jurisdicción social o en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Vid., respectivamente, las Disposiciones finales decimoquinta, duodécima y sexta de la Ley 4/2023.

26 Disposición final decimocuarta de la Ley 4/2023. Paradójicamente la Ley trans no menciona la STC 67/2022 entre la jurisprudencia constitucional relacionada en el Preámbulo, lo que difícilmente parece un olvido, como señala MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo: “Discriminación por razón de identidad...”, cit. apartado III.2.

27 Según dispone el precepto, la Ley –4/2023– será de aplicación a toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, estado civil o situación administrativa, en los términos y con el alcance que se contemplan en dicha norma y en el resto del ordenamiento jurídico.

–art. 54 Ley LGTBI– y medidas de integración socio laboral –art. 55 Ley LGTBI– que responden a objetivos y a principios similares, puesto que el empleo no deja de ser un instrumento –posiblemente el primero– para facilitar la inserción social de las personas.

Específicamente, en lo que se refiere al fomento del empleo, la norma dispone que el Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñará medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo, con especial atención a las mujeres trans. Se trata, en el fondo, de una disposición que enlaza con la previsión legal del artículo 17.3 ET, que habilita al Gobierno a adoptar medidas de fomento del empleo –en forma de subvenciones, desgravaciones u otras medidas– para grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. El único “valor añadido” ahora es identificar a las personas trans, y específicamente a las mujeres de este colectivo, como uno de esos grupos de trabajadores que presentan mayores dificultades para acceder o permanecer en el mercado de trabajo y, en consecuencia, pueden ser destinatarios de estas medidas públicas.

En este punto las comunidades autónomas han adoptado algunas medidas. Así, por ejemplo, en Aragón se prevé un cupo no inferior al 1% para personas trans en las plazas vacantes de la administración pública. También son frecuentes los incentivos fiscales y los criterios de igualdad en subvenciones y contratos públicos, con la valoración positiva de medidas sobre igualdad de oportunidades en las entidades concurrentes²⁸.

En relación con la integración sociolaboral, la Ley LGTBI establece la genérica obligación de las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, de adoptar las medidas necesarias para impulsarla, limitándose a enumerar a modo ejemplificativo algunas de ellas. Se trata, en realidad de una previsión de medidas genéricas que “podrán” desarrollarse²⁹, por lo que en realidad puede decirse que el valor de la norma en este punto es meramente programático. También es significativa la ausencia de obligaciones concretas para las empresas, más allá de las previsiones sobre planes de igualdad, en los términos que se verá un poco más adelante. En general, las acciones propuestas a las administraciones públicas, a los interlocutores sociales y a las empresas son de promoción o impulso, pero no obli-

28 Así, por ejemplo, Canarias o la Comunidad de Madrid recogen estas medidas de discriminación positiva. Otras, como Cantabria, Cataluña, Extremadura o Galicia se limitan a la inserción de cláusulas de igualdad en subvenciones y contratos públicos.

29 Como señala SÁEZ LARA, Carmen: “Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* núm. 5 (2022), pág. 62. La afirmación, que se realiza respecto del anteproyecto de ley, tiene plena vigencia respecto del texto definitivamente aprobado, porque se mantiene en los mismos términos.

gatorias³⁰. El régimen de infracciones y sanciones establecido en la ley, corrobora la idea de que –al menos en lo que se refiere a la inserción sociolaboral de las personas trans– se trata de disposiciones de *soft law*. Ello sin perjuicio de las infracciones previstas en materia de igualdad en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), dirigidas fundamentalmente a evitar las discriminaciones directas e indirectas en el empleo y en el acceso al mismo, así como el acoso en general³¹.

En concreto, el artículo 55.2 Ley LGTBI se refiere al desarrollo de estrategias y campañas de concienciación en el ámbito laboral. A tal fin puede contribuir, por ejemplo, la realización de las campañas divulgativas sobre igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI por parte de los agentes sociales, a que se refiere el artículo 14 c) Ley LGTBI. También la recopilación y difusión de buenas prácticas de las empresas en materia de inclusión LGTBI, que la Ley trans encomienda al Consejo de Participación de las personas LGTBI³² –creado por la propia norma– puede contribuir a alcanzar este objetivo.

