

2023, VOLUMEN 8, NÚMERO 2
EISSN: 2530-2442 / www.uc3m.es/femeris

Femeris

Revista Multidisciplinar de Estudios de Género



Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género

www.uc3m.es/femeris

Directores de los números monográficos

EVA M. BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
Universidad Carlos III de Madrid

Secretaría de redacción

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
Universidad Carlos III de Madrid

Comité Editorial

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
Universidad de Cádiz

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Universidad de Valencia

JOSEFA GALINDO SÁNCHEZ.
Inspección de Trabajo

FERNANDO LOUSADA AROCHENA
Tribunal Superior de Justicia de Galicia

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Universidad de Oviedo.

BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO
Universidad Complutense de Madrid

EDUARDO ROJO TORRECILLAS
Universidad Autónoma de Barcelona

Comité Científico

LOURDES ARASTEY
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Universidad de Valencia

MARZIA BARBERA
Universidad Brescia

CATHERINE BARNARD
Universidad Cambridge

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

JAIME CABEZA PEREIRO
Universidad de Vigo

ADRIANA LETICIA CAMPUZANO GALLEGO
Magistrada Poder Judicial México

M^a EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense

M^a ENRIQUETA FERNÁNDEZ HAGGAR
Magistrada Poder Judicial México

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Universidad Cagliari

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Universidad de Huelva

FABIANA HAYDEE SCHAFRIK
Universidad Buenos Aires

JEAN JACQMAIN
Universidad Libre Bruselas

RISA LIEBERWITZ
Universidad de Cornell

CARMEN LÓPEZ ANIORTE
Universidad de Murcia

LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ
Magistrada Poder Judicial México

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Universidad de León.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Universidad de Oviedo

LOURDES MELLA MÉNDEZ
Universidad Santiago Compostela

MARÍA LUISA MOLERO
Universidad Rey Juan Carlos

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Universidad de Jaén

PILAR NUÑEZ-CORTES
Universidad Loyola

TERESA PÉREZ DEL RÍO
Universidad de Cádiz

MARÍA REYES MARTÍNEZ BARROSO
Universidad de León

NURIA RAMOS
Universidad Ámsterdam

MARÍA REGINA REDINHA
Universidad Porto

GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN
Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)

CARMEN SÁEZ LARA
Universidad Córdoba

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS
Universidad de Murcia

MARÍA LUISA SEGOVIANO
Tribunal Constitucional

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Universidad León

ROSA VIROLÉS
Tribunal Supremo

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS DE GÉNERO

Universidad Carlos III de Madrid

c/ Madrid 126

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

ÍNDICE

Editorial

- 4 **Nada es igual después de la Ley 15/2022, tampoco en el marco jurídico de las relaciones laborales**
Nothing is the same after Law 15/2022, either in the legal framework of labor relations
Jaime Cabeza Pereiro

Artículos

- 9 **Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022**
Judicial and administrative guarantees of equal treatment at work in Law 15/2022
Ignacio González del Rey Rodríguez
- 31 **La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación**
Law 15/2022, of July 12, on equal treatment and non-discrimination. The inclusion of new autonomous causes of prohibition of discrimination
Carmen Grau Pineda
- 52 **El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022**
Legal developments on the regulation of the affirmative action according Law 15/2022
Beatriz Sánchez-Girón Martínez
- 75 **La actualidad del caso *Bradwell v. Illinois*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1873, con la persistente falta de igualdad en el trabajo de la mujer (separación, segmentación, prohibición) en su ciento cincuenta aniversario**
The news of the Bradwell v. Illinois, determined by the Supreme Court of the United States in 1873, with the persistent lack of equality in the work of women (separation, segmentation, prohibition) in its hundred and fiftieth anniversary
Iván Vizcaíno Ramos
- 95 **Medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. Marco normativo e interpretación doctrinal y judicial**
Equality measures and plans in private companies. Regulatory framework and doctrinal and judicial interpretation
José Fernando Lousada Arochena

Crónicas jurisprudenciales

- 126 **Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2022)**
Chronicle of the Spanish Constitutional Court case on equality rights (year 2022)
Ricardo Pedro Ron Latas
- 130 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2021 a 31/8/2022)**
Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2021 to 31/8/2022)
Jean Jacquain

Referencia bibliográfica

- 148 *La transición justa desde la perspectiva de género*
(Julia Dormido Abril)

Varia

- 152 **Crónica de la Jornada 8 de Marzo. Igualdad de las Mujeres organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo**
Chronicle of the 8th March. Women's Equality Day organized by the Spanish Association of Labour Law
Daniel Redondo Torres / María Otero Ruíz de Alegría

EDITORIAL

Nada es igual después de la Ley 15/2022, tampoco en el marco jurídico de las relaciones laborales

Nothing is the same after Law 15/2022, either in the legal framework of labor relations

JAIME CABEZA PEREIRO
Vicepresidente de la AEDTSS

doi: 10.20318/femeris.2023.7782

En el contexto del importante desarrollo legislativo que en estos dos últimos años se ha producido en materia de igualdad y no discriminación, la Ley 15/2022, de 12 julio, ocupa un lugar central, como marco común del derecho antidiscriminatorio. Es una norma largamente esperada, que hunde sus raíces ya bastante tiempo atrás, a finales de la primera década de este siglo. La culminación de su trámite parlamentario y consiguiente aprobación el pasado verano significan un hito que quizá no se ha apreciado en su justa dimensión, en la vorágine de tantos cambios legislativos sucedidos en el año 2022 y que han continuado a lo largo de los primeros meses de 2023.

La Ley reviste una complejidad grande. Su análisis detallado es muy necesario, y solo a medio plazo se irá decantando de forma progresiva una interpretación más o menos estable de muchos de sus preceptos. Antes, se hace necesaria la edificación de una malla de doctrina académica densa, que aborde una materia que puede definirse como el derecho común de la no discriminación, a la que habrá de sumarse, en constante diálogo con esa doctrina, una jurisprudencia ordinaria y constitucional. Una y otra tienen que reelaborarse, porque los cambios que se han producido en este bienio pueden calificarse sin demasiada exageración como revolucionarios.

No se trata solo de los aspectos más adjetivos de la norma, sino también los nucleares. La identificación de las nuevas causas de discriminación y su deslinde de las tradicionales –si cabe calificar como tales a algunas de ellas–; la asunción de conceptos recibidos en el contexto teórico y en la doctrina judicial menor, pero no consolidados en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, ni a nivel interno, ya sea en la justicia ordinaria o constitucional, ni europeo o internacional; el establecimiento de un aparato institucional potente que,

desafortunadamente, todavía no ha sido instituido, pese a que ha transcurrido largamente el plazo previsto; la perspectiva holística de la Ley, ensayada en la LO 3/2007, pero ahora bastante más ambiciosa, que se empeña en una regulación transversal de la igualdad y la no discriminación, con vocación de alcanzar todo el espectro social...Son todos argumentos complementarios de esa importancia crucial de la norma, que no pueden obviarse.

Le sienta bien el adjetivo de ley transformadora. Detrás de este calificativo, las más de las veces pronunciado con una petulancia excesiva, se ubican unos mandatos ambiciosos, cuyo desarrollo real va a requerir un esfuerzo político ímprobo, un cambio sustantivo en el juego de equilibrios institucionales, unas dotaciones económicas a la altura de las expectativas generadas y un reconocimiento jurídico del valor de la igualdad material o sustantiva como principio fundante de nuestro modelo social. Con tales exigencias, ha de reconocerse en la ley, si es admisible una expresión eclesial, un mensaje de esperanza.

La igualdad y la no discriminación necesitan, más que nunca, de espacios de reflexión y de debate. *Femeris* es uno muy relevante. La Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –AEDTSS– y la Universidad Carlos III han consensuado que un número anual de esa revista se elabore en colaboración conjunta y el número que aquí se presenta honra ese compromiso al que ha de augurársele un largo futuro. El *leit-motiv* del de este año no podría ser otro. Algunos de los motivos ya expresados y muchos otros justifican la elección de un tópico del que aquí se desarrollan, en los tres primeros artículos, unas ideas necesariamente parciales e iniciales, sin que esos términos quieran, ni mucho menos, cuestionar un ápice la calidad de los estudios que a continuación se incluyen.

Antes bien, los tres sirven al fin de producir un encuadre de la Ley en sus aspectos laborales y de Seguridad Social. Plasman, además, las respectivas intervenciones de sus personas autoras, después de ser debatidas con el auditorio, en la Jornada del 8 marzo, desarrollada por la AEDTSS en colaboración con el Consejo Económico y Social el pasado 9 de marzo en la sede de este. No está de más destacar el importante trabajo desarrollado por su Comisión de trabajo sobre la realidad social y el trabajo de las mujeres en España, cuya presidenta, Elena Blasco Martín, incorporó al debate de ese seminario la perspectiva del órgano consultivo.

El primer estudio, de autoría del profesor González del Rey Rodríguez, aborda una materia de corte adjetivo, pero básico en la aplicación de la nueva legislación, como es la de las garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo. La Ley 15/2022 no reforma ni la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ni tampoco el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pero contiene su propio marco administrativo-sancionador e introduce modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Todo lo cual produce indudables efectos reflejos en el marco de aplicación de la legislación laboral y de Seguridad Social y afecta de forma decisiva su interpretación. En torno a todo lo cual, el artículo desarrolla unas interesantes reflexiones que describen en términos críticos los criterios hasta ahora utilizados, proyectando la incidencia que puede y debe tener el nuevo entramado legal.

El segundo define la Ley 15/2022 como “una ley integral más allá del empleo y la ocupación”. La profesora Grau Pineda trasciende en su texto la contemplación de los preceptos específicamente destinados a la materia social –los arts. 9 a 12, básicamente- para hilvanar unas reflexiones generales sobre el impacto de la norma, a través de sus contenidos fundamentales, en particular el diseño de nuevas causas de discriminación y la plasmación de unos conceptos de alcance general, pero que proyectan sus efectos en la esfera de las relaciones de trabajo y de Seguridad Social. La Ley, concebida como una aproximación holística a la igualdad, tiene una afectación en todos los órdenes jurídicos y orienta la interpretación, entre otras, pero no exclusivamente, de la legislación laboral.

El tercer artículo, que debe su autoría a la profesora Sánchez-Gijón Martínez, se refiere a uno de los asuntos más problemáticos y conflictivos del derecho anti-discriminatorio, como es el de las medidas de acción positivas y la discriminación positiva. Al respecto, la Ley 15/2022 contiene una definición de las primeras que no es especialmente novedosa, pero que añade el elemento temporal ínsito a su pertinencia, solo en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican. Además, incorpora el juicio de ponderación sobre las mismas, que habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan. Con esos mimbres, el artículo se dedica a identificar el ámbito de aplicabilidad de estas acciones y de concretar sus límites, en un esfuerzo que plantea preguntas de futuro que habrán de abordarse.

Ya al margen de la Ley 15/2022, este número recoge el trabajo galardonado por la AEDTSS con el “Premio 8 de Marzo-Igualdad de las Mujeres”, que ha recaído en el prof. Vizcaíno Ramos. Se trata de un estudio histórico, centrado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de USA y en el conocido caso *Bradwell v. State of Illinois*, fallado en 1873, que confirmó la licitud de denegarle a una mujer activista la autorización para ejercer como abogada, pues esa denegación encontraba amparo en las reglas del *common law* y no era contraria a la decimocuarta enmienda. El trabajo premiado, que se incorpora como artículo de este número, destaca la posición de los votos concurrentes de esa sentencia, que subrayaban el papel de las mujeres como esposas y como madres. A partir de lo cual, el autor pone de relieve que algunas barreras actuales persisten, en asuntos tales como la segmentación ocupacional de las mujeres o la persistencia de ciertas limitaciones profesionales.

El último estudio lleva la firma del magistrado Lousada Arochena y se refiere a las medidas y a los planes de igualdad en la empresa privada. Se trata de un texto de gran interés, que analiza el marco normativo desde el prisma de la interpretación doctrinal y judicial. Pese a su título, es más un trabajo de prospectiva que de síntesis, que propone un debate sobre las novedades que ha supuesto el desarrollo reglamentario producido por el RD 901/2020 y sobre cómo debe orientarse la práctica aplicativa sobre una materia en torno a la que debería esperarse un importante impulso en los próximos años, que a la postre fortalezca unos instrumentos colectivos que, hasta la fecha, no han tenido la capacidad transformadora que de ellos cabría esperar.

El número se cierra con sendas crónicas de doctrina judicial europea y constitucional y con los apartados de reseñas y otros documentos. De esta forma, se completa un bloque de contenidos densos e importantes, que robustecen la densidad doctrinal de

la revista. Cuando se concluyen estas líneas, hace pocos días que se ha publicado la nueva Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Al margen de su importancia intrínseca, que a buen seguro que será comentada en próximos números de *Femeris*, sirve de referencia de una normativa antidiscriminatoria que se vuelca en la aplicación y en la efectividad de los derechos, que es, sin duda alguna, el gran reto al que se tiene que enfrentar la Ley 15/2022. Diez meses después de su entrada en vigor, cabe criticar graves síntomas de enlentecimiento –vg., en cuanto al establecimiento de la Autoridad Independiente-, pero también no pocos puntos de vista doctrinales que pretenden banalizarla, en temas tan estratégicos como la discriminación por enfermedad. Algunas posturas gatopardianas en relación con la calificación del despido infligido a una persona enferma están, sencillamente, fuera de los elementales principios orientadores de nuestro Derecho antidiscriminatorio.

ARTÍCULOS

Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022

Judicial and administrative guarantees of equal treatment at work in Law 15/2022

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

Recibido: 21/3/2023

Aceptado: 1/5/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7783

Resumen. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, no modifica directamente ninguna norma laboral, pero afecta indirectamente a algunos principios y reglas del Derecho del Trabajo. El presente estudio analiza la incidencia de la Ley 15/2022 en el ordenamiento laboral. En particular, las discordancias en relación con las garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo. En primer lugar, en el contexto y antecedentes legales. En segundo lugar, en los principios y normas preventivas. En tercer lugar, en las garantías administrativas y procedimientos sancionadores (administrativos y disciplinarios). Por último, en los procedimientos jurisdiccionales (legitimación ampliada, medidas cautelares, distribución de la carga de la prueba, responsabilidades compartidas y resarcimiento de daños, especialmente morales).

Palabras clave: igualdad y no discriminación en el trabajo, proceso administrativo sancionador, procedimiento de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social.

Abstract. Law 15/2022, of July 12, for equal treatment and non-discrimination, does not directly modify any labor regulations, but indirectly affects some principles and rules of labor law. This paper analyzes the incidence of Law 15/2022 on labor regulation. In particular, the disagreements in relation to the judicial and administrative guarantees of equal treatment and non-discrimination at work. First, in the legal framework. Secondly, in the principles and preventive rules. Thirdly, in the administrative guarantees and penalties procedures (administrative and disciplinary). Finally, in court proceedings (enlarged procedural ability, precautionary or preservation measures, distribution of burden of proof, shared responsibilities and compensation for damages, especially moral).

Keywords: equality and non-discrimination at work, administrative penalties procedure, procedure for protection of fundamental rights in labour courts.

*ignatium@uniovi.es

1. Contexto y antecedentes normativos

Seguramente puede afirmarse que la igualdad constituye la expresión más desarrollada de la idea de la justicia, como principio y fin del Derecho. Su creciente tutela jurídica es también, probablemente, y desde el punto de vista de la protección de las personas trabajadoras, la tendencia más relevante en la evolución del ordenamiento laboral español posterior a la Constitución de 1978. En una progresiva, mayor y más completa consideración de la dignidad humana y de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, claramente alentada y reforzada desde la Unión Europea¹.

En este ámbito, tras el importante acervo de Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo de los años setenta y ochenta del pasado siglo², con el Tratado de Ámsterdam de 1997 se reconoce la competencia comunitaria para la adopción de *medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*³, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desde su aprobación y versión inicial de 2000, y actualmente con el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos, *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*⁴.

En ejecución de la referida competencia de la Unión y con específica proyección sobre las relaciones de trabajo, se adoptan las Directivas del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Posteriormente, como actualización de las citadas en relación con la no discriminación por razón de sexo, también se aprueba la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la 76/207/CEE, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁵.

La transposición en España de estas Directivas se produce fundamentalmente a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del

¹ VILA TIerno (2023: 203 y ss.).

² Directivas 1975/117/CEE, de 10 de febrero (salarios), 1976/207/CEE (condiciones de empleo y de trabajo), 1979/7/CEE, de 19 de diciembre (Seguridad Social), 1986/378/CEE, de 24 de julio (regímenes profesionales de Seguridad Social), y 1986/613/CEE, de 11 de diciembre (actividades autónomas, incluidas las agrícolas, y maternidad).

³ Con anterioridad, el preámbulo de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, reconocía la conveniencia de *luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias*.

⁴ BALLESTER PASTOR (2012: 125 y ss.).

⁵ Esta Directiva se sustituye por la 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 (refundición).

orden social, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)⁶. También, aunque en menor medida y desde la perspectiva procesal, con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, el Real Decreto Ley 10/2010, de 10 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ambos de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS). Y finalmente, como ella misma proclama, con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIND), que incluso supone un paso más respecto de la normativa comunitaria⁷.

