

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. <i>Principios internacionales inspiradores</i>	23
2. <i>Una tendencia normativa persistente</i>	25
3. <i>Alcance de la LOPIVI</i>	25
III. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN (LITND)	27
1. <i>Antecedentes y objetivos</i>	27
2. <i>Caracteres generales</i>	28
3. <i>Motivos de discriminación proscritos</i>	29
4. <i>Dinámica de la tutela</i>	42
5. <i>Tipos de discriminación</i>	43
6. <i>La acción positiva</i>	46
7. <i>La indemnidad</i>	47
8. <i>Contenidos laborales adicionales</i>	50
IV. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (LOGILS)	52
1. <i>Alcance general y contexto</i>	52
2. <i>Principales aspectos laborales</i>	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. <i>Caracterización general y contexto</i>	57
2. <i>Principales aspectos sociolaborales</i>	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. Ámbito de aplicación.....	286
2. El carácter integral y transversal de la norma.....	287
II. Derechos laborales	288
1. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta ajena.....	289
2. Derechos reconocidos a las víctimas que trabajan por cuenta propia.....	295
3. Derechos reconocidos a las funcionarias	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
Lasaosa Irigoyen, E.	
I. INTRODUCCIÓN	305
II. MENSTRUACIÓN INCAPACITANTE SECUNDARIA.....	306
1. Definición	306
2. Régimen jurídico: particularidades.....	309
III. INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO	312
1. Definición	312
2. Régimen jurídico: particularidades	314
IV. GESTACIÓN DESDE LA SEMANA TRIGÉSIMO NOVENA.....	315
1. Definición	315
2. Régimen jurídico: particularidades	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

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 razonables*⁵³, *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 ETTs, 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>

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.