Igualmente se habla de modo genérico de implementar medidas para organismos públicos y empresas privadas que favorezcan la integración e inserción laboral de las personas trans. Para ello se podría fomentar la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación de las personas trans, así como impulsar, a través de los agentes sociales y mediante la negociación colectiva, la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de promoción de la diversidad, a lo que se refiere también la Ley trans en el apartado e) del artículo 14.

Otra de las posibilidades de actuación de las administraciones públicas pasa por monitorizar la evolución de la situación laboral de las personas trans en su

30 En el caso de la Ley trans esta forma de proceder no puede ampararse –a diferencia de las normas autonómicas– en la falta competencial. De ahí que se haya calificado la norma como “timorata” ya que, salvo excepciones, prácticamente no establece obligaciones o, cuando lo hace, las deriva a una futura regulación más concreta, como pone de manifiesto ARRÚE MENDIZÁBAL, Marta: “El derecho a la identidad sexual/género...”, cit., pág.167.

31 Artículo 8 apartados 12-13 bis y artículo 16.1, c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

32 Como establece el art. 9 LEY LGTBI, el Consejo de Participación de las Personas LGTBI es el órgano de participación ciudadana en materia de derechos y libertades de las personas LGTBI y tiene por finalidad institucionalizar la colaboración y fortalecer el diálogo permanente entre las Administraciones públicas y la sociedad civil en materias relacionadas con la igualdad de trato, la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, así como de reforzar la participación en todos los ámbitos de la sociedad de las personas LGTBI y sus familias. El Consejo, que depende del Ministerio de Igualdad a través de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, es un órgano colegiado que se rige por la Orden IGD/577/2020, modificada por la orden IGD/506/2021.

territorio de competencia, lo que puede incluir, por ejemplo, el fomentar la implantación progresiva de indicadores de igualdad que tengan en cuenta la realidad de las personas trans en el sector público y privado, en similares términos a los previstos en el art. 14 d) de la Ley LGTBI.

También está previsto el establecimiento de subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans desempleadas (art. 55.2, d Ley LGTBI). Esta disposición no supone ninguna novedad, pues a tenor del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, los trans son –por su condición de colectivo de atención prioritaria para la política de empleo³³– potenciales destinatarios de medidas de fomento de la contratación, tanto en forma de bonificaciones de cotización como mediante subvenciones públicas, así como de otros programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo estable³⁴. No obstante, el citado Decreto-ley de incentivos, no incorpora ayudas específicas para la contratación de personas trans, por lo que solo podrán beneficiarse en caso de encontrarse en alguna de las situaciones previstas en la norma que dan derecho a bonificación (víctimas –de diferentes supuestos de violencia y del terrorismo–, personas en situación de exclusión social, parados de larga duración, etc.)³⁵.

La Ley LGTBI no menciona expresamente los conocidos como Programas o Planes de Inserción Laboral (PIL), que constituyen un conjunto organizado de actuaciones encaminadas a facilitar la inserción laboral de las personas. Estos planes se revelan importantes instrumentos a la hora de desarrollar intervenciones desde los servicios sociales o el tercer sector con colectivos vulnerables, ya que permiten el seguimiento y control de cada persona, posibilitando un mayor porcentaje de éxito en la inserción laboral. Prácticamente todas las comunidades autónomas que tienen legislación en materia de igualdad de género han recogido la necesidad de implementar planes de empleo específicos para el colectivo trans³⁶.

Tampoco se menciona en la Ley LGTBI ningún procedimiento de seguimiento y control de la ejecución de las medidas señaladas y de su impacto en la sociedad en general –y en colectivo afectado en particular– como sí está previsto en algunas comunidades autónomas³⁷.

33 Artículo 50.1 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo.

34 Vid. artículos 4 a 6 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de incentivos a la contratación.

35 Los colectivos cuya contratación de bonifica están previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Real Decreto-ley 1/2023 (arts. 14-31).

36 Galicia constituye la excepción más significativa, al no haber tenido en cuenta los planes de empleo entre las medidas sociolaborales.