Aunque, pese a su autodenominado carácter integral, se complementa con el anterior Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGPD), y con la posterior 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 con toda la coherencia que sería deseable.

Desde el punto de vista del ordenamiento laboral, las novedades más relevantes de la Ley 15/2022 seguramente se encuentran en sus reglas sustantivas, y, en particular, en el expreso reconocimiento y delimitación legal de las diferentes formas y causas de discriminación prohibida. Entre las primeras y junto a las más consolidadas legalmente (discriminaciones directa e indirecta, acoso discriminatorio y represalias), se añaden las discriminaciones por asociación y por error (art.6). Entre las segundas, se incluyen las siguientes (art.2.1):

nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Sin perjuicio de que unas y otras podrían encontrar su acomodo en las preexistentes cláusulas abiertas antidiscriminatorias y en la evolutiva interpretación jurisprudencial de los derechos fundamentales conforme a los instrumentos internacionales (arts.14 y 10 CE), se ven clarificadas y reforzadas por su concreción y desarrollo legal⁸. Especialmente, por ejemplo, en el ámbito laboral, en relación con algunas causas de discriminación que han suscitado intensos debates jurisdiccionales y cambios legales en los últimos años, como la edad, la enfermedad o las condiciones de salud⁹.

⁶ Parte del contenido de esta Ley, en materia de igualdad en el ámbito del trabajo, fue actualizado por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que, a diferencia de la Ley 15/2022, modifica numerosas normas del orden social.

⁷ LÓPEZ CUMBRE (2023: 21 y ss.).

⁸ Desde el punto de vista del empleo y teniendo en cuenta el carácter abierto de la lista de causas de discriminación prohibida, también podrían considerarse como personas especialmente vulnerables a la discriminación, y beneficiarias de acciones positivas, las incluidas en los *colectivos de atención prioritaria para la política de empleo* enumerados en el artículo 50 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

⁹ MONEREO PÉREZ, RODRÍGUEZ ESCANCIANO y RODRÍGUEZ INIESTA (2022: 38 y ss.).

Desde el punto de vista adjetivo o instrumental, de tutela o garantía judicial y administrativa de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación, las principales novedades de la Ley 15/2022 se centran en un nuevo régimen administrativo de infracciones y sanciones, y en el fortalecimiento de su protección jurisdiccional, proyectado fundamentalmente sobre la legitimación, la prueba, las medidas cautelares, y las responsabilidades y el resarcimiento e indemnización por daños, sustancialmente reiteradas en su ámbito específico por la Ley de igualdad LGTBI. Amén de la creación de la denominada *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*.

No obstante, en comparación con otras ramas y ámbitos del ordenamiento jurídico, la incidencia de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación en la regulación de las relaciones de trabajo, desde esta perspectiva de las garantías judiciales y administrativas, puede considerarse menor. Como se constata, en una primera aproximación y de manera simplificada, en la ausencia de modificaciones legales expresas (que se incluyen, sin embargo, aunque de manera limitada y no suficientemente coherente, en la posterior Ley de igualdad LGTBI), así como en la autoexclusión regulativa de una parte importante de sus principales novedades, en el orden social.

En materia jurisdiccional y procesal, la Ley 15/2022 (DDFF 2ª y 3ª) modifica la de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC) y la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA), pero no la de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre, LJS). Y aunque la posterior Ley 4/2023, de igualdad LGTBI, sí modifica esta Ley procesal laboral, solo lo hace en lo que se refiere a la legitimación procesal, y de manera focalizada a su ámbito subjetivo de protección (DA 12ª).

Y respecto de los procedimientos administrativos y sancionadores, el nuevo y específico régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación (arts.46 y ss.) se declara expresamente inaplicable en el orden social (arts.46.2 y 52.4), y posible o matizadamente también en el ámbito disciplinario del empleo público (art.52.3), manteniéndose la regulación preexistente; fundamentalmente, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, LISOS), y los artículos 93 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público (RD Leg. 5/2015, de 30 de octubre, EBEP), y su normativa de desarrollo, así como la legislación laboral y los convenios colectivos, en relación con los empleados públicos en régimen laboral¹⁰. Aunque la Ley de igualdad de las personas LGTBI modifica tanto la LISOS como el EBEP, así como el Estatuto de los Trabajadores y otras normas laborales, adaptando algunas de sus reglas a la tutela antidiscriminatoria de esos colectivos.

Puede decirse, en cualquier caso, que el ordenamiento laboral ya contaba en gran medida con normas administrativas y jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria análogas a las ahora establecidas con carácter más general y transversal, que, incluso, quizá hayan podido servir como modelo para la Ley 15/2022, aplicable esta, por cierto, con

¹⁰ La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social excluye igualmente del ámbito de aplicación de su régimen sancionador administrativo especial el propio del orden social (DA 7ª). También la Ley para la igualdad de las personas LGTBI, que excluye, asimismo y más claramente que la Ley 15/2022, el régimen disciplinario de los empleados públicos (art.76.1).

carácter supletorio, en el ámbito de la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (DA 4ª).

No obstante, como se verá, la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, trae consigo para el orden social alguna novedad, consolida ciertas tendencias jurisdiccionales de vanguardia y refuerza explícitamente determinados principios y reglas hasta ahora más genéricos y difusos. Aunque también pueden constatarse algunos desajustes con la normativa social preexistente, tanto en materia procesal, en la que, no obstante, cabe la aplicación directa de las correspondientes normas generales de dicha Ley, así como, supletoriamente, de la legislación de enjuiciamiento civil o contencioso-administrativa (art.151 y DF 4ª LJS), como, especialmente, en materia de infracciones y sanciones, en las que, sin embargo, no cabe la analogía (art.27 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP)¹¹, lo que probablemente habría aconsejado algunas modificaciones en las correspondientes leyes sociales, solventadas, aunque solo en parte y de manera no suficientemente coherente o armonizada, por la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en relación con dichos colectivos.

2. Principios generales y tutela preventiva

La Ley 15/2022 explicita y completa el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación como *principio informador del ordenamiento jurídico*, que, *como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas* (art.4.3 LIND). En el tradicional binomio de clasificación de las normas, entre principios y reglas¹², como consecuencia de su intenso y extenso grado de reconocimiento y desarrollo legal, puede considerarse que la igualdad y la no discriminación constituyen unos y otras, conformando una completa institución jurídica transversal a todo el Derecho. Y en su dimensión de principios generales deben informar todo el ordenamiento y toda la experiencia jurídica (art.1 CC). No solo su aplicación e interpretación, como recuerda la Ley integral, sino también su creación o elaboración, como imponen los artículos 1, 9 y 14 de la Constitución.

Por otra parte, la igualdad de trato y la no discriminación constituyen igualmente sendos derechos fundamentales, del máximo rango constitucional y garantías legales y jurisdiccionales (art.53 CE), y como tales, y también como principios (*mandatos de optimización*), deben ser interpretados del modo más favorable a su mayor y mejor desenvolvimiento y desarrollo, *pro libertatis* o *favor libertatis*. Como también explicita la Ley de igualdad, con carácter general: *cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes* (art.7 LIND), y, de manera específica, en relación con la no discriminación por razón de sexo y la *perspectiva de género*, que cobra

¹¹ FOTINOPOULOU BASURKO (2023: 290 y ss.).

¹² MARTÍN VALVERDE (2002: 816 y ss.).

carta legal de naturaleza en esta norma (art.4.4 LIND), aunque ya contara con el antecedente de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007 (art.4) y con relevantes precedentes jurisprudenciales¹³.

En el mismo contexto de los principios jurídicos y como consecuencia de la transversalidad de la igualdad y la no discriminación y su consiguiente proyección sobre todo el ordenamiento, y también sobre materias cuya competencia reguladora puede corresponderle tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas (arts.148 y 149 CE), la Ley integral 15/2022 reconoce, asimismo, el principio de norma más favorable (art.3.2 LIND). Desde la perspectiva sectorial, en relación con leyes sobre igualdad y no discriminación aplicables a otras ramas jurídicas (vgr. Derecho del Trabajo); subjetiva, en relación con circunstancias, personas y grupos determinados (vgr, sexo, discapacidad, personas LGTBI), y territorial, en relación con leyes sobre igualdad y no discriminación, generales o específicas, de las Comunidades Autónomas¹⁴. Aunque dicho principio de norma más favorable a

¹³ SSTs de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017), 6 de febrero de 2020 (rec. 3801/2017), 2 de julio de 2020 (rec. 201/2018), 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018), 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019), 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019), 23 de junio de 2022 (rec. 646/2021), 20 de septiembre de 2022 (rec. 3353/2019) y 4 de octubre de 2022 (rec. 574/2019).

¹⁴ Entre estas leyes autonómicas, por orden cronológico de disposiciones vigentes: Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León; Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia; Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres; Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha; Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género (Asturias); Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura; Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (País Vasco); Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Castilla y León); Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (Cataluña); Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres (Islas Baleares); Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ (Navarra); Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI (Comunidad Valenciana); Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (Cantabria); Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres (Navarra); Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género (Cantabria); Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación (Cataluña); Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales (Canarias); Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja; Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres (País Vasco), y Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja.

la mayor protección frente a la desigualdad de trato y a la discriminación no pueda extenderse al ámbito sancionador. Por una parte, porque ello implicaría la consecuente aplicación extensiva de un régimen sancionador. Por otra, porque el régimen de infracciones y sanciones administrativas de la Ley 15/2022 se ve expresamente desplazado por razón de la especialidad por el Real Decreto Legislativo 1/2013 (personas con discapacidad), y por la Ley 4/2023 (personas LGTBI), en sus respectivos ámbitos subjetivos, y por la LISOS, en el orden social, así como por el explícito reconocimiento de la preferencia de los correspondientes regímenes contemplados en leyes autonómicas (art.46.2 LIND).

Con carácter general, la Ley 15/2022 contempla tres tipos de protección o tutela antidiscriminatoria: preventiva, punitiva y resarcitoria (art.25), a la que podría añadirse o superponerse la cautelar (art.28). Aunque en el ámbito laboral, especialmente desde la Ley 36/2011, todas ellas son enjuiciables ante la jurisdicción social (art.2 LJS), no podrían serlo en la misma modalidad procesal. Con los inconvenientes derivados de la posible necesidad y concurrencia de varios procesos para una plena protección y de eventuales pronunciamientos discrepantes, comunes, por lo demás, a la protección de otros derechos de tutela múltiple, como, paradigmáticamente, los derivados de riesgos profesionales.

En el ámbito laboral y seguramente en todo el ordenamiento, la tutela preventiva frente a la discriminación es la que encuentra un cauce regulador más genérico y difuso, y una protección más débil, quizá con la salvedad del acoso. A este respecto, la Ley de igualdad precisa que dicha protección *obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias* (art.25.1), y que el incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas (art.25.2) y resarcitorias (art.27.2). Pero ni la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) ni la de infracciones y sanciones en el orden social contienen previsiones suficientes o adaptadas sobre el particular.

La primera de estas leyes, y el propio conjunto normativo de la prevención de riesgos laborales, siguen asociando la seguridad y la salud en el trabajo principalmente a la integridad física de las personas trabajadoras y a las condiciones materiales y físicas y agentes externos del trabajo (art.4 LPRL), sin apenas prestar atención específica a las condiciones organizativas y relacionales, a las conductas personales ni a los factores de riesgo psicosocial y, menos aún, a la discriminación laboral. Ni siquiera sus escasas reglas relativas a grupos y personas especialmente vulnerables a la discriminación, por razón de sexo (arts.5.4, 25.2 y 26 LPRL), de características personales, estado biológico o discapacidad (art.25.1 LPRL), o de minoría de edad (art.27 LPRL), parecen estar pensadas para situaciones de discriminación en el trabajo. Sin perjuicio de su posible consideración específica en la negociación colectiva (arts.2.2 LPRL), impulsada al efecto por la propia Ley de igualdad (art.10.2)¹⁵.

Sin embargo, pese a esta insuficiente, deficiente o ausente regulación, es claro que los derechos y obligaciones generales en materia de evaluación, planificación y preven-

¹⁵ GARCÍA NINET (2023: 181 y ss.).

ción de riesgos laborales (arts.14 y ss. LPRL) son igualmente aplicables en relación con los riesgos psicosociales, puesto que existen, pueden causar daño a las personas trabajadoras en el contexto laboral y son susceptibles de evaluación y prevención en el marco de la organización del trabajo. Y entre tales riesgos no solo deben incluirse los específicos de personas vulnerables o con necesidades especiales, o adaptarse las medidas generales (arts.25 y ss. LPRL), sino contemplarse igualmente las distintas formas de acoso en el trabajo (moral, sexual y discriminatorio), y también de discriminación laboral. Como, por cierto, viene considerándose por el propio Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en algunas de sus Notas Técnicas de prevención sobre los mismos¹⁶, o se prevé en los recientes marcos estratégicos de la Unión Europea y de España, aún pendientes de desarrollo y ejecución, no obstante¹⁷.

A este respecto y teniendo en cuenta las particularidades de la discriminación y su habitual origen en conductas, actos u omisiones, personales y voluntarias, normalmente dolosas, podrían servir de modelo o guía los protocolos frente al acoso ya existentes y normalmente vinculados a los planes de igualdad, cuya regulación los contempla expresamente (RD 901/2020, de 13 de octubre)¹⁸. En su caso y como ellos, focalizando principalmente la prevención sobre la detección temprana y la defensa frente a los actos discriminatorios incipientes, facilitando la denuncia de las víctimas o de otras personas (art.33.3 LIND)¹⁹, promoviendo la paralización cautelar del acto o sus consecuencias, su investigación y la ejecución, si procede, de actuaciones reactivas: formativas, mediadoras, reparadoras, sancionadoras, etc., y garantizando *que los hechos no vuelvan a repetirse* (art.25.3 LIND)²⁰. Sin perjuicio, claro está, del posible y necesario análisis de factores de organización, formación, relación, comunicación, etc., que pudieran contribuir a generar o favorecer contextos y conductas discriminatorios o, por el contrario, igualitarios e inclusivos²¹. Considerando,

¹⁶ NTP 702/2005, sobre *El proceso de evaluación de los factores psicosociales*; NTP 854/2009, sobre *Acoso psicológico en el trabajo: definición*; NTP 860/2010, sobre *Intervención psicosocial: Guía del INRS para agentes de prevención*; NNTTP 891 y 892/2011, sobre *Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I y II)*; NTP 926/2012, sobre *Factores psicosociales: metodología de evaluación*; NTP 1008/2014, sobre *Lugares excelentes para trabajar*, y NTP 1176/2023, sobre *Edad y diversidad generacional en la gestión de la seguridad y salud: Acciones clave*.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*, y Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027* (BOE de 28 de abril de 2023).

¹⁸ Así se prevé, sustancialmente, en la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en relación con estos colectivos (art.15).

¹⁹ Aunque la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, no contempla entre estas las que afectan al derecho antidiscriminatorio (art.2), la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que la transpone en España, contiene un ámbito más amplio, que incluye las *Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave* (art.2.1.b), y, específicamente, las *infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo* (art.2.3).

²⁰ En el ámbito de la Administración, se prevé expresamente que *En los casos en que se aporte un principio de prueba del que se infiera que una de las infracciones previstas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación hubiera podido ser cometida por una autoridad o personal al servicio de las Administraciones públicas, el órgano administrativo competente, en cuanto tenga conocimiento de las mismas, adoptará las medidas provisionales que sean oportunas para que desaparezca la situación de discriminación creada* (art.52.3 LIND).

²¹ ROMERAL HERNÁNDEZ (2021:596 y ss.).

en su caso, cada concreta causa de discriminación y vulnerabilidad, así como los precedentes de discriminación y daños derivados (arts.16.2 LPRL y 25.3 LIND)²².

Por su parte y en el mismo ámbito de la tutela preventiva antidiscriminatoria en el trabajo, la sección de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social correspondiente a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (arts.11 y ss.) tampoco proporciona una cobertura adecuada a los eventuales incumplimientos empresariales de sus obligaciones al respecto, ya de por sí difusas. Con la dificultad añadida del mayor rigor en la exigencia de tipicidad legal en esta materia (art.27 LRJSP).

No es claro, a este respecto, que la falta de consideración específica del riesgo de discriminación pudiera constituir una infracción grave por incumplimiento de las obligaciones generales de integración, evaluación, planificación o seguimiento (arts.12.1 y 12.6 LISOS). Tampoco, que una discriminación laboral pudiera tratarse como una *adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales*, tipificada como falta grave o muy grave (arts.12.7 y 13.4 LISOS)²³. Aunque en algún caso pudiera encontrar una genérica cobertura o tipificación en el marco de las infracciones leves por *incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores* (art.11.4 LISOS).

Desde esta perspectiva, en este marco normativo, y en el planteamiento o hipótesis más probable o verosímil, la eventual imputación de responsabilidades a la empresa por incumplimientos en materia de prevención de riesgos de discriminación laboral se limitaría a los supuestos de discriminación ya actualizada, y se reconduciría a la responsabilidad sancionadora administrativa por infracciones en materia de relaciones laborales (arts.7.10, 8.11, 8.12, 8.13 y 8.13.bis LISOS) y, en mayor medida, a la responsabilidad resarcitoria derivada de daños (art.27 LIND), como se verá.