37 Así ocurre, por ejemplo, en Andalucía, Comunidad Valenciana o La Rioja. Otras comunidades autónomas, han incorporado además una evaluación del impacto sobre la diversidad de género en

Por último, con un carácter y un alcance bastante diverso al resto del precepto, el apartado 3 del artículo 55 Ley LGTBI obliga a incluir expresamente a las personas trans en la elaboración de planes de igualdad y no discriminación, con especial atención a las mujeres de este colectivo. Esta medida necesariamente debe ponerse en relación con la obligación impuesta por el artículo 15 de la Ley trans a las empresas de más de cincuenta trabajadores, de contar con un plan de igualdad para las personas LGTBI. Aunque la norma confía la regulación del contenido y del alcance de esta medida a un posterior desarrollo reglamentario –para el que no se establece un plazo concreto de aprobación– la ley se refiere a este plan como un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas de este colectivo. Las medidas de este plan –que las empresas obligadas deberán tener en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley³⁸– serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de los trabajadores.

Varias dudas se pueden plantear al respecto. La primera si el plan de igualdad LGTBI previsto en la Ley trans es un instrumento distinto de los planes de igualdad del art. 45 de la Ley Orgánica de Igualdad (LOI)³⁹, regulados en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre. Considero que hay dos argumentos para considerar que se trata de dos documentos autónomos. Por una parte, porque cuando la Ley trans impone esta obligación ni siquiera menciona los planes de igualdad por razón de sexo. Y por otra parte por el distinto ámbito subjetivo de ambos planes, ya que mientras los planes de igualdad de la LOI estarían dirigidos a eliminar toda discriminación de sexo –entre mujeres y hombres– en el caso de los planes de igualdad de Ley trans, el objeto sería más bien la igualdad de real y efectiva de las personas LGTBI, evitando discriminaciones por razón de orientación sexual y más concretamente por expresión de género. No obstante, cabe pensar que lo previsto en el RD 901/2020 para los planes de igualdad de sexo será aplicable supletoriamente.

En el caso específico de las personas trans, como se ha visto, el artículo 55.3 Ley LGTBI, obliga a incluirlos expresamente en la elaboración de “planes de igualdad y no discriminación”. Una lectura coordinada de este precepto con el artículo 15 de la misma ley, lleva a concluir que se refiere a los planes de igualdad LGTBI –y no tanto

todas las leyes aprobadas en su territorio. Es el caso, entre otros, de la Comunidad de Madrid, Aragón, Baleares o Navarra.

38 A tenor de la entrada en vigor prevista en la Disposición final vigésima de la Ley 4/2023 –al día siguiente de la publicación de la norma en el Boletín Oficial del Estado– el plazo se cumplirá el 2 de marzo de 2024.

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

a los planes de igualdad por razón de sexo– que deberán incorporar expresamente medidas en favor de las personas trans, como parte del colectivo LGTBI.

2. *La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans*

Sobre la base de que para conseguir inserción sociolaboral de las personas trans no bastan acciones puntuales, sino que se requiere el desarrollo de una estrategia integral de inclusión social, educativa y laboral, la Ley LGTBI encomienda al Ministerio de Igualdad la elaboración de la Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans (art. 52 Ley LGTBI).

La Estrategia, de carácter cuatrienal, está llamada a ser el instrumento principal para impulsar, desarrollar y coordinar las políticas y los objetivos generales en orden a garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans en el ámbito de la Administración General del Estado. Debe incorporar de forma prioritaria medidas de acción positiva en el ámbito laboral, educativo, sanitario y de vivienda. Para que estas medidas se basen en un diagnóstico claro, la Estrategia también incluirá la realización de los estudios necesarios para conocer la situación real de las personas trans desde el punto de vista socioeconómico, psicosocial y en el ámbito de la salud.

La elaboración de la Estrategia se encomienda al Ministerio de Igualdad, sin perjuicio de la participación de otros ministerios cuyas competencias tengan una especial incidencia en la materia. También se cuenta con la participación de las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de los derechos de las personas trans.