3. Tutela administrativa y sancionadora

En el ámbito de las garantías administrativas antidiscriminatorias, el segundo tipo de tutela que contempla la Ley 15/2022 es la punitiva o sancionadora, también en el marco de actuaciones de policía o inspección. Al respecto, contiene una regla general sobre *Actuación administrativa contra la discriminación* (art.31), crea y regula una nueva *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* (arts.40 y ss.), e incluye un completo régimen de *Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación* (arts.46 y ss.).

En lo que se refiere a la actuación administrativa antidiscriminatoria, establece una obligación general de *incoar el correspondiente procedimiento administrativo*, cuando *una autoridad pública, con ocasión del ejercicio de sus competencias, tenga conocimiento de un supuesto de discriminación de los previstos en esta ley*, pudiendo adoptar las medidas perti-

²² CASTRO ARGÜELLES y RODRÍGUEZ CARDO (2008: 275-276).

²³ *Ibidem* (2008: 283 y ss.).

nentes para su investigación o eliminación, si es competente, o comunicar inmediatamente los hechos a la Administración que lo sea (art.31.1 LIND). En estos procedimientos se prevé la posible consideración como interesados de los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, y las organizaciones de consumidores y usuarios, así como las asociaciones y organizaciones de defensa de los derechos humanos que reúnan determinadas condiciones de implantación y consolidación (art.29.2 LIND), cuando las personas afectadas por la discriminación sean una *pluralidad indeterminada o de difícil determinación* o así lo autoricen (art.31.2 LIND).

En los procedimientos administrativos no se contempla la condición de posibles interesados respecto de los partidos políticos, a diferencia de lo previsto para la legitimación procesal (art.29 LIND), quizá por una más cuestionable parcialidad y posible conflicto de intereses, en cuanto a gestores de la autoridad y los poderes públicos. Tampoco se establece, en ambos casos, la participación de las asociaciones empresariales, lo que posiblemente resulte criticable dado su papel institucional, reflejado, por el contrario, en su expresamente prevista participación en la *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* (art.43 LIND). Por lo demás, ambas reglas contrastan con las equivalentes previstas en la Ley de igualdad LGTBI, que contempla la participación y legitimación colectiva administrativa y procesal tanto de los partidos políticos como de las asociaciones empresariales, amén de las específicas *asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI y sus familias* (arts.63.2 y 65)²⁴.

Llama la atención, igualmente, que las exigencias de consolidación (constitución de la entidad dos años antes del inicio del procedimiento y ejercicio efectivo de sus actividades) e implantación (ámbito estatal o de afectación del conflicto), posiblemente destinadas a evitar actuaciones oportunistas, se refieran a las organizaciones de defensa de los derechos humanos y no a los demás sujetos colectivos (art.29.2 LIND). Aunque también es ambigua y cuestionable la previsión legal de dichas exigencias, por auto remisión de la LIND, de su artículo 31.2 (legitimación colectiva en procedimientos administrativos) al 29 (legitimación colectiva en procesos judiciales). En el mismo sentido, contrastan las exigencias representatividad o implantación, requeridas para todas las entidades referidas a efectos de legitimación procesal judicial colectiva (afectación de una pluralidad indeterminada de personas o de difícil determinación, o defensa de derechos o intereses difusos), conforme a las modificaciones operadas por la LIND (DDFF 2ª y 3ª) en la LEC (art.11.bis) y en la LJCA [art.19.1.i)], que se verán más adelante, pero no para la legitimación en los procedimientos administrativos, salvo en el caso de las organizaciones de defensa de los derechos humanos, como se dijo. Diferencia quizá justificada porque, en el caso de los procedimientos administrativos, las repetidas entidades acompañan a la Administración competente, mientras que en los procesos judiciales colectivos pueden actuar solas.

²⁴ El RD Leg. 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, también reconoce a las correspondientes asociaciones la legitimación procesal *en nombre e interés de las personas que así lo autoricen*, así como su condición de interesadas en los procedimientos administrativos sancionadores (arts.76 y 89).

En el ámbito laboral, las actuaciones administrativas previstas en la LIND se dirigirán, con carácter general, hacia la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (arts.9.4 LIND y 20 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, LITSS)²⁵, y, en su caso y posteriormente, hacia la Autoridad Laboral correspondiente en materia sancionadora (art.48 LISOS)²⁶. Aunque también podrá encauzarse hacia las Administraciones como empleadoras, en caso de que la discriminación sea imputable a un empleado público y proceda la apertura de un procedimiento disciplinario o de investigación o instrucción (art.52 LIND).

Respecto de las competencias y funciones de la *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* (art.40 LIND), desde el punto de vista de la tutela administrativa y jurisdiccional de los derechos de igualdad de trato y no discriminación, destacan la de *Garantizar la prestación independiente de servicios especializados de asistencia y orientación a las personas que hayan podido sufrir discriminación*; la de tramitar quejas o reclamaciones de las víctimas, la de desarrollar actividades de mediación y conciliación, en su caso sustitutiva del recurso administrativo, a instancia de las partes; la de ejercer acciones judiciales, la de investigar discriminaciones de especial gravedad o relevancia, salvo que revistan carácter de infracción penal; la de interesar la actuación sancionadora de la Administración del Estado, la de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan constituir infracciones penales; la de promover la adopción de códigos de buenas prácticas, o la de informar a los órganos judiciales o a la fiscalía en diligencias previas, entre otras²⁷.

No obstante, en el ámbito social, alguna de estas competencias puede resultar más limitada. En particular, sus funciones de mediación y conciliación están expresamente excluidas en el ámbito laboral [art.40.b) LIND]. Posiblemente por la existencia de órganos y procedimientos específicos, tanto en las Administraciones laborales (UMAC e ITSS), como en sistemas autónomos creados por los interlocutores sociales en el Estado (SIMA), en las Comunidades Autónomas y en algunos convenios sectoriales. Aunque no debe olvidarse que, en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, la más específica para la protección judicial de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación, la conciliación previa no es obligatoria (arts.64, 70 y 71 LJS).

Y su intervención en procedimientos administrativos sancionadores o de investigación es dudosa, al desplazarse el régimen específico de infracciones y sanciones de la Ley integral de igualdad por el del orden social (arts.46.2 y 52.4 LIND), fundamentalmente cuando se trate de discriminaciones en las relaciones laborales o en el empleo imputables a las empresas, y, en su caso, a las agencias de colocación o a las entidades de formación

²⁵ El Eje 1.2 del *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023* tiene por objeto: "La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo" (Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023*, BOE de 3 de diciembre de 2021).

²⁶ FOTINOPOULOU BASURKO (2023: 287).

²⁷ La Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, también reconoce estas competencias a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, en su ámbito de aplicación (arts.62, 63, 67 y 76).

[arts.8.12, 8.13, 8.13.bis, 8.17, 16.1.c) LISOS], y posiblemente por el disciplinario en el empleo público, cuando se trate de discriminaciones imputables a los empleados públicos (art.52.3 LIND)²⁸.

En relación con las primeras, el artículo 8.12 de la LISOS califica como infracción muy grave de las empresas en materia de relaciones laborales:

Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Y también se hace responsable a la empresa de las infracciones muy graves por acoso sexual, *cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma* (art.8.13 LISOS), y por acoso discriminatorio *por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo* (art.8.13.bis LISOS).

Estas reglas plantean algunos problemas de adaptación en relación con la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, puesto que no contemplan sus novedades tanto respecto de las formas de discriminación (por asociación o por error), como, en mayor medida, respecto de sus causas (por razón de nacimiento, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social)²⁹. Ni siquiera tras ampliarse con la modificación operada en la LISOS por la Ley 4/2023, en relación con las personas LGTBI.

Aunque las primeras (formas) pueden incluirse dentro del concepto de discriminación, las segundas (causas) no pueden reconducirse fácilmente a las expresamente referidas en la LISOS, que tampoco incluye una lista abierta, salvo, posiblemente, en las discriminaciones por represalia (art.8.12, *in fine*, LISOS). En un ámbito, el sancionador, de interpretación restrictiva, tipicidad estricta y en el que está prohibida la analogía (art.27 LRJSP). Sin perjuicio de su eventual consideración como infracción, también muy grave, por

²⁸ Cuando la discriminación sea imputable directamente a la empresa y afecte a terceras personas (vgr. clientes, proveedores...), el régimen sancionador administrativo aplicable será en propio de la Ley integral de igualdad.

²⁹ FOTINOPOULOU BASURKO (2023: 290 y ss.).

actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art.8.11 LISOS), o como grave, por *actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del ET*, entre los que se incluyen el de no ser discriminados, con carácter general, y el de protección frente al acoso discriminatorio y al acoso sexual [art.7.10 LISOS, en relación con el 4.2.c) y e) ET].

Esta última infracción por omisión posiblemente también pueda dar cobertura a la imputación de responsabilidad administrativa a la empresa por discriminaciones sufridas por su personal y causadas por compañeros o por terceros en su ámbito de organización y dirección, prevista con carácter general en la Ley de igualdad (art.25.2) y, específicamente en la LISOS, para los supuestos de acoso sexual o acoso discriminatorio (arts.8.13 y 8.13. bis), como se vio. Aunque con la restricción relativa al conocimiento empresarial o a la posibilidad de conocimiento diligente, y a su inactividad impositiva, exigible siempre en orden a la imputación de una responsabilidad infractora, subjetiva y culpable y no objetiva o por riesgo (art.28.1 LRJSP)³⁰. Y sin perjuicio, de nuevo, de extender la responsabilidad por discriminación a la empresa en su dimensión resarcitoria o indemnizatoria, cuando no haya actuado diligentemente para investigarla, impedirle, paralizarla y sancionarla (art.25.2 y 27 LIND).

Por lo demás, las infracciones de las empresas en materia de discriminación, acoso discriminatorio o acoso sexual pueden conllevar sanciones y responsabilidades accesorias y específicas, como la pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, o la elaboración de un plan de igualdad (art.46. bis LISOS)³¹.

En este contexto y en el marco del Derecho sancionador, resulta también complejo determinar la responsabilidad punitiva de las personas trabajadoras que causen discriminaciones, no prevista expresamente en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación respecto del ámbito laboral privado, y sí, aunque en términos un tanto confusos, en el empleo público.

Es claro, a este respecto, que la discriminación causada por el personal en el ámbito laboral, tanto privado como público, y tanto respecto de compañeros como respecto de terceros, puede constituir una falta disciplinaria tipificada legalmente, en los términos más abiertos o genéricos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (indisciplina, ofensas, transgresión de la buena fe, acoso discriminatorio o acoso sexual), o más específicos del artículo 95.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público, y susceptible de mayor concreción en los convenios colectivos (arts.58 ET y 93.4 EBEP). Pero no lo es tanto que puedan ser sancionados administrativamente conforme al régimen especial de la Ley 15/2022. Una vez más, sin perjuicio de la derivación de la responsabilidad resarcitoria, o, en su caso, administrativa, a la empresa o Administración empleadoras (arts.25.2 y 27 LIND).

³⁰ HERAS HERNÁNDEZ (2021: 649).

³¹ El procedimiento sancionador especial de la Ley 15/2022 también contempla sanciones accesorias, entre las que destacan las prestaciones personales en actividades de utilidad pública, interés social y valor educativo; las labores de reparación de los daños causados o de apoyo a las víctimas de discriminación; la asistencia a cursos de formación, o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y la no discriminación, y de reparar el daño moral de las víctimas y de los grupos afectados (art.50 LIND).

En este sentido, el artículo 49.1.h) de esta Ley considera como criterio de graduación de la sanción por actos discriminatorios *La condición de autoridad, agente de la misma, personal funcionario o empleado público de la persona infractora*, y sus artículos 49.1.j) y 49.3 ordenan en tal caso la imposición de la correspondiente sanción en su grado máximo. Pero el artículo 52.3 parece excluir de su régimen administrativo sancionador especial a los empleados públicos³², no así a las autoridades o cargos públicos que no ostenten la condición de personal, remitiendo a los primeros al correspondiente régimen disciplinario y manteniendo a los segundos en el ámbito de régimen especial de la Ley integral, sin perjuicio, en ambos casos, de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts.32 a 36 LRJSP).

Quizá pueda entenderse que el citado artículo 52.3 de la LIND establece una preferencia del régimen disciplinario frente al antidiscriminatorio para los supuestos de discriminación causada por un empleado público, de modo que este solo se active si no se inicia aquel, o se cancele en caso contrario, conforme al principio: *non bis in idem*. Teniendo en cuenta que en el sector público ambos regímenes sancionadores de conductas discriminatorias pueden tener cierta identidad de fundamento, un sustancialmente común interés público, y, conforme a esta misma Ley: *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento* (art.46.3 LIND).

Se mantiene, sin embargo, la duda en relación con el empleo en el sector privado, en el que, ante un acto discriminatorio, el fundamento y el interés del régimen disciplinario empresarial y el del régimen sancionador administrativo antidiscriminatorio no coinciden. Y, al igual que un delito penal cometido en el trabajo puede conllevar una sanción disciplinaria y una penal, podría resultar admisible la concurrencia de aquellos regímenes sancionadores empresarial y administrativo en relación con discriminaciones en el ámbito de la empresa y el trabajo.

Sin perjuicio de que, en el caso del empleo público, la Administración empleadora esté obligada a adoptar *las medidas provisionales que sean oportunas para que desaparezca la situación de discriminación creada, cuando se aporte un principio de prueba del que se infiera que una de las infracciones previstas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación hubiera podido ser cometida por una autoridad o personal a su servicio* (art.52.3 LIND). Y de que cualquier empresa o empleadora, también en el sector privado, esté igualmente obligada a *la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias* (art.25.1 LIND), cuyo incumplimiento podrá conllevar responsabilidades administrativas, así como penales o civiles, resarcitorias de daños y perjuicios (arts.25.2 y 27.2 LIND).

En este marco y ante un mismo acto discriminatorio, podrían incluso concurrir diferentes infracciones, de sujetos diferentes y conforme a regímenes diferentes. A saber: si la

³² Es más clara, a este respecto, la Ley 4/2023, de igualdad de las personas LGTBI, en la que se precisa que: *El régimen disciplinario de funcionarios y demás empleados públicos será el dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y su normativa de desarrollo* (art.76.1).

víctima es también una persona trabajadora, el disciplinario empresarial y el de la LIND, respecto de la persona directamente infractora, y el de la LISOS, respecto de la empresa en cuyo ámbito de organización se produce la discriminación, con incumplimiento, en su caso, de sus obligaciones de prevención, y si la víctima es una tercera persona, el de la LIND, tanto respecto del personal como del empresario, sin que resulte claro, en este caso, si las responsabilidades son autónomas, solidarias o subsidiarias³³.

4. Tutela judicial y resarcitoria

Aunque, como se dijo, la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación no modifica la Ley de Jurisdicción Social, a diferencia de lo que ocurre con la de Enjuiciamiento Civil y la de Jurisdicción Contencioso-administrativa, sí contiene algunas novedades relativas en materia procesal susceptibles de extenderse a todos los órdenes jurisdiccionales. Fundamentalmente, en relación con la legitimación procesal, las medidas cautelares, la prueba (distribución de la carga y prueba de informes), y las responsabilidades, especialmente empresariales por actos de otros, y el resarcimiento e indemnización por daños.

En materia de legitimación procesal (art.29), y también en los procedimientos administrativos, aunque no en los mismos términos (art.31.2), la Ley 15/2022 la extiende a los partidos políticos (no para los procedimientos administrativos), los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de consumidores y usuarios, y las asociaciones y organizaciones de defensa y promoción de los derechos humanos, *para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa* (art.29.1). Así como a la *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* [art.40.a), d) y e) LIND].

Complementariamente, las modificaciones operadas en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (DDFF 2ª y 3ª LIND) extienden esta legitimación ampliada en los procesos colectivos (*Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación*) o de *defensa de derechos o intereses difusos*, a los referidos sujetos [arts.11.bis LEC y 19.1.i) LJCA]. Si bien con determinadas condiciones de representatividad, en el caso de los sindicatos y las asociaciones profesionales (más representativos), de implantación, en el caso de las organizaciones de consumidores y usuarios (estatales) o de defensa de derechos humanos (estatales o cuyo ámbito de actuación se corresponda con el de la discriminación), o, en el caso de estas últimas y por remisión de esas dos leyes procesales a la LIND (art.29.2), de consolidación (dos años

³³ En el específico ámbito de las infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (RD Leg. 1/2013), también desplazado, en su caso, por la LISOS (DA 7ª), se establece expresamente la responsabilidad solidaria *cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos en la comisión de la infracción*, así como la subsidiaria o la solidaria, respecto de las personas que incumplan sus obligaciones de prevención de infracciones cometidas por otros (art.79).

desde su constitución y ejercicio activo), que no se exigen, sin embargo, curiosamente, a los partidos políticos.

Por su parte, conforme a la Ley de jurisdicción social, no modificada por la integral de igualdad, en el proceso de tutela de los derechos fundamentales, junto con la persona trabajadora afectada directamente por la discriminación, también podrán personarse, como coadyuvantes, el sindicatos al que se encuentre afiliada y cualquier sindicato más representativo, así como *las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados*³⁴. No obstante, los eventuales coadyuvantes *no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado* (art.177.2 LJS), ni elegir la modalidad procesal ni la clase de tutela de sus derechos, que también estará en el ámbito de decisión de la víctima directa (art.177.4 LJS). Por otro lado, *“El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”* (art.177.3 LJS)³⁵.

En términos no del todo coherentes con la Ley integral de igualdad 15/2022, la especial 4/2023 de igualdad de trato de las personas LGTBI (DF 12^a) modifica el artículo 17 de la Ley 36/2011, de jurisdicción social, para incluir expresamente en la referida legitimación colectiva, tanto para procesos individuales, en *defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación*, con su autorización expresa, como para los colectivos, en los que *las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación*, en ese caso con exclusividad, junto con las entidades previstas en la LIND, a las asociaciones empresariales, los organismos públicos con competencia en la materia, y *las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias*, sin exigir, no obstante, condiciones de representatividad, implantación o consolidación. En ambos casos en relación con las personas o colectivos LGTBI, y con la salvedad de los litigios sobre acoso discriminatorio, en los que la persona acosada será la única legitimada.

En este marco, resulta compleja la legitimación de los sujetos colectivos distintos de los sindicatos (art.17.2 LJS) en procesos antidiscriminatorios por razones diferentes de las sufridas por las personas LGTBI que afecten a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, o a intereses difusos. No prevista en la Ley de jurisdicción social, salvo, en su caso, a través de la aplicación supletoria de la regla correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (DF 4^a LJS y art.11.bis LEC), del tratamiento analógico con las organizaciones

³⁴ *En los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso laboral sexual o por razón de sexo, la víctima estará legitimada para comparecer en el procedimiento según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad. Si se requiriese el testimonio de la víctima el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias* (art.151.5 LJS).

³⁵ *El Ministerio Fiscal también será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas* (art.240.4 LJS), así como en la audiencia previa para la adopción de medidas cautelares, en su caso (art.180.5 LJS).

legitimadas para la defensa antidiscriminatoria colectiva de las personas LGTBI (art.17.5 LJS), o de la interpretación extensiva dada al efecto por el Tribunal Constitucional, en relación con la legitimación de asociaciones para la defensa de sus intereses legítimos difusos³⁶.

Aunque tampoco resulta de fácil engarce o articulación en el proceso social; particularmente en la modalidad procesal de conflicto colectivo (arts.153 y ss. LJS), quizá la más idónea para la defensa de los derechos e intereses colectivos o difusos, o incluso en la de impugnación de convenios colectivos (arts.163 y ss. LJS), concebidas fundamentalmente para la actuación de las representaciones de trabajadores y empresarios. Sin perjuicio de que en este específico proceso de impugnación de convenios colectivos y *A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas* [art.165.1.a) LJS], y, posiblemente también, la nueva *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*³⁷.

Por lo demás, la Ley procesal laboral contempla un específico proceso de oficio derivado de actas o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y, quizá también, de esta misma *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*, en las que se constaten supuestos de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, u otros *legalmente previstos*. Significativa y atinadamente, en este caso, con una lista abierta de causas de discriminación susceptible de desarrollo legal [art.148.c) y d) LJS], especialmente útil en un ámbito evolutivo y transversal como este.

Respecto de las medidas cautelares, el artículo 28 de la Ley 15/2022 dispone que la tutela judicial antidiscriminatoria comprenderá, *la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores*, de conformidad con lo establecido en las leyes procesales.

Esta remisión a las leyes procesales seguramente impide la adopción judicial de oficio de dichas medidas cautelares³⁸, puesto que la instancia de parte es la regla general (art.721.2 LEC), y así se prevé igualmente en la Ley de jurisdicción social respecto de las específicamente establecidas en el proceso de tutela de los derechos fundamentales (art.180 LJS). Algunas de ellas potencialmente idóneas para situaciones de acoso o de discriminación prolongada o grave de las personas trabajadoras, como, aparte de la suspensión del acto impugnado, la interrupción de la relación, la exoneración de la prestación, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o la reducción del tiempo de trabajo, susceptibles, además, de acordarse tanto respecto de la víctima como del causante, con el razonable objetivo de su separación inmediata y cautelar.

³⁶ SSTC 52/2007, de 12 de marzo, y 252/2000, de 30 de octubre. Y FOTINOPOULOU BASURKO (2023: 307 y 308).

³⁷ LOUSADA AROCHENA (2012: 238 y ss.).

³⁸ Por su parte y en el ámbito del proceso administrativo sancionador en materia de igualdad de trato y no discriminación, también se prevé la adopción, de oficio, por el órgano administrativo competente, de *las medidas provisionales que sean oportunas para que desaparezca la situación de discriminación creada cuando se aporte un principio de prueba del que se infiera que la infracción ha podido ser cometida una autoridad o un empleado público* (art.52.3 LIND).

En cuanto a la prueba, la Ley integral de igualdad reitera y actualiza las dos reglas especiales de los procesos antidiscriminatorios, aplicables tanto en el ámbito administrativo como en el judicial (art.30 LIND). La primera afecta a la distribución de la carga de la prueba y se traduce en que, *cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*. La segunda prevé la posibilidad de solicitar, de oficio o a instancia de parte, informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad. Ambas ya se contemplaban en la Ley de jurisdicción social (arts.95.3, 96.1 y 181.2 LJS)³⁹.

Seguramente la regla especial sobre distribución de la carga de la prueba es la que mayor protección procesal proporciona a la víctima de una discriminación, puesto que no solo le facilita significativamente la prueba del alcance discriminatorio de los hechos o actos en los que basa su pretensión, mediante la admisión de indicios, principios de prueba, apariencias, panoramas o contextos, sino que, especialmente, endurece la exigencia de prueba y justificación para la parte demandada a la que se imputa la lesión, causalizando, en su caso, toda decisión empresarial indiciariamente discriminatoria.

A este respecto, a la víctima le corresponderá probar, en primer lugar, la existencia de la conducta reprobada, reflejada en un tratamiento peyorativo, y su conexión probable o lógica con alguna circunstancia personal relacionada con las causas de discriminación prohibida, sin que baste, al efecto, su simple afirmación. Bien por la finalidad o motivación de dicha conducta, efectivamente presunta a partir de los indicios, bien por sus consecuencias o efectos, peyorativos y desproporcionados.

Por su parte, el demandado tendrá que aportar prueba de que la conducta reprobada tenía una justificación objetiva y razonable o proporcional, que era, sino conforme a Derecho, al menos no discriminatoria. En su motivación o finalidad, legítima y ajena a la discriminación, mediante la acreditación de causas reales y razonablemente justificadas de su conducta, o en sus consecuencias, proporcionales en relación o ponderación con los derechos e intereses concurrentes⁴⁰. En este sentido, la *“justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas”*, y, especialmente *“de su proporcionalidad”* (artt.181. 2 LJS), lleva al triple test constitucional de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) que permite legitimar tratamientos aparentemente discriminatorios, y, por tanto, considerarlos conformes a Derecho pese a su alcance peyorativo respecto de colectivos vulnerables a la discriminación.

Por ello y pese a enmarcarse en el plano fáctico propio de la prueba en el proceso, la regla sobre presunciones o prueba indiciaria en los procesos de tutela de los derechos fundamentales no atiende solo o tanto a los hechos en sí mismos y a su acreditación, como a su conexión y virtualidad lesiva de los derechos fundamentales. Alcanza, por tanto, al

³⁹ Ambas reglas también se incluyen en la ley de igualdad LGTBI (art.66), aunque no modifica al respecto la Ley de jurisdicción social.

⁴⁰ El test de proporcionalidad se aplica igualmente a las medidas de acción positiva, destinadas a *prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social* (art.6.7 LIND).

plano de la valoración o fundamentación jurídica, puesto que en estos supuestos el indicio de un hecho no lleva a otro hecho presunto, deducido o inducido, como ocurre con carácter general con la prueba de presunciones, sino a la apreciación judicial de una probable lesión antijurídica, a una calificación jurídica y no fáctica. Y, del mismo modo, la prueba en contrario, supone “*la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*” (art.96.1 LJS), también más en el plano de la fundamentación y la valoración jurídica que en el de la prueba de los hechos, aunque aquellas puedan desprenderse de estos.

La regla de alteración en la distribución de la carga de la prueba no es aplicable, sin embargo, en los procedimientos administrativos sancionadores o penales (art.30.3 LIND), donde parece prevalecer la presunción de inocencia [arts.24.2 CE y 53.2.b) LPA]⁴¹, y deberá acreditarse la discriminación sancionada conforme a las reglas probatorias generales. Seguramente tampoco en los procedimientos disciplinarios laborales⁴². Tanto en el empleo público, en el que rige igualmente la presunción de inocencia [art.99.2.e) EBEP], como, matizadamente, en el privado, al menos y en caso de enjuiciamiento, como consecuencia de las limitaciones de oposición empresarial en los procesos de impugnación de sanciones o de despidos (arts.105.2 y 114.3 LJS).

Respecto de la prueba de informes de organismos especializados, los de carácter estadístico pueden tener particular interés y utilidad, en el sentido de acreditar que determinadas decisiones o actuaciones que impliquen restricciones de derechos o tratamientos peyorativos afectan en términos globales, aun en el ámbito de incidencia del acto cuestionado, más a los colectivos vulnerables a la discriminación⁴³.

Las últimas previsiones de la Ley 15/2022 con incidencia en la tutela judicial y resarcitoria frente a la discriminación, y quizá las más destacables, se refieren, precisamente a las responsabilidades, particularmente de la empresa por actos discriminatorios de otros (de su personal o de terceros) en su ámbito de organización, y al resarcimiento e indemnización por daños. Al respecto, reconoce, en primer lugar, la obligación de las personas que causen una discriminación prohibida de reparar los daños causados, mediante la restitución a la víctima a la situación anterior, si es posible, y su indemnización, en la que se incluirá el daño moral, que se presume, y para cuya valoración se atenderá 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*, y su repercusión (art.27.1). Y, en segundo lugar, establece que también serán *responsables del daño causado las personas empleadoras. o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido sus obligaciones en materia de detección, prevención y suspensión o cese de las conductas o situaciones discriminatorias* (art.27.2).

⁴¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴² Llama la atención que la Ley 15/2022 no excluya expresamente la aplicación de esta regla sobre la distribución de la carga de la prueba en los procedimientos disciplinarios, y sí lo haga, sin embargo, y junto con los penales y administrativos sancionadores, en relación con *las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes*.

⁴³ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA (2019: 212 y ss.).

La indemnización por discriminación tiene fundamentalmente tres funciones: sustitutiva de la, en su caso, imposible restitución íntegra o plena a la situación anterior, compensatoria de los daños que dicha lesión causa, y preventiva o disuasoria (arts.25.2, 27.1 y 28 LIND y183.2 LJS)⁴⁴. Aunque se ha considerado que el íntegro resarcimiento o cobertura de los daños y perjuicios sufridos cumple por sí mismo esta última función, de índole próxima a lo punitivo⁴⁵.

Una de las novedades más relevantes de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación en relación con la indemnización de daños por discriminación se encuentra en la presunción de existencia de daño moral. Aunque la consideración y valoración del daño moral ya se incluye expresamente en el ámbito del proceso de tutela de los derechos fundamentales desde la Ley de jurisdicción social de 2011, su resarcimiento indemnizatorio ha venido condicionándose jurisdiccionalmente a la necesidad de solicitud de parte, así como a la determinación y acreditación de los daños y su valoración económica, aun indiciaria, indirecta o referencial (art.183.2 LJS).

A este respecto, no es claro que el expreso reconocimiento y presunción de daño moral, una vez acreditada la discriminación, convierta su resarcimiento indemnizatorio en una consecuencia automática y apreciable judicialmente de oficio⁴⁶. No debe perderse de vista que el daño moral, concurrente en la lesión injustificada de cualquier derecho, especialmente de los fundamentales, vinculados a la dignidad personal, puede tener cierto componente subjetivo y contextual. Tampoco, que la estimación de una acción judicial conforma en sí misma una reparación del daño moral derivado de la lesión del derecho. Por ello, no es descartable que una persona o un colectivo desistan libremente de una indemnización por daño moral o que la cuantifiquen en términos simbólicos. Aunque quizá podría sostenerse la automaticidad de la indemnización y su apreciación de oficio, considerándose, en su caso, la ausencia de petición de parte como elemento para su cuantificación; incluso tras un posible y recomendable requerimiento judicial expreso.

Como consecuencia de la dificultad de determinación y cuantificación de los daños morales, y en el contexto del derecho a la íntegra restitución o a la reparación de los derivados de la lesión de los derechos fundamentales y de la discriminación, así como de la finalidad preventiva y disuasoria de su indemnización, en los últimos años ha venido generalizándose la cuantificación judicial de dichos daños morales sobre los importes de las multas establecidos en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social respecto de las correspondientes infracciones administrativas lesivas de los derechos fundamentales, lo que seguramente refuerza, aun de manera tácita, esa finalidad disuasoria, e incluso punitiva, de las indemnizaciones⁴⁷.

Finalmente, en lo que se refiere a la responsabilidad resarcitoria de las empresas por actos discriminatorios, aparte de la directa, contractual (arts.1.101 y ss. CC) o extracontractual (arts.1902 y ss. CC), según la víctima sea de su personal o no, la Ley integral

⁴⁴ ÁLVAREZ ALONSO (2014: 2 y ss.).

⁴⁵ STJUE de 17 de diciembre de 2015 (*Arjona*, C-407/14).

⁴⁶ ARUFE VARELA (2023: 370).

⁴⁷ STS de 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014).

de igualdad refuerza la derivada de actos de otros por incumplimientos en materia de detección, prevención o cese de las situaciones discriminatorias producidas en su ámbito de organización o dirección (art.27.2 LIND), aunque en términos no siempre claros.

Su ámbito natural de reconocimiento será, normalmente, la discriminación causada por su personal respecto de colegas y también respecto de terceras personas. Teniendo en cuenta que se trata de una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales, debe ir más allá de la responsabilidad civil solidaria reconocida con carácter general en relación con los actos dañosos causados por el personal a su servicio, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, susceptible de exclusión en caso de haber obrado con diligencia, y repetible sobre el autor directo (arts.1903 y 1904 CC). Pero tampoco debe eximir íntegramente de responsabilidad al causante directo, y cabalmente doloso, de modo que, en su caso, deberá compartirse entre ambos en función de su grado de imputación, a criterio judicial.

No es descartable, no obstante, que la discriminación pueda ser causada a personas trabajadoras por terceros, y que de ello pueda derivarse igualmente alguna responsabilidad resarcitoria para la empresa. En particular, en el caso de relaciones entre empresas que generen, a su vez, relaciones más o menos duraderas e intensas entre personal de diferentes empleadoras en un mismo contexto o entorno laboral, e incluso también con clientes. Como se desprende de las reglas de delimitación y legitimación pasiva en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales, reconocida respecto de *terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios* (art.177.1 LJS), o de la imputación empresarial de las infracciones administrativas por acoso discriminatorio o acoso sexual, *cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo* (arts.8.13 y 8.13.bis LISOS).

A este respecto y con carácter general, es claro que dicha responsabilidad le corresponderá al sujeto directa e inmediatamente causante del daño. Pero también, derivadamente, a la empresa, responsable del medio de trabajo, seguro y exento de riesgos y daños, también psico-sociales y ambientales (arts.14.2, 15 y 42 LPRL), y titular de los poderes de dirección, organización, control, policía y disciplina (art.27.2 LIND)⁴⁸. Con carácter general, conforme al grado de imputación personal, así como, en su caso, a los criterios de atribución de la responsabilidad en supuestos de coordinación de actividades empresariales cuando en un mismo centro de trabajo preste sus servicios personal de dos o más empresas (art.24 LPRL y RD 171/2004, de 30 de enero).

En fin, en el ámbito particular del sector público, la derivación de responsabilidad por discriminaciones causadas por un empleado a su entidad empleadora se articulará como responsabilidad patrimonial de la Administración, que, no obstante, deberá repetirla frente al causante en supuestos de dolo, o culpa o negligencia grave (art.36 LRJSP). En estos casos, además, de haberse instruido previamente un procedimiento disciplinario contra el autor de la discriminación, los hechos declarados probados vincularán a la Administración en el procedimiento de responsabilidad patrimonial (art.52.3 LIND).

⁴⁸ HERAS HERNÁNDEZ (2021: 659-661).

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2014). “La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los «daños morales»”. *Relaciones Laborales (Smarteca)*, 9 (pp.1-18).
- ARUFE VARELA, Alberto (2023). “El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (pp. 356-387).
- BALLESTER PASTOR, Amparo (2012). “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en VV.AA. (dir. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINOPOULOU BASURKO, Olga y MIRANDA BOTO, José María), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (pp.125-160). Tirant lo blanch.
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia y RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2008). “Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales” (2008). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (pp. 255-293).
- FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (2023). “La actuación y el control administrativo de la discriminación: potestad sancionadora y concurrencia de infracciones y de sanciones”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (pp. 285-315).
- GARCÍA NINET, José Ignacio (2023). “El papel de la negociación colectiva en la regulación y aplicación de la igualdad de trato”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (pp. 151-200).
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José (2019). *Tutela procesal de la no discriminación laboral por razón de sexo y de género en el orden social*. Thomson-Reuters-Aranzadi.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (2021). “Vías de reparación frente al acoso sexual en el ámbito laboral”. En VV.AA. (dir. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (pp. 629-662). Thomson-Reuters-Aranzadi.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2023). “Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (pp. 14-57).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2012). “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley reguladora de la jurisdicción social”. *Lan Harremanak*, 25 (pp. 231-265).
- MARTÍN VALVERDE, Antonio (2002). “Principios y reglas en el derecho del Trabajo. PlanTEAMIENTO teórico y algunos ejemplos”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, 114 (pp. 813-840).
- MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (2022). “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, 4 (pp. 11-42).
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa (2021). “Prevención de riesgos laborales y mujer: trabajo en sectores feminizados”. En VV.AA. (dir. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa), *Ser mujer en*

el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos (pp. 565-603). Thomson-Reuters-Aranzadi.