Una vez aprobada la Estrategia por el Consejo de Ministros, el Ministerio de Igualdad realizará el seguimiento y la evaluación de la misma. A estos efectos, está previsto que eleve al Gobierno un informe de evaluación intermedia –a los dos años de la aprobación de la Estrategia– y un informe de evaluación final cuando se cumpla el periodo de vigencia. De ambos informes deberá darse cuenta a las Cortes Generales. Para facilitar el seguimiento y la evaluación de la efectividad de la Estrategia, deberá incluir un sistema de indicadores de modo que sea posible evaluar su eficacia y grado de cumplimiento.

La Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans, no puede entenderse sino en el marco de la Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI, que está prevista en el artículo 10 Ley LGTBI. Este documento se concibe como el instrumento principal de colaboración territorial para el impulso y desarrollo de las políticas básicas y de los objetivos generales establecidos en la Ley trans. A estos efectos, está previsto que en su elaboración par-

ticipen no solo el Ministerio de Igualdad y otros ministerios afectados, sino también las comunidades y ciudades autónomas.

La Estrategia para la igualdad de trato debe incorporar los principios básicos de actuación en materia de no discriminación, cuyo desarrollo corresponderá a los respectivos planes de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias. También incluirá medidas para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación de las personas LGTBI, así como para la información, sensibilización y formación en igualdad de trato hacia este colectivo, prestando especial atención a la prevención de la violencia por LGTBIfobia, así como a la violencia entre parejas del mismo sexo.

Este documento, que también tendrá carácter cuatrienal, deberá coordinarse con la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación que se regula en el artículo 34 de la LITND.

Para la elaboración de la Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y de la Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans, la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género ha tramitado un expediente de contratación de servicios para apoyo del diseño, elaboración, acompañamiento y seguimiento de ambos documentos, con una duración de 54 meses, por un importe de licitación que asciende a más de 235.000 euros sin impuestos⁴⁰. Previamente, el Consejo de Ministros autorizó la modificación de los límites de gasto de los próximos ejercicios para que el Ministerio de Igualdad cuente con 285.000 euros hasta 2026 y pudiera contratar servicios de apoyo para diseñar, elaborar y hacer el seguimiento de las citadas estrategias⁴¹.

V. CONCLUSIÓN

Ya Aristóteles señaló que el ser humano es un ser social por naturaleza. El libre –y pleno– desarrollo de la personalidad, que la Constitución Española identifica como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, conlleva –entre

40 Como se extrae de la información disponible en el Portal de Transparencia de la AGE, el adjudicatario del contrato es Esmeralda Sociedad Cooperativa y el importe de la adjudicación (sin impuestos) es de 210.988 euros. La información, actualizada a 8 de marzo de 2023, puede consultarse en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20\(2\).aspx#LGTBI](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20(2).aspx#LGTBI)

41 En concreto, la ampliación del importe previsto para futuros ejercicios (2023-2026) es de 228.000 euros con el detalle que figura en la referencia del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022, en el que se autorizó la modificación del límite de gasto. Esta información está accesible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20\(2\).aspx#LGTBI](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20(2).aspx#LGTBI)

otras cosas– la obligación de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). El empleo se revela como uno de los factores principales de socialización, en la medida en que posibilita la participación e integración en la comunidad y al mismo tiempo permite poseer una autonomía personal y social.

Hablar de inserción social es, por tanto, hablar de empleo. No en vano, es común la utilización de la expresión inserción –o integración– sociolaboral, para referirse a los instrumentos o estrategias necesarios para facilitar el acceso al empleo y al desarrollo de una trayectoria profesional, que debe conducir a la integración de la persona en la sociedad. Estas herramientas configuran toda una política social orientada a los colectivos más vulnerables o en riesgo de exclusión.

La Ley LGTBI, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI –conocida como Ley trans– se refiere expresamente a la integración sociolaboral de las personas trans, en el marco de las medidas en el ámbito laboral para promover la igualdad real y efectiva de este colectivo. Lo hace en una disposición de escaso contenido normativo, encomendando a las administraciones públicas la adopción de las medidas necesarias para impulsar la integración sociolaboral e indicando –a modo meramente ejemplificativo– las acciones que las administraciones “podrán” desarrollar. Se sugiere, por ejemplo, monitorizar la evolución de la situación laboral de las personas trans, la implementación de campañas de concienciación en el ámbito laboral o la adopción de subvenciones para favorecer la contratación de personas de este colectivo que estén desempleadas. Estas y cualesquiera otras medidas que se establezcan con la misma finalidad tendrán su marco específico en la Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans, todavía pendiente de aprobación, que está llamada por la propia ley a ser el instrumento principal para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y objetivos generales en esta materia dentro de la Administración General del Estado.

Por otra parte, la aprobación de la ley trans llega en un momento en el que casi todas las comunidades autónomas han aprobado normas específicas para el colectivo LGTBI. Estas regulaciones, pese a la falta de competencia normativa en materia laboral, establecen diversos mecanismos de política de empleo, que en algunos casos son más audaces que la normativa estatal. Tampoco puede olvidarse que la reciente Ley de empleo identifica a las personas LGTBI –trans, en particular– entre los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, lo que implica la garantía de unos servicios especializados y abre la posibilidad de articular programas específicos de apoyo al empleo. También son potenciales destinatarios de medidas de fomento de la contratación –en forma de bonificaciones de cotización o subven-

ciones públicas– aunque la normativa de incentivos vigente no incorpora ayudas específicas a la contratación de personas trans.

La única obligación concreta de la Ley en este ámbito afecta a las empresas, que deben incluir en los planes de igualdad expresamente a las personas trans –con especial atención a las mujeres de este colectivo–. Esta exigencia debe conectarse con la obligación de las empresas de más de cincuenta trabajadores de contar con plan de igualdad LGTBI, fruto de la negociación colectiva, que también impone la Ley LGTBI. La regulación y alcance de estos planes se confían a una futura regulación reglamentaria.

Por último, puede señalarse que, pese al esfuerzo de la Ley LGTBI en la definición de los conceptos asociados a la diversidad sexual, la sencillez de la definición de las personas trans contrasta con la heterogeneidad de situaciones que se producen en la práctica. Probablemente el legislador, consciente del riesgo de imprecisión técnica ha optado por una definición omnicomprendensiva de aquellas identidades sexuales que ponen de manifiesto una discordancia entre ésta y el sexo de la persona.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARRÚE MENDIZÁBAL, Marta: “El derecho a la identidad sexual/género y a la libertad de expresión de género. Los avances en la protección sociolaboral de las personas trans” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF núm. 473 (2023).
- BETANZOS LEÓN, Natalia y MARTÍNEZ GARCÍA, Inmaculada: “Empleabilidad, trayectorias e intereses profesionales de personas transgénero y/o transexuales en España”, *Revista Complutense de Educación*, Vol. 34, núm. 2 (2023).
- CANO GALÁN, Yolanda:
- “Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2022).
 - “Igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho Social de la Unión Europea” en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, María Emilia y GIL ALBURQUERQUE, Román, dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Ed. Francis Lefebvre, 2ª edición. Madrid, 2019.
- HERNÁNDEZ MELIÁN, Alejandro: “Análisis y clasificación de las políticas de empleo para las personas trans en España: marco europeo y regulación autonómica”, *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 18, núm.1 (2023).
- MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo: “Discriminación por razón de identidad y expresión de género en las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262 (2023).

SÁEZ LARA, Carmen: "Orientación e identidad sexual en las relaciones de trabajo", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* núm. 5 (2022).

VII. DOCUMENTACIÓN

Estudio exploratorio sobre la inserción sociolaboral de las personas trans. Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI. Ministerio de Igualdad. 2022. https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Informe_trabajo_trans20accesible.pdf

A long way to go for LGTBI equalITNDNDy. Informe de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA, 2020). https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equaLITNDNDy-1_en.pdf

Unión de la Igualdad: Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52020DC0698>



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales

En la presente obra colectiva se incluyen quince capítulos de trabajo de investigación en profundidad sobre cinco textos normativos relevantes, cuyo punto en común es que incorporan aspectos jurídico-laborales relacionados con la igualdad y no discriminación, en los que conviene detenerse para conocer los cambios que operan en las normas vigentes hasta el momento. Se trata de las Leyes sociales siguientes: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Esta obra resultará provechosa para los profesionales del Derecho y las Relaciones Laborales, así como para toda persona interesada en los temas relacionados con la igualdad.