VILA TIERNO, Francisco A. (2023). “La promoción pública de la igualdad”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64 (pp. 201-232).

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación

Law 15/2022, of July 12, on equal treatment and non-discrimination. The inclusion of new autonomous causes of prohibition of discrimination

CARMEN GRAU PINEDA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)

ORCID ID: 0000-0003-0274-8875

Recibido: 2/4/2023

Aceptado: 7/5/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7784

Resumen. Nueve meses han transcurrido ya desde la aprobación de la Ley 15/2022 y, este mes de marzo, vuelven los ecos de las expectativas que su aprobación generó. Se está en presencia de la primera ley española de derecho antidiscriminatorio que viene a dar cobertura tanto a las discriminaciones que existen como a las que están por venir, una ley que persigue el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas y que, por ello, merece la consideración de ley de garantías, ley general y ley integral.

Tomando como referencia el art. 14 CE y, junto a los seis motivos “clásicos” de discriminación recogidos en la normativa comunitaria -nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, cualquier otra condición o circunstancia personal o social-, incorpora expresamente los de edad, orientación o identidad sexual y expresión de género, discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua y situación socioeconómica. Pretende esta aportación llevar a cabo una primera aproximación a las causas que como más controvertidas se presentan y que, a buen seguro, generarán un extenso y prolijo debate tanto doctrinal como jurisprudencial en el futuro inmediato.

Palabras clave: igualdad, no discriminación, derecho antidiscriminatorio, género, edadismo, enfermedad y discapacidad.

*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Labordig: “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo”. PID2020-112731RB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Investigador principal: J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA.

**Carmen.grau@ulpgc.es

Abstract. Nine months have already passed since the approval of Law 15/2022 and, this March, the echoes of the expectations that its approval generated return. We are witnessing the first Spanish law on anti-discrimination law that covers both existing and future discrimination, a law that pursues the double objective of preventing and eradicating any form of discrimination and protecting victims and, therefore, deserves the consideration of law of guarantees, general law, and comprehensive law.

Taking as reference the art. 14 CE and, together with the six “classic” grounds for discrimination included in community regulations -birth, racial or ethnic origin, sex, religion, opinion, any other personal or social condition or circumstance-, expressly incorporates those of age, orientation or sexual identity and gender expression, disability, disease or health condition, serological status and/or genetic predisposition to suffer pathologies and disorders, language and socioeconomic situation. This contribution intends to conduct a first approximation to the causes that are presented as most controversial and that, surely, will generate an extensive and lengthy debate, both doctrinal and jurisprudential in the immediate future.

Keywords: Equality, non-discrimination, anti-discrimination law, gender, ageism, disease, and disability.

LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN: LA INCLUSIÓN DE NUEVAS CAUSAS AUTÓNOMAS DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. De los porqués de una ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: la gran novedad

Nueve meses han transcurrido ya desde la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral de igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, la Ley 15/2022) y, este mes de marzo, vuelven los ecos de las expectativas que su aprobación generó. Vaya por delante mi consideración de la misma como ley fundamental que hubiera merecido, no solo más explicación sino una mayor dedicación por cuanto va a marcar el futuro sobre la efectividad real y la garantía del derecho que desarrolla y que, sin embargo, ha pasado bastante desapercibida.

Con todo, la dificultad por movilizar el interés por los temas de igualdad es manifiesta no solo en el ámbito de las personas que operan en el mundo del derecho, sino en el de la Academia, salvo que cuestiones o coyunturas políticas así lo consideren. Y la aprobación y entrada en vigor de la norma que ahora se comenta no es sino un botón de muestra más.

Justo y necesario es darle el protagonismo que le es propio y, en este sentido, interesa iniciar esta aportación recordando algo que la ley anuncia desde su preámbulo y que es, nada más y nada menos, su intención de “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”. Y es que, como acertada-

mente se ha señalado, si bien es cierto que “con una doctrina constitucional tan consolidada, podría resultar superficial y huera una ley” (LÓPEZ CUMBRE, 2023: 53) como la que se comenta, el paso que tocaba dar es el de transitar de la igualdad formal, larga y sobradamente reconocida, a la igualdad material o real, a la igualdad de trato y oportunidades distante aun en el horizonte inmediato.

Se está en presencia de una ley que se auto justifica diciendo ser una ley de derecho antidiscriminatorio “que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas”. Toda una declaración de intenciones, incluida la perspectiva *ad futurum*, considerada por algunos como “un dictado del deseo” (GOÑI, 2022: 6), pero que, en definitiva, viene a insistir en la transversalidad de la igualdad y en cuyo empeño incorpora, ahora, un “enfoque holístico y global del derecho de igualdad a través del establecimiento de una serie de garantías que se extienden a todos los ámbitos de la vida pública, incluyendo, por supuesto, las relaciones de trabajo” (BALLESTER PASTOR, 2023: 59).

Esta ley, que como acertadamente se ha dicho “no es una ley más [sino] (...) una ley que completa, añade, aclara y refuerza” (BALLESTER PASTOR, 2023: 59). Y, en este sentido, y como se indica en el propio Preámbulo¹, se reconoce tanto la doble oportunidad de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social por tratarse de una trasposición “insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación en la sociedad española, sobre todo en el actual contexto de crisis sanitaria, social y económica” (LÓPEZ CUMBRE, 2023: 21); como de consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute “siguiendo la pauta normativa de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, culminado así un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y no discriminación que se han venido desarrollando y que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad”.

En esta línea, se dice de ella que “ha cubierto una importante carencia del ordenamiento jurídico español, en el que no existía hasta la fecha una ley estatal que se ocupara de manera integral de todas las causas de discriminación a las que se refiere el segundo inciso del Art. 14 CE” (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2022b: 120). En definitiva, una ley que auto reconoce² perseguir el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas, conciliando en su seno, de este modo, los enfoques preventivo y reparador y, mereciendo, por ello, la consideración de ley de garantías, ley general y ley integral que se desarrolla en las líneas que siguen.

¹ Ambos motivos en el Preámbulo de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Jefatura del Estado, en BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022. Referencia: BOE-A-2022-11589. II. *Justificación de la ley*, p. 8.

² *Ídem*.

1.1. Una Ley de garantías

Ley de garantías por su afán de perseverar en la garantía de los derechos ya reconocidos, insistiendo, así, en la consecución de una igualdad real (o material) de trato y oportunidades, pero, además, regulando medidas de protección y reparación frente a la discriminación.

En este sentido, obliga a la implementación de medidas preventivas, al cese de las medidas discriminatorias e impone responsabilidades administrativas, penales y civiles por los daños causados. En concreto, es el capítulo I “Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación” del título II “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, integrado por los arts. 25 a 32, el que aborda medidas de protección y reparación frente a la discriminación, la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas que constituyan o causen discriminación, la atribución de responsabilidad patrimonial y la reparación del daño, la tutela judicial de este derecho, las reglas relativas a la carga de la prueba o la actuación administrativa contra la discriminación.

Solo por destacar alguna de ellas, dado que sobre tales aspectos se profundizará en otra aportación de este monográfico, la Ley 15/2022 garantiza la reparación del daño causado previendo no solo su indemnización sino la restitución a la víctima en la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible (art. 26), y, más allá, impone a las autoridades encargadas de hacer cumplir esta ley el papel de garantes respecto de que los hechos no vuelvan a repetirse, especialmente en los casos en los que el agente discriminador sea una administración pública (art. 25).

Dicho esto a modo de ensalzamiento como ley de garantías, repárese en la utilización de un nuevo argot discriminatorio al que hemos de acostumbrarnos: incidente discriminatorio o agente discriminador, entre otros.

1.2. Una Ley general

Ley general, monotemática y omnicomprendensiva que codifica, o al menos eso pretende, en un solo texto jurídico el derecho antidiscriminatorio nacional y que, frente a la gran cantidad de leyes sectoriales, se erija en ese mínimo común normativo al que antes se hacía mención, que sitúe a España en la vanguardia de los países más avanzados en igualdad, siendo innegables los grandes avances en esta materia durante los últimos años³. De

³ Buena muestra de ello, y solo a modo ejemplificativo, la propia Ley 15/2022 hace referencia expresa a la aprobación de leyes, en el caso de la igualdad de género, como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y en relación con la discapacidad, de normas como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España, junto con su Protocolo Facultativo, en noviembre de 2007 y en vigor en el Estado español desde el 3 de mayo de 2008.

hecho, una de las críticas habituales en este sentido es la referida al hecho de que “nuestro país contaba ya con una regulación bastante completa en la relativo a la igualdad entre mujeres y hombres y a los derechos de las personas con discapacidad” (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2022a), si bien se mantenía huérfana de una ley general que abordara, más allá de los temas concretos del género o la discapacidad, el marco jurídico antidiscriminatorio español, como lo hace esta.

Sin embargo, se evidencia que la técnica codificadora presenta importantes déficits, de hecho, los hay que señalan que ni “elabora una ley de modificaciones parciales de las leyes sectoriales, ni tampoco crea una ley que codifique las normas aplicables” (GOÑI, 2022: 7). En idéntico sentido, se apunta que “el efecto final producido se caracteriza por cierta dispersión y por la dificultad de sistematizar el acervo sobre discriminación en el empleo y en la ocupación” (CABEZA Y VIQUEIRA, 2023: 33)

Entre los déficits especialmente graves, quiere destacarse el referido a las infracciones y sanciones aplicable a todos los ámbitos de la ley al reconocer que solo existía en algunos de ellos como el laboral. La Ley 15/2022 desarrolla, vía Título IV, dedicado a las “Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación”, una construcción de derecho sancionador discriminatorio que, como acertadamente se ha dicho, no solo no sustituye al recogido en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), sino que “fuerza a una complementariedad entre ambas normas que provoca algunas disfunciones que son especialmente relevantes en relación con la violencia y el acoso en el trabajo” (ALTÉS TÁRREGA, 2022). Pero también divergencias importantes como ocurre en el tema de la gradación de las infracciones y sanciones en materia de discriminación, inexistente en la LISOS.

En consecuencia, y como se ha señalado, “no resulta muy justificable esta disparidad o dualidad de tratamiento entre ordenamientos, que, en teoría, aspiran a compartir unas mismas finalidades y garantías, y que terminan generando desigualdad de trato jurídico” (GOÑI, 2022: 8).

1.3. Una Ley integral

En fin, se autodenomina la Ley 15/2022 como ley integral en tanto en cuanto aúna las causas, las formas y los ámbitos de discriminación. Su calificación como ley integral llama la atención frente a su predecesora, la Ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) y conviene precisar los porqués.

En primer lugar, porque que carezca de rango de ley orgánica, pese a ser un hecho criticado, encuentra su justificación en el hecho de que no regula el derecho de igualdad y no discriminación sino “el impulso, la garantía, la eficacia, la tutela y, en definitiva, la implementación del mismo” (LÓPEZ CUMBRE, 2023: 18). El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ya precisó en su sentencia 76/1983 que “el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley no es materia que requiera en si misma desarrollos normativos por medio de Leyes orgánicas, ni puede cobijarse en el enunciado material “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” del art. 81.1 de la Constitución”. No obstante lo

qual, y como acertadamente se ha apuntado, hubiera sido lo preferible tanto desde un punto de vista de técnica jurídica como en el plano formal del rango normativo y “solo razones de índole política explican esta separación” (BLÁZQUEZ Y PÉREZ DEL PRADO, 2022: 6).

En segundo lugar, porque su protección excede del ámbito propio de la discriminación por razón de género, como ocurre con la LOI y su normativa de desarrollo. Y es que, tomando como punto de referencia el contenido del art. 14 CE, junto a los seis motivos “clásicos” de discriminación –nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁴–, incorpora la Ley 15/2022 (ex art. 2) los de edad (causa discriminatoria conocida como edadismo), orientación o identidad sexual y expresión de género, discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua y situación socioeconómica (causa discriminatoria relativa a la aporofobia, territorio inhóspito por el momento para nuestro TC).

Extensión valorada, en general, como muy positiva, fruto de consolidadas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales y que, a buen seguro, incorporadas como causas autónomas de prohibición de discriminación facilitarán “a la persona herida un camino más directo para lograr la cesación de la conducta transgresora y la reparación del daño ocasionado” (ASQUERINO, 2022).

No obstante lo anterior, hay quienes opinan que este planteamiento supone “errar el tiro” en tanto en cuanto debería haberse enfocado en determinados grupos vulnerables identificados con cada contexto de aplicación y no en cualquier circunstancia personal o social concebida en abstracto. Con todo, como se ha apuntado, el hecho de que la normativa de la UE “se haya enfocado en un listado cerrado de causas que en todo caso se corresponden con grupos vulnerables ha favorecido que la finalidad intrínsecamente social de la prohibición de discriminación no se haya diluido en el principio de igualdad formal” (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2022b: 102).

En tercer lugar, porque se manifiesta en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica la ley. Esto es, desde el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, pasando por el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, y terminando con la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación. Todo ello, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan tanto a todas las administraciones públicas, incondicionadamente, como a las relaciones entre particulares, en la forma establecida por la propia Ley.

Como puede apreciarse, un ámbito de aplicación que excede de cualquier intento de acotamiento o delimitación, rompe el perímetro concreto en que pudiera pensarse y, más allá del empleo y la ocupación [a) y b)], abarca dieciséis ámbitos generales (art. 3) cuyo desarrollo tiene su propio régimen jurídico (arts. 9-24) y que incluyen novedades tan destacadas como necesarias como ocurre con internet, redes sociales y aplicaciones móviles, además de la inteligencia artificial y la gestión masiva de datos.

⁴ Cláusula general en la que, interesa recordar que, han tenido cabida motivos de discriminación contenidos en los arts. 4 y 17 TRET como la adhesión a los sindicatos, los vínculos de parentesco o el estado civil y el controvertido “anuncio de matrimonio”, enjuiciado en la STS de 9 de febrero de 2022 (nº 130/2022).

En cuarto y último lugar, ley integral porque incorpora un título dedicado a las definiciones (el I.), habitual en las leyes nacionales que trasponen directivas comunitarias, y cuyo principal valor es el marco conceptual que concentra. En este sentido, la principal crítica es el que se defina, en sentido negativo, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación como “la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2”. En esta línea, se apunta que la nueva ley, “a pesar de sus innegables virtudes, ha fracasado parcialmente en este intento, no por falta de voluntad del legislador, sino más bien por un defecto puramente técnico, que es la ausencia de un concepto realmente “integral” de discriminación” (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2022b: 120).

Pero es que, además, quiere llamarse la atención sobre dos aportaciones interesantes que hace esta Ley. En primer lugar, que se defina ampliamente lo que se considera diferencia de trato no discriminatoria porque puede justificarse objetivamente en una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla, incorporando, *ex art. 4.2*, una “regla general de justificación de discriminaciones” (CABEZA y VIQUEIRA, 2023: 42); y, en segundo, que se proceda al desarrollo de términos acuñados en la jurisprudencia (*ex art. 6*) como discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y por error, múltiple e intersectorial, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar o represalias, entre otros, que son, ahora, definidos por la norma que opta por codificarlos en una ley monotemática como la que ahora se comenta (BLÁZQUEZ y PÉREZ DEL PRADO, 2022: 5).

2. De la inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación y su particular proyección en el marco de las relaciones laborales

Ya se ha tenido oportunidad de plantear cómo junto a las causas de discriminación que constituyen el epicentro mismo del derecho antidiscriminatorio nacional –las primigenias de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión–, han ido surgiendo otras como consecuencia de lo que se ha considerado “una primera consideración inicial que posteriormente es matizada” (LÓPEZ CUMBRE, 2023: 47) –entre las que se encuentran el origen étnico, social o la nacionalidad– conformando un primer bloque de seis causas “clásicas” de discriminación.

Pero es que, en adición a lo anterior, han ido haciendo aparición nuevas causas que se proyectan sobre realidades sociales concretas como consecuencia de la propia evolución, desarrollo y transformación de la sociedad y es aquí, en esta tercera categoría, en la que tienen cabida las novedosas causas que la Ley 15/2022 incorpora con la finalidad de darles mayor coherencia material, mayor sistematicidad técnica y mayor visibilidad social. Un intento muy loable, en definitiva.

Junto a lo anterior, la aprobación de la ley que ahora se comenta, constituye, hasta el momento, “el último eslabón de una larga cadena de política del Derecho destinada a dar cobertura a la legítima pretensión de ser tratado por igual en cualquier momento y lugar, extendiendo su ámbito de aplicación, como no podía ser de otra manera, al marco laboral” (MONEREO, RODRÍGUEZ ESCANCIANO y RODRÍGUEZ INIESTA, 2022: 11), contexto en el que las

situaciones discriminatorias se hacen más visibles y generan mayor sensibilidad. Como ya se apuntara en la década de los noventa del siglo pasado “cuando tratamos el valor de la igualdad en el seno del Derecho del Trabajo aparece, inevitablemente, un efecto multiplicador de aquél en la medida en que todo el *Ius Laborum* es, histórica y teleológicamente, una expresión del principio de igualdad material” (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 1991).

Un paso más, no el último, pero sí decisivo en línea con el objetivo de conseguir “la ausencia de sesgos discriminatorios y la superación de denostados estereotipos que cercenan la dignidad de los seres humanos” (MONEREO, RODRÍGUEZ ESCANCIANO y RODRÍGUEZ INIESTA, 2022: 42).

Pretenden dedicarse las páginas que siguen a realizar unas consideraciones generales y previas, una aproximación a las causas que se presentan en estos momentos como más controvertidas y que, a buen seguro, generarán un extenso y prolijo debate tanto doctrinal como jurisprudencial en el futuro inmediato.

2.1. El edadismo

Junto con otros términos de uso frecuente como personas trabajadoras “de edad avanzada” o “población madura”, debemos a la OIT, en su Recomendación núm. 162 (1980), la introducción, por vez primera, del término personas trabajadoras “de edad”, sin concretar la horquilla concreta, a quienes considera “más expuestos y vulnerables en el empleo y la ocupación” y respecto de los que se demanda “una revisión de los entornos laborales que ponga coto a ideas preconcebidas y estereotipos que alimentan la discriminación laboral” (MERINO, 2022: 89).

Dos décadas después, sería la Decisión del Consejo, de 18 de febrero de 2002, relativa a las directrices para las políticas de los Estados miembros para el año 2002 (2002/177/CE), la que señalara, por vez primera, que son las comprendidas entre los 55 y 64 años por ser los que “por el avance de su edad, están más expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación”. Sin embargo, lo más frecuente es que la normativa establezca una cohorte o grupo de personas maduras y, por tanto, en edades próximas a la jubilación (APARICIO y OLMO, 2007).

Dicho esto, conviene comenzar por precisar que en el último Informe Mundial sobre el edadismo de la Organización Mundial de la Salud (2021⁵), ésta entiende que

“el edadismo surge cuando la edad se utiliza para categorizar y dividir a las personas por atributos que ocasionan daño, desventaja o injusticia, y menoscaban la solidaridad intergeneracional. El edadismo perjudica nuestra salud y bienestar y constituye un obstáculo importante para la formulación de políticas eficaces y la adopción de medidas relativas al envejecimiento saludable, tal como reconocieron los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud, y en el Decenio del Envejecimiento Saludable (2021-2030)”.

⁵ Disponible en <https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism>

En esta misma línea, y como acertadamente se ha señalado, la discriminación por edad funciona “con especial sutileza en relación con otras causas, no solo por su especial ductilidad para yuxtaponerse con ellas [sino] sobre todo, porque no tiene aparejada, al menos en apariencia, una carga de oprobio como tienen las demás” (CABEZA y CARDONA, 2022: 22).

Hay quienes la consideran “la cenicienta de las discriminaciones” (SANGUINETI, 2019: 1), por cuanto tiende a ocultar, a marginar o a desplazar a las personas mayores, invisibilizándolas, especialmente, en las organizaciones productivas. Y es que, en las relaciones laborales la cuestión relativa a la discriminación por razón de la edad alcanza a las personas “en los dos extremos de su desarrollo vital” (CABEZA y CARDONA, 2022: 23), siendo el mercado de trabajo un escenario perfecto para constatar ambas tendencias.

En la primera fase de la vida laboral, las personas trabajadoras jóvenes, existe una tendencia a infravalorarlas, retribuir las peor y precarizarlas, resultando sencillo encontrar normas no solo permisivas sino incentivadoras de tales diferencias de trato. En la penúltima fase de la vida laboral –considerando la última, en este sentido, la etapa de la jubilación–, tiene una incidencia muy importante en las personas trabajadoras mayores, que tienden a ser minusvaloradas, postergadas e invisibilizadas socialmente de forma absolutamente tolerada y aceptada. Repárese en cómo resulta fácil comprobar, en términos de empleo, la existencia de desigualdades ligadas a la edad –sea por joven, sea por mayor– y las connotaciones negativas ligadas a la cualificación –sea por sobrecualificación sin experiencia profesional sea por descualificación sin adaptación a los cambios– y a los estereotipos sociales que consideran una carga en los entornos laborales las particularidades propias de las personas trabajadoras jóvenes o mayores.

Sea como fuere, y esto es más importante si cabe, en la mayoría de las ocasiones, las decisiones que se adoptan tomando en cuenta la edad de las personas trabajadoras afectadas, y que incurren en esta causa de discriminación del edadismo, perjudican a quienes pertenecen a las cohortes de edades más maduras o avanzadas y se “disfrazan” de un halo de objetividad y racionalidad económica que, desde los convencionalismos sociales, encuentran aceptación. Dicho en otras palabras, la explicación no se encuentra solo en el hecho de que estas diferencias “no suelen venir acompañadas de la condena moral que merecen las diferencias basadas en las causas antes aludidas [sino en que posea] unas características muy singulares que, de un lado, propician un menor apego de las personas hacia ella, mientras que, del otro, favorecen una mayor tolerancia frente a las prácticas que la afectan” (SANGUINETI, 2019: 1).

Apuntado lo anterior, se cuenta ya con ejemplos en sede judicial que ilustran lo adelantado. Es el caso del conocido como asunto “Huawei” que, allá por noviembre del año 2020, mereció una sentencia que ha puesto en alerta a muchas empresas. El Juzgado de lo Social 33 de Madrid⁶ declaró nulo el despido de varias de las personas empleadas de la multinacional china por considerarlos discriminatorios por razón de edad y, en conse-

⁶ Sentencia 323/2020, de 18 noviembre de 2020, nº de procedimiento 876/2020 y Ponente: Aramendi Sánchez, José Pablo.

cuencia, condenando a la tecnológica a indemnizar con 20.000 euros a las personas demandantes en concepto de daño moral por la afectación que sobre las personas cesadas tuvo la actitud empresarial.

En el hecho probado Quinto (en adelante, H.P.5º), el ponente de la sentencia (Sr. Aramendi) considera demostrado que, con fecha 18 de junio de 2019, el presidente de la compañía demandada pronunció un discurso sobre gestión de liderazgo dirigido a todas las personas empleadas –que se aporta como documento 132 por la parte actora y se da por reproducido– cuya lectura resulta tan esclarecedora que se considera oportuna la reproducción literal de los argumentos empresariales utilizados, sin ningún pudor ni filtro, para la mejor comprensión de la decisión judicial.

En primer lugar, porque se realizan diversas conclusiones sobre el liderazgo en dicha empresa entre las que destaca

“el propósito de estudiar y diseñar sistemáticamente un mecanismo para que los gerentes salgan. Y se indica que, es necesario un mecanismo de salida efectivo, porque el ancho y la suavidad del canal de salida determinarán la velocidad y la dificultad de reemplazar lo viejo por lo nuevo. Por lo tanto, es muy importante estudiar y optimizar nuestro mecanismo de salida del gerente. Si las posiciones siempre están ocupadas, no habrá vacantes. Como resultado, los nuevos gerentes jóvenes, así como otros tipos de talentos de alto potencial, no tendrán oportunidades para ser promovidos o asignados a trabajos importantes. Debemos aprender buenas prácticas de la industria. El ejército de los Estados Unidos tiene un mecanismo de gestión de reemplazo de oficiales. Si un oficial de combate se ha mantenido en una posición durante un cierto número de años, pero no ha sido promovido y no puede adaptarse a otras posiciones, sólo puede salir” (H.P.5º).

Añadiendo, *in fine* que,

“debemos ajustar la estructura de la fuerza laboral y acelerar el ritmo de reemplazar lo viejo con lo nuevo. Mientras mantenemos bajo control el tamaño de nuestra fuerza laboral, debemos retener a los que queremos y dejar ir a aquellos que ya no están calificados. Necesitamos dejar espacio para el reclutamiento, especialmente grandes mentes y talentos que los dominios clave necesitan con urgencia” (H.P.5º).

Por último, interesa destacar la declaración empresarial según la cual se “proponía establecer una tasa de eliminación anual del 10% para los comandantes y gerentes y que el personal profesional puede continuar trabajando hasta que tengan entre 50 y 60 años” (H.P.5º). Es evidente, por obvio, que con tales manifestaciones públicas, se facilitó enormemente la labor del juzgador que no tuvo dificultad en confirmar la existencia de esta causa de discriminación en la concreta *litis*. Causa de discriminación que está llamada a seguir en liza, si bien todo hace prever que las empresas moderen sus declaraciones públicas en este sentido.

Más recientemente, hace apenas unos días, se ha tenido conocimiento de otra sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que aborda esta cuestión pero desde otra perspectiva que interesa explorar. Se trata de la STS 62/2023 (cuyo ponente es el ma-

gistrado Moralo Gallego⁷) sobre un acuerdo en materia de despido colectivo por el que se fijaba una indemnización más elevada para las personas trabajadoras menores de 60 años afectados por el mismo⁸. La cuestión no va referida a los criterios de selección de las personas trabajadoras cuyos contratos de trabajo se ven extinguidos forzosamente por el despido colectivo, sino a la cuantía de la indemnización que percibieron y que fue más elevada para las personas trabajadoras menores de 60 años afectadas por el mismo y, en definitiva, si dicha diferencia constituye una discriminación por razón de edad o no.

Y es que, en este caso, para el TS resulta fundamental el hecho de que el pacto alcanzado entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras fue fruto de la negociación colectiva, “sin que desde esa perspectiva puramente formal haya tacha alguna de ilegalidad” (FJ. Cuarto. 1.-). Insiste el TS en esta línea argumental, sentenciando que:

“No estamos ante una decisión unilateral de la empresa sino en un acuerdo colectivo entre la empleadora y los representantes de los trabajadores con facultades legales para ello, fruto de la autonomía individual en el marco de una empresa privada. Acuerdo de naturaleza transaccional con el que se pone fin a un procedimiento judicial de impugnación de despido colectivo, que bien pudiese haber concluido hipotéticamente con el reconocimiento de la indemnización mínima legal y que sin embargo se ha visto mejorada para todos los afectados con la firma de ese pacto (FJ. Cuarto. 2.-)”.

Pero es que, al anterior argumento añade que todas “las indemnizaciones pactadas (...) mejoran el mínimo legal aplicable y contemplan, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario (...) [así como] diferentes medidas para favorecer posteriores ofertas de empleo y de cobertura preferente de vacantes en todas las empresas codemandadas” (FJ. Cuarto. 1.-).

Sentencia digna de atenta y minuciosa lectura que concluye diciendo:

“1. El sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable y proporcionado, resultando objetivamente justificado que el acuerdo para distribuir los costes de la cuantía total de la suma indemnizatoria alcanzada con la empresa favorezca en mayor medida al colectivo que se encuentra más alejado del momento de la jubilación (FJ. Cuarto. 1.-).

Va a resultar determinante, en este sentido, impulsar un cambio cultural y organizacional, a partir del cual la diversidad generacional⁹ pueda considerarse “un valor diferencial en una época en la cual es posible que se desencadene una lucha por atraer y retener el mejor talento disponible en el mercado, así que la tendencia hace pensar que

⁷ N^o de procedimiento 2785/2021 y fecha de 24 de enero.

⁸ La sentencia recurrida es del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real, de fecha 29 de octubre de 2018, aclarada por auto de 12 de noviembre, recaída en autos núm. 372/2016, seguidos a su instancia contra Elcogás, S.A., Endesa Generación, S.A., Enel Spa, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., Électricité de France Internacional, S.A. e Iberdrola Generación, S.A. sobre despido.

⁹ Entendida como concepto que “vincula el envejecimiento de la fuerza de trabajo (*ageing workforce*) y a la capacidad de gestionar una plantilla madura dentro de las organizaciones, con enfoque específico en el envejecimiento y generalmente desde la perspectiva de los recursos humanos (*age management*)”, en Pinazo y Barone, 2022: 152.

las organizaciones tendrán que volver a plantearse contratar talento senior” (PINAZO Y BARONE, 2022: 179). Todo apunta a que, desde esta ineludible perspectiva, solo las organizaciones capaces de adaptarse a los cambios –disruptivos además– y apostar por modelos de trabajo que integren talento junior y senior –mixtos o híbridos– serán las que puedan anticiparse y afrontarlos exitosamente.

La regulación de la no discriminación de las personas mayores en el empleo ha manifestado bastantes carencias que, sin embargo, se confía puedan ser superadas a partir de la aprobación de la Ley 15/2022, tanto por la incorporación expresa de la edad como causa autónoma de discriminación como por el sistema de garantías de efectividad que arbitra en este sentido y que no parece, en absoluto, un objetivo trivial o desdeñable. En definitiva, igualdad formal y material juntas, por fin, en una norma que sienta bases sólidas del derecho antidiscriminatorio español.

2.2. La orientación o identidad sexual y la expresión de género

De la causa autónoma de discriminación por razón de la orientación o la identidad sexual y la expresión de género lo primero que hay que señalar es que se trata de una compleja cuestión, respecto de la cual puede ser de cierta utilidad práctica el documento ni jurídico, ni vinculante, ni firmado por España, que lleva por título “Los principios de Yogyakarta¹⁰” (en adelante, los Principios).

Interesante documento que comienza recordando que todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (YOGYAKARTA, 2007: 8).

Y que tras manifestar su preocupación porque:

“en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experiencias se ven agravadas por otras causales de discriminación, como género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica, y porque dicha violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad” (YOGYAKARTA, 2007: 8),

¹⁰ Los Principios fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados, ONGs y otros. Más información en <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/#:~:text=Los%20Principios%20de%20Yogyakarta%20son,que%20los%20Estados%20deben%20cumplir>.

termina por reconocer que:

“que existe un valor significativo en formular de manera sistemática la forma en que la legislación internacional de derechos humanos se aplica a las vidas y experiencias de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género; (...) [y que] esta formulación debe apoyarse en el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos y requerirá de una revisión periódica a fin de tomar en cuenta los desarrollos en esa legislación y su aplicación a las vidas y experiencias particulares de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género a lo largo del tiempo y en diversas regiones y naciones” (YOGYAKARTA, 2007: 9).

Sorprende comprobar cómo estando España entre los países que garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación y reconoce jurídicamente muchas de las reivindicaciones en esta materia, no haya firmado este documento internacional carente de carácter jurídico, pero cargado de compromisos en pro de dicho derecho respecto de un colectivo que demanda más acción política y legislativa en materia de igualdad efectiva de trato y oportunidades.

Máxime cuando se cuenta con normas que son buena muestra de ello como la Ley 13/2005 que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que supusieron grandes avances normativos en la consecución de la igualdad legal y la eliminación de ciertas parcelas de discriminación por razón de la orientación o identidad sexual. Elenco de normas a las que es preciso añadir la recientemente aprobada 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 LGTBI¹¹.

No obstante lo cual, ahora, la Ley 15/2022 reconoce de forma explícita en su Preámbulo que existen déficits y desequilibrios, que no se protegen ni de la misma manera ni en todos los casos y lo que hace es extender la protección frente a la discriminación por cualquier motivo y en todos los ámbitos previstos en la misma.

Dicho lo anterior, en los Principios se incluye una útil definición de términos como la *orientación sexual* en referencia 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, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”; y la *identidad de género* relativa a la “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (YOGYAKARTA, 2007: 8).

¹¹ En BOE nº 51, de 1 de marzo.

Fundamental ha resultado, en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio del año pasado, la STC 67/2022¹², en la que se aborda la cuestión de si el trato discriminatorio por identidad de género vulnera el art. 14 CE¹³. El Alto Tribunal español considera de “especial trascendencia constitucional la cuestión planteada porque le permite sentar doctrina sobre un problema, relativo a un derecho fundamental, que no ha sido suficientemente tratado” (UGT, 2022: 3), y que le permite, por primera vez, afrontar “una denuncia de discriminación laboral por razón de identidad de género y si dicha identidad de género puede dar lugar a discriminación de las prohibidas por nuestra Constitución, así como el impacto que conlleva en la carga de la prueba” (UGT, 2022: 3).

Lo primero que se plantea el TC es efectuar una aclaración conceptual que distinga entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género, para luego verificar si la realidad queda cubierta o no por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE. En este sentido, sorprende comprobar la labor conceptual que desempeña nuestro TC que, haciendo suyo –parcialmente– el marco definitorio contenido en los Principios, diferencia entre la *orientación sexual* considerada como preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo; la *identidad sexual* consistente en la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento; y la *expresión de género* que se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, definidos como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona (UGT, 2022: 6-7).

En este asunto concreto, el TC desestima el recurso de amparo interpuesto por la persona trabajadora y rechaza que haya concurrido la lesión tanto del art. 14 CE, en su vertiente de la interdicción de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, como del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, en su vertiente del derecho a la expresión de género en condiciones de igualdad y sin posibilidad de sufrir discriminación por las causas contenidas en el art. 14 CE (UGT, 2022: 9), siendo clave el principio de inversión de la carga probatoria (Arrúe, 2022: 141-148).

Pero, siendo cierto que este tema trasciende el ámbito laboral y que la sociedad ha de tomar conciencia sobre la necesidad de eliminar cualquier atisbo de discriminación, no lo es menos que las empresas también deben plantearse que para tener centros de trabajo inclusivos, en los que impere el respeto, es imprescindible erradicar la LGTBIfobia

¹² Recurso de amparo nº 6375-2019.

¹³ Básicamente, de los antecedentes se extrae lo siguiente: que la persona recurrente en amparo y la empresa belga Rhea System, S.A., suscribieron un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios por cuenta de la empresa a partir del 7 de enero de 2013. El contrato de trabajo estaba sujeto a un período de prueba de seis meses. A lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, la persona trabajadora acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda, lo que fue objeto en alguna ocasión de recriminación por la directora de recursos humanos y de solicitud del director general para que vistiera de forma más correcta. Llegado el término del periodo de prueba, se le comunica la no superación del mismo.

y apostar por la diversidad de género, como ya se adelantó con ocasión de la diversidad generacional al tratar la causa del edadismo.

Con todo, y como acertadamente se ha señalado, las carencias son manifiestas frente a nuevas brechas y sesgos de género “que pueden coincidir o no con el sexo, incluyendo las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de las funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos, aquellas otras en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de tal identidad e incluso las que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, o se manifiesten otras expresiones de género como la adopción de vestimenta, gestos o aptitudes propios del género con el que se identifica a la persona, independientemente del sexo biológico” (MONEREO, RODRÍGUEZ ESCANCIANO y RODRÍGUEZ INIESTA, 2022: 32).

A todo ello pretende dar cabida, en suma, la inclusión de nuevas causas de discriminación con ésta cuya efectividad queda garantizada, conviene tenerlo muy presente, no solo con la nulidad de los actos y actuaciones discriminatorios –lo que incluye el despido– sino con las medidas de protección y reparación frente a la discriminación, la atribución de responsabilidad patrimonial y la reparación del daño y la tutela tanto judicial como administrativa contra la discriminación.

2.3. La enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos

Una repercusión destacada está teniendo la enfermedad¹⁴ como causa autónoma de discriminación, a la que se añade, ahora, la condición de salud y el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos.

Interesa comenzar por señalar que el Reglamento sanitario internacional define como enfermedades las dolencias físicas o mentales que dañen o puedan dañar la salud de una persona. Y, la incorporación entre las nuevas causas de discriminación que hace la Ley 15/2022 de la enfermedad, entre otras conexas como se tendrá ocasión de mostrar a continuación, supone una importante novedad en tanto en cuanto “no era una condición protegida por el art. 14 CE a menos que fuera considerada como enfermedad estigmatizante o asimilable a la discapacidad” (GOÑI, 2022: 5).

Y ello porque nuestro TS se había venido negando a aceptar que la enfermedad pudiera ser considerada como una causa autónoma de discriminación, si bien asimilable a la

¹⁴ El Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005) es un instrumento jurídico de carácter vinculante para todos los Estados Miembros de la OMS que tiene por finalidad ayudar a la comunidad internacional a prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, evitando al mismo tiempo, las interferencias necesarias con el tráfico y el comercio internacionales. De él se ha dicho que ha venido a suponer un cambio de paradigma al plantear que el control de las emergencias y los riesgos para la salud pública deben realizarse en su origen, a diferencia del planteamiento previo que se centraba en el control en fronteras. Más detalles en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/reglamentosanita/queEsRsi.htm>

discapacidad en ciertos casos y ante la presencia de determinadas circunstancias. Como se ha señalado, partiendo de la base de que “es muy difícil que una situación de enfermedad o de baja por IT no quede subsumida en alguno de los conceptos de ‘enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos’” (BELTRÁN DE HEREDIA, 2022), es posible concluir que, salvo error y/o mejor doctrina, se activará tanto la declaración de nulidad de pleno derecho (art. 26), como la obligación de reparación del daño causado (art. 27), pero, sobre todo, la inversión de la carga probatoria (art. 30), de tal forma que solo si el empresario no es capaz de justificar la decisión extintiva de forma objetiva y razonable, deberá declararse lo primero y lo segundo.

Repárese en la trascendental importancia de lo anterior. Y ello porque es importante advertir que la norma “no añade ningún adjetivo al concepto de enfermedad” (BELTRÁN DE HEREDIA, 2022), dado que no hay referencia alguna a que ésta sea grave, prolongada, duradera o de larga duración, curable o incurable, con incidencia en la capacidad laboral o no y que las referencias a la “condición de salud” y a la “predisposición genética” permiten incluir en dicha causa discriminatoria “la mera sospecha de desarrollar una enfermedad en el futuro o el mero padecimiento de una enfermedad latente” (BALLESTER PASTOR, 2023: 77).

La primera consecuencia que de ello se deriva, y que se quiere adelantar en este momento, es que viene a significar el fin de que, “en los casos de despido por enfermedad o condición de salud, se declare la improcedencia del despido de la persona trabajadora, pero no su nulidad” (BELTRÁN DE HEREDIA, 2022). Y ello salvo que existan limitaciones objetivas, incluso, medidas de ajuste razonables, y en ambas cuestiones radica la clave interpretativa, para el desempeño del puesto de trabajo, dado que la extinción por enfermedad es una opción de regulación legítima e inexcusable *ex art. 38 CE* (GOÑI, 2022: 20).

Llegados a este punto conviene recordar que esto no siempre ha sido así. La causa concreta de discriminación por enfermedad con base en la discapacidad ha sido abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en casos como el Daouidi¹⁵, el Ruiz Conejero¹⁶ y el Nobel Plastiques¹⁷ ha terminado por reconducirse a la causa autónoma “clásica” de discapacidad para ser protegido frente a la desigualdad injustificada¹⁸. Mientras en el primero de los asuntos referenciados se aborda el posible encubrimiento de una discriminación indirecta por razón de discapacidad; en los dos últimos, el TJUE admite que el reconocimiento formal de la condición de persona discapacitada no implica necesariamente que la persona trabajadora deba ser valorada como tal a efectos de la Directiva 2000/78, puntualizando que el concepto de discapacidad no debe limitarse solo a las discapacidades así declaradas por los órganos nacionales.

¹⁵ Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, (asunto C-395/15), que se refiere a un despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal de duración incierta.

¹⁶ Sentencia de 18 de enero de 2018 (C-270/16) relativo a la persona trabajadora que causa baja por enfermedad común durante distintos periodos por motivo de la patología que había dado lugar al reconocimiento de su discapacidad (obesidad).

¹⁷ Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18) sobre un caso de despido objetivo de trabajadora apta con limitaciones para su trabajo tras haber sufrido varios procesos de incapacidad temporal.

¹⁸ Ya desde principios del Siglo XXI, la doctrina judicial procedente del TJUE expresaba reticencias a la hora de asimilar enfermedad y discapacidad, por considerar que las personas enfermas no estaban claramente protegidas contra la discriminación en asuntos como Del Cerro Alonso de 2007 (Sentencia de 13 de septiembre, asunto C-307/05).

Y con la aprobación de la Ley 15/2022 eran de esperar cambios que no han tardado en evidenciarse. Tan es así que en febrero del año en curso, el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada¹⁹, consideró como despido nulo la baja de una persona trabajadora en la Seguridad Social el mismo día de sufrir un accidente de trabajo como reacción empresarial a su situación de enfermedad. Y ello en aplicación de la nueva Ley 15/2022, respecto de la que dice que “no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición” (F.D. SEXTO). A lo que añade como relevante el hecho de que “la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque ésta es un dato para comprobar su existencia” (F.D. Sexto). En consecuencia, condena a la empresa no solo a readmitir a la persona trabajadora y regularizar su situación en la Seguridad Social, sino a indemnizarla por daño moral.

En fin, ya era hora de que discapacidad y enfermedad, como causas autónomas de discriminación, tuvieran tratamientos jurídicos diferenciados y de ello se ocupa la Ley 15/2022. El hecho de tener que forzar interpretaciones judiciales como las adelantadas solo generaba inseguridad jurídica y, a partir de ahora, todo apunta a que, si bien serán muchas más las cuestiones que se judicialicen, no tendrán cabida interpretaciones pretéritas.

Ahora, el interés se residenciará en dilucidar cuestiones como si la prohibición tajante de que la empresa pueda preguntar a las personas aspirantes a un puesto de trabajo acerca de su estado de salud (*ex art. 9.5²⁰*) en qué términos va a poder garantizarse en el ámbito privado; si es la obesidad una enfermedad y, por tanto, causa de discriminación prohibida, siendo ésta una de las plagas del Siglo XXI; o si para discriminar por causa de enfermedad, el grado de conocimiento de datos personales protegidos referidos a la salud²¹ será otra preocupación a tener en cuenta sobre todo en lo referido a los cauces a través de los que se obtengan. Pero también otras como las referidas a cómo tratar las enfermedades contraídas en el trabajo con/sin predisposición genética a padecerlas o si siendo posible extender esta protección frente a la enfermedad a supuestos distintos al despido –como ocurre en la promoción profesional–, la inversión de la carga probatoria resulta garantía de efectividad suficiente.

3. A modo de cierre

En definitiva, como ha pretendido demostrarse en las páginas precedentes, la Ley 15/2022 es una ley en la que subyace una visión integral de discriminaciones estructurales concernientes a condiciones de inferioridad históricas más allá del concreto impacto individual de las mismas, hecho éste del que no podemos sino congratularnos.

Y ello conscientes del más que probable incremento de la litigiosidad en este sentido, de la complejidad, amplitud y necesidad de concreción de causas como las analizadas,

¹⁹ Sentencia de 15 de febrero, recurso 753/2023 y ECLI: ES:JSO:2023:5

²⁰ A excepción de la previsión contenida en el art. 243 LGSS y la cobertura de puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales.

²¹ Teniendo en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

pero convencidas de que la aplicación de la nueva Ley será un instrumento de incalculable valor en la sempiterna lucha por la igualdad, más allá del género. Solo el transcurso del tiempo lo confirmará.

No quisiera concluirse sin una referencia, siquiera breve, a la importancia de la defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato a través de instrumentos incluidos en la Ley 15/2022. Es el caso del mandato dirigido a los poderes públicos para la adopción de medidas de acción positiva, el reconocimiento del derecho de las empresas a realizar acciones de responsabilidad social en materia de igualdad de trato y no discriminación y hacer uso publicitario de ellas, la adopción de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, o la colaboración entre administraciones públicas para la integración de la igualdad de trato y no discriminación en sus competencias, entre otras.

Pero, además, la actuación administrativa adquiere una relevancia especial. Tan es así que sea apuesta por la creación de un órgano independiente, la Autoridad Estatal para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, que preste asistencia a los afectados y promueva fórmulas de mediación o conciliación entre las partes con su consentimiento (arts. 40 y ss.). Esta Autoridad, cuya designación va con cierto retraso transcurridos los seis meses contemplados en la Ley 15/2022, podrá investigar por cuenta propia la existencia de posibles situaciones de discriminación y ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato, además, de concentrar varias de las funciones y recursos de otros organismos mediadores que existen actualmente.

Bibliografía

- ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO (2022), “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y sus negativas consecuencias en relación con la responsabilidad administrativa empresarial por discriminación y acoso”, disponible en <https://vitrage.blogs.uv.es/2022/07/20/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-y-sus-negativas-consecuencias-en-relacion-con-la-responsabilidad-administrativa-empresarial-por-discriminacion/#comment-2>
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO (2022a), “La Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, Briefs de la AEDTSS, publicado el 18/07/2022, disponible en <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO (2022b), “La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, nº 165.
- APARICIO TOVAR, JOAQUÍN y OLMO GASCÓN, ANA MARTA (2007), *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo.
- ARRÚE MENDIZÁBAL, MARTA (2022), “Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022, de 2 junio, desde otro punto de vista, la ampliación del conte-

- nido del derecho a la propia imagen”, *CEFGestión: Revista de actualización empresarial*, nº 290.
- ASQUERINO LAMPARERO, M^a JOSÉ (2022), “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, Briefs de la AEDTSS, publicado el 19/07/2022 disponible en <https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>
- BALLESTER PASTOR, INMACULADA (2023), “La expansión aplicativa de la Ley integral para la igualdad de trato no discriminación: secuelas sociolaborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64.
- BELTRÁN DE HEREDIA, IGNASI (2022), “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?”, en su blog especializado, disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/>
- BLÁZQUEZ AGUDO, EVA M^a y PEREZ DEL PRADO, DANIEL (2022), “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación: un gran paso de final incierto”, *Revista Femeris*, vol. 7, nº 3.
- CABEZA PEREIRO, JAIME y CARDONA RUBERT, M^a BELÉN (2022), “La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en *Informe sobre la discriminación de la personas mayores en el ámbito laboral*, disponible en [Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf](#).
- CABEZA PEREIRO, JAIME y VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN (2023), *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Los diez esenciales de Aranzadi, nº 3, Aranzadi.
- CANO GALÁN, YOLANDA (2022), “Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo?”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, *Laborum*, nº 3.
- FERNÁNDEZ GALIÑO, M^a. D. y LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (2022) “Marco normativo de la discriminación por mayor edad en el empleo y la ocupación: Estado de la cuestión y líneas de progreso”, en VVAA (2022), *Informe sobre la discriminación de la personas mayores en el ámbito laboral*, disponible en [Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf](#)
- GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS (2022), “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral de igualdad de trato y la n discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia & Trabajo*, nº 1.
- LÓPEZ CUMBRE, LOURDES (2023), “Una Ley integral para la igualdad de trato y una Ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (coord.) (2022), *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch.
- MERINO SEGOVIA, AMPARO (2022), “Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en *Informe sobre la discriminación de la personas mayores en*

- el ámbito laboral*, disponible en Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (2022), “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2021), Informe mundial sobre el edadismo. Washington, D.C.: Organización Panamericana de la Salud.
- PINAZO-HERNANDIS, SACRAMENTO y BARONE, ELEONORA (2022), “¿Qué dicen las personas mayores sobre el derecho al empleo y el impacto del edadismo laboral en sus vidas? en VVAA (2022), *Informe sobre la discriminación de la personas mayores en el ámbito laboral*, disponible en Informe-HelpAge-2022_-La-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-laboral.pdf
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL (1991), “El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO (2019) “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 59.
- UGT (2022), “Discriminación por identidad de género – STC 67/2022, de 2 de junio. El trato discriminatorio por identidad de género vulnera el art. 14 CE”, comentarios de jurisprudencia del Servicio de Estudios, nº 73, disponible en <https://servicioestudiosugt.com/discriminacion-por-identidad-de-genero-stc-67-2022-de-2-de-junio/>

El nuevo tratamiento de las medidas de acción positiva en la Ley 15/2022

Legal developments on the regulation of the affirmative action according Law 15/2022

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

Investigadora predoctoral

Universidad Pontificia Comillas ICADE

Recibido: 10/4/2023

Aceptado: 7/5/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7785

Resumen. Las medidas de acción positivas son un elemento más del principio de igualdad de oportunidades y su finalidad es evitar la perpetuación de las situaciones de desigualdad, las cuales son fuente de discriminación. El derecho, tanto nacional como internacional, ha ido acogiendo de forma paulatina la admisión y regulación de las mismas; al que hay que sumar la labor de la jurisprudencia porque ha ayudado a esclarecer los requisitos que ellas deben cumplir. Recientemente, ha entrado en vigor la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que es el instrumento más moderno del derecho antidiscriminatorio nacional con el que culmina el proceso de trasposición de las Directivas antidiscriminatorias de la UE, y que contiene referencias a las relaciones laborales. En este trabajo se van a recalcar cuáles son los elementos que todo instrumento susceptible de ser considerado acción positiva debe cumplir, porque de no hacerlo carecería de legitimidad. Ello nos ayudará a estudiar qué son las medidas de acción positiva y qué respaldo jurídico han tenido en nuestro ordenamiento, especialmente en lo que respecta al ámbito laboral. En este sentido, se hará, por un lado, una comparación entre el escenario previo, centrado en la protección de las personas con discapacidad y la mujer, con la negociación colectiva como protagonista; y por otro, se analizarán las novedades que introduce esta Ley 15/2022. Aunque es innegable la trascendencia social que esta ley presenta, por cuanto amplía la protección frente a la discriminación a nuevos sujetos, ya adelantamos que no destaca por las novedades que aporta en el régimen jurídico de la acción positiva.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, acción positiva, negociación colectiva, trabajo femenino.

Abstract. Positive action is part of the principle of equal opportunities, and their purpose is to avoid the situations of inequality which are source of discrimination. International and national law, has gradually been accepting its admission, and finally, not only regulates but also promotes them. Thanks to the case law the requirements of the measures of affirmative action are identified. In Spain, recently has entered into force the Law 15/2022, of July 12, about equality and non-discrimination, which culminates the process of transposition of the EU anti-discrimination Directives. Similarly, the latter also contains some references labour relations. The aim of this paper is to emphasize what are the requirements that every mea-

*bsanchezg@comillas.edu

sure must satisfy to be considered a positive action, otherwise it would lack legitimacy. This will help to study what positive action measures are and what legal support they have had in our legal system, especially with regard to the workplace. Hereinafter, we will do, on the one hand, a comparison between the previous scenario, focused on the protection of people with disabilities and women, with collective bargaining as the leading role, and, on the other hand, we will assess the novelties introduced by this Law 15/2022. Although the social value of this law is undeniable because it extends the protection against discrimination to new subjects, we already anticipated that it does not stand out due to the novelties it brings to the legal regime of positive action.

Keywords: equality, non-discrimination, affirmative action, collective bargaining, women's work.

1. Las medidas de acción positiva y la igualdad: de su admisión a su reconocimiento normativo

Las medidas de acción positiva, aparentemente, parecen quebrantar la idea de igualdad formal porque suponen la inclusión de un criterio de diferencia de tratamiento hacia un determinado grupo de personas. Probablemente, por esta razón, en un primer momento, carecieron de un respaldo legal definido que dificultó su uso. Sin embargo, la igualdad no se agota aquí y da un paso más hasta alcanzar la igualdad material, que se refiere al mandato que tienen los poderes públicos de conseguir la plena realización de la igualdad. La Constitución española (CE), es reflejo de ello en sus artículos 14, sobre la igualdad ante la ley; y 9.2 sobre el mandato de los poderes públicos para promover las condiciones de igualdad.

El legislador ha demostrado ser conocedor de que ciertos grupos de personas poseen una posibilidad mayor de sufrir un trato desigual, para los que ha configurado un derecho fundamental de contenido autónomo, que cuenta con unas garantías especiales. Pero, tan importante es la protección de esos sujetos como la prevención de las situaciones discriminatorias, lo cual puede conseguirse mediante las acciones positivas (CASAS BAAMONDE, 2018). Así, el TC (Tribunal Constitucional) ha matizado que será posible otorgar una diferencia de trato cuando sea necesaria para que los poderes públicos cumplan su cometido contenido en el art. 9.2 CE. Ha reconocido el TC que "la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva y de trato"¹. Toda práctica que pretende corregir una situación discriminatoria, aunque introduzca una diferencia de trato, no es contraria al art. 14 CE si no que está justificada por dicho precepto, así como por el art. 9.2 CE. Esto implica que pueden justificarse medidas aparentemente discriminatorias, cuando su finalidad es acabar con la desigualdad².

En el marco comunitario, la Directiva 27/207/CEE, fue la primera norma que recogió la idea de que los Estados miembros aprobasen medidas de acción positiva (art. 4) para acabar con la discriminación de las mujeres en el marco de las relaciones laborales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entonces Tribunal de la Comunidad Económica Europea, resolvió dos importantes asuntos que permitieron precisar el senti-

¹ STC 109/1993, FJ 5º, de 25 de marzo.

² STC 128/1987, de 16 de julio; STC 269/1994 de 3 de octubre; STC 109/1993, de 25 de marzo.

do de las medidas de acción positiva: Kalanke y Marschall³. El paulatino reconocimiento de las medidas de acción positiva como parte del acervo del derecho antidiscriminatorio europeo culmina con su consagración como Derecho originario tras la firma del Tratado de Ámsterdam en 1990, que facilitó la aprobación de las Directivas antidiscriminatorias⁴, que superan la concepción de la discriminación vinculada únicamente al sexo, para referirse también a la edad, discapacidad, u orientación sexual; regularizan los tipos de discriminación directa e indirecta, los definen como venía haciendo la jurisprudencia, e inciden en la posibilidad de que se aprueben medidas de acción positiva porque no vulneraría el principio de igualdad de trato. El derecho comunitario se limita a su admisión (art. 8 y 9 del Tratado de Funcionamiento Europeo) y faculta a los Estados miembros a aprobar medidas para erradicar la discriminación (art. 157.4 TFUE), pero no a su promoción ni incentivación (SÁNCHEZ TRIGUEROS, 2019) pero permite que los Estados las implementen para corregir la desigualdad de género en el ámbito sociolaboral. Lo mismo puede afirmarse de las Directivas sobre no discriminación. Dada esa premisa, el papel del TJUE ha sido el de analizar la compatibilidad de las medidas de acción positiva adoptada por los Estados con el Derecho Comunitario. Las sentencias Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahams-son, Briheche, Lommers, Roca Álvarez, Maïstrellis, entre otras, muestran un panorama de cierta complicación y, desde luego, de muchos condicionantes para admitir la validez de la acción positiva de referencia, porque abordan la materia desde un puro enfoque anti discriminatorio. El presente trabajo repasa sucesivamente esos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo. De su estudio deriva toda una serie de requisitos para que pueda entenderse legítima la acción positiva en favor de la mujer: 1.

En la legislación española hay que destacar como las más desarrolladas, por un lado, contra la discriminación de las mujeres: la Ley orgánica, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵, y la Ley, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶ (LOIEMH); y, por otro lado, contra la discriminación de las personas con discapacidad: Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁷(LGDPD). La acción positiva como medida de erradicación de estas discriminaciones ocupa un lugar central al reconocerse como necesaria la “acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación”⁸. Estas leyes abrieron paso a la proliferación de medidas de acción positiva en diversos ámbitos como en el laboral, pues

³ STJUE de 17 de octubre de 1995, y de 11 de noviembre de 1997 respectivamente.

⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27.11.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29.06.2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se suman a ellas en 2006 la Directiva 2006/54/UE, de 5.07.2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que unificó las normas que se habían aprobado en los años anteriores en materia de igualdad laboral entre hombres y mujeres, que se completó con la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13.12.2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, BOE nº 313.

⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, BOE nº 71.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, BOE nº 289.

⁸ Exposición de motivos LOIEMH.

fomentan su adopción⁹, y en otros casos incluso se llegaron a concretar algunas de las medidas haciendo obligatorio su cumplimiento¹⁰. Cabe mencionar, sin hacer un examen exhaustivo, que la regulación autonómica reconoce el posible uso de estos mecanismos especialmente para la igualdad entre hombres y mujeres incluso antes de la aprobación en 2007 de la LOIEMH¹¹.

El último eslabón en la regulación del derecho antidiscriminatorio español es la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹² (Ley 15/2022), objeto de estudio en las sucesivas páginas de este trabajo.

2. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a medidas de acción positiva?

La expresión *medidas de acción positiva* presente en la norma jurídica, es, en realidad, un concepto que podemos llamar “concepto paraguas”. Construye una definición en función de su finalidad, que será “prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos protegidos” (art. 5 Directiva 2000/43 y art. 7 Directiva 2000/73), “garantizar en la práctica la plena igualdad” (art. 3 Directiva 2006/54, o “corregir situaciones patentes de desigualdad” (art. 11 LOIEMH). Se trata de un término abierto porque, al no especificar la naturaleza que han de adoptar estas medidas, pueden incluirse una amplia variedad de actuaciones bajo su significado, siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos, que respeten su objetivo fundamental: alcanzar la igualdad de oportunidades.

Dentro de la amplia variedad de medidas de acción positiva, las técnicas más usadas son aquellas que contienen una diferencia de trato, generalmente una ventaja, como las cuotas o los criterios de preferencia, hacia algún colectivo protegido. En situaciones de escasez de recursos, como ocurre con las oportunidades de empleo, se interviene directamente en su adjudicación para fomentar un reparto equitativo. Son técnicas que se han llamado discriminación positiva (REY MARTÍNEZ, 1996; RUIZ MIGUEL, 1996) ya que introducen un criterio de selección, aunque en vez de para excluir, para incluir, como expresión y consecuencia del principio de igualdad de oportunidades (QUINTANILLA NAVARRO, 2005).

Las desigualdades dependen de múltiples factores que hacen de ellas complejos escenarios sociales. Sería excesivamente simplista pensar que las medidas de acción positiva dirigidas únicamente a los grupos protegidos serán suficientes para paliar las situaciones de desigualdad. Por eso, en ciertas ocasiones ello supone permitir que sean destinatarios de las medidas de acción positiva sujetos no protegidos por la norma, para que indirectamente queden beneficiados otros expresamente previstos. Esta es la técnica que se pue-

⁹ Mediante los planes de igualdad en la empresa (Cap. III LOIEMH).

¹⁰ Consideramos que se fomenta el uso de cuotas de reserva de puesto de trabajo para personas con discapacidad en la empresa privada porque la negociación colectiva puede liberar de esta obligación, no así en la empresa pública donde siempre será obligatorio (art. 42 LGDPD).

¹¹ Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (BOE nº 71, de 24.03. 2003) o Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, BOE (nº 38, de 13.02.2008).

¹² BOE nº 167, de 13.07.2022.

de emplear para fomentar la corresponsabilidad al conceder ventajas que solo operarán cuando sean los hombres quienes ejerciten derechos de conciliación de titularidad neutra, poniendo freno al reparto de tareas según los roles de género.

A pesar de lo que se ha expuesto en las líneas precedentes, creemos conveniente defender el empleo y la generalización del uso de término acción positiva, en detrimento de otros, por su mayor alcance y recorrido. En un lenguaje jurídico, discriminar será el resultado de una acción, práctica u omisión que coloque a una persona o grupo de personas, que comparte un rasgo personal, en una situación peyorativa en relación con otros sujetos comparables, sin existir justificación alguna para ello. Para la RAE (Real Academia de la Lengua Española) discriminar también puede significar, meramente, “seleccionar excluyendo”. Pero aporta mayor rigor jurídico reservar el uso de la palabra discriminación exclusivamente a aquellos supuestos que son discriminatorios, de acuerdo con la descripción que hace la norma¹³.

El empleo del término *discriminación inversa, positiva*, o simplemente, *diferenciación* crea en el receptor del lenguaje una connotación negativa, porque asocia discriminación a una situación injusta, pese a que la motivación de las medidas de acción positiva es totalmente opuesta: eliminar situaciones injustas. Un lenguaje inadecuado en este caso ensombrece la verdadera intención y fundamento de estas actuaciones, y contribuye a que se produzca un rechazo ante cualquier medida de acción positiva por ser considerada, erróneamente, discriminatoria (BARRERE UNZUETA, 2003). Si una medida de acción positiva concreta produjese un resultado desfavorable, entonces, más que tratarse de una acción positiva, sería una acción discriminatoria.

Por esta razón creemos más conveniente el uso de *medidas de acción positiva o acción afirmativa* en cualquiera de los casos, y porque el legislador siempre ha hecho uso de ella. Estas medidas tienen su origen en los Estados Unidos donde se acuñó el término *affirmative action*, traducido de la lengua anglosajona al castellano como acción afirmativa o acción positiva; y desde entonces hasta hoy, la regulación, a nivel nacional y comunitario, usa este término y no otros. Cuestión distinta es que, dentro de la acción afirmativa, se empleen diferentes técnicas, en función del contenido o de los destinatarios, y que puedan llamarse discriminación positiva para ilustrar su contenido.

Por último, bajo el término de medidas de acción positiva no deberían incluirse acciones de promoción de la igualdad. La distinción entre ambos la realiza la LGDPD, que diferencia entre medidas contra la discriminación (art. 65) y las medidas de acción positiva propiamente dichas (art. 67). Las primeras tienen su fundamento en la obligación empresarial de hacer que sus actos no generen ninguna conducta tipificada como directa o indirectamente discriminatoria, de manera que, aun cuando no estuviesen previstas en la norma podría, estas actuaciones serían de obligado cumplimiento como expresión

¹³ Más reciente es el art. 6.1 de la Ley 15/2022: “La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas (...) y la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas”.

del derecho a no ser discriminado. En cambio, las medidas de acción positiva son aquellas que otorgan algún tipo de ventaja que rompe con la igualdad de trato, con el fin de alcanzar la igualdad. Una medida en promoción de la igualdad emplea parámetros neutros para que la causa protegida no determine el futuro de su aplicación, por ejemplo, empleando un currículum ciego donde no tenga cabida ninguna información sobre circunstancias personales. La forma de actuación de las medidas de acción positiva es distinta, porque las características protegidas participan como elementos principales que determinan su aplicación.

3. Requisitos de las medidas de acción positiva

Es pacífica la doctrina que acepta el uso de medidas de acción positiva, volviéndose algo más dispar cuando hay que decidir su legitimidad una vez que se materializan en instrumentos concretos. La jurisprudencia del TJUE y de los tribunales españoles ha ido matizando el concepto de acción positiva, recogiendo algunas de sus consideraciones por el legislador, para establecer unos criterios que permitan adivinar si una pretendida medida de acción positiva se adecúa a la legalidad o no. Se resumen a continuación estos criterios:

i. Justificación dada por la existencia de una situación discriminatoria preexistente. Esto es, que un grupo de personas se enfrenten a desventajas estructurales enraizadas en la sociedad, y que este grupo sea individualizable porque sus miembros compartan una característica protegida por la ley.

Es entendible que la mayor parte de las medidas de acción positiva se hayan destinado a paliar la desigualdad entre hombres y mujeres, pues es la causa de discriminación más arraigada en la sociedad y a la que mayor esfuerzo normativo se ha dedicado. Así ha sido en Europa, porque en Estados Unidos su prioridad ha sido acabar con la discriminación racial. Al final, la promoción de estas medidas está sujeta a la realidad social de cada país y no deja de ser una opción legislativa. Las medidas de acción positiva pueden extenderse a otros grupos sociales también protegidos por el derecho a la no discriminación, bien porque aparezcan recogidos expresamente por la norma, o bien porque son susceptibles de inclusión en la cláusula de apertura de las mismas, tal y como ocurrió con la aprobación de cuotas de acceso al empleo público reservadas para personas con discapacidad antes de que este motivo se recogiese como causa protegida¹⁴.

No obstante, el carácter necesario de la medida no se cumple por la mera acreditación en términos generales de la desigualdad de colectivo. Debe atenderse a una situación concreta que conlleve una desigualdad en un aspecto preciso, objeto de corrección con la

¹⁴ STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5º: “No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT [Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983]) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad”

puesta en práctica de la medida en cuestión¹⁵. La discriminación se manifiesta en diferentes escenarios, siendo uno de ellos el ámbito laboral. En este caso, por ejemplo, se refleja en las menores oportunidades de acceso a procesos de selección y la menor contratación; en las peores condiciones de trabajo: en una formación más pobre; y en una mayor dificultad de promoción profesional. Las medidas de acción positiva han de tomar en consideración una situación puntual de discriminación, y deben desarrollarse con el objetivo de revertirla. Por ejemplo, dada la infrarrepresentación de las mujeres en determinados sectores de la Administración, se les otorga cierta preferencia en la contratación¹⁶; o en los casos en los que es necesaria formación especializada para tareas que apenas cuentan con participación femenina, se les reserva puestos en programas para que ellas mejoren su cualificación¹⁷.

ii. Contribución a la realización de la igualdad de oportunidades. Venimos sosteniendo que estas medidas son una expresión de la igualdad de oportunidades, y no solo una excepción de la misma, como defendía la doctrina del TJUE más tradicional¹⁸. Pero, para obtener dicha consideración deben promover la igualdad de manera efectiva, con la cautela de no convertirse en un obstáculo para ello.

Por esta razón, no se admiten las medidas proteccionistas que, bajo una apariencia de acción positiva, perpetúan los estereotipos asociados al rasgo protegido. Por ejemplo, se ha dicho que el tratamiento diferenciado que se ofrece a las mujeres al prever un descanso nocturno de mayor duración para ellas¹⁹, concederles un plus de salario de nocturnidad²⁰, o prohibir su trabajo en las minas no promueve su igualdad²¹. Una actitud excesivamente paternalista en estos casos no ayuda a la liberalización de perjuicios a la mujer (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 2001). De hecho, cuando las normas consolidan las diferencias entre ambos sexos, o entre sujetos cualquiera que sea su característica protegida, lejos de fomentar la igualdad, perpetúan la desigualdad, y pueden llegar a ser discriminatorias por sí mismas.

Especial mención merece la consideración de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar destinadas exclusivamente a la mujer, pues perpetúan los roles de género femeninos asociados al cuidado, y han dejado de verse como un medio de acción positiva en pro de la igualdad. Ahora se habla de medidas de corresponsabilidad que involucren al otro progenitor en el cuidado tanto de menores como de mayores (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2022). Pero no siempre ha sido así, y prueba de ello es, por ejemplo, la evolución del criterio jurisprudencial que ha seguido el reconocimiento del permiso de lactancia solo a la mujer por su condición biológica de madre. Ha pasado de su defensa²², a su rechazo

¹⁵ En el asunto Kalanke se dice que “[las medidas de acción positiva deben tener una] finalidad precisa y limitada que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad”.

¹⁶ STJUE, asunto Badeck C-158/97.

¹⁷ Por ejemplo, el Convenio colectivo del Grupo Cofely (Convenio colectivo del Grupo Cofely, BOE nº 289, de 3.12.2021) prevé que su Plan de Igualdad contenga acciones específicas de formación de las mujeres en sectores donde estén subrepresentadas como por ejemplo en habilidades directivas.

¹⁸ Sentencias Kalanke, Marschall, Badeck.

¹⁹ STC 81/1982, de 21 de noviembre.

²⁰ STC 28/1992, de 9 de marzo.

²¹ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

²² STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5º y 6º: “[el permiso de lactancia reconocido para las mujeres] halla un funda-

por ser contrario a su finalidad igualadora y provocar el efecto contrario, al facilitar la reducción de su tiempo de trabajo en ellas y provocar su alejamiento del mercado laboral²³.

iii. Adecuación a su finalidad. Con adecuación nos referimos a la conexión que debe existir entre la realización de la medida y la finalidad concreta perseguida: una medida es adecuada cuando es idónea para cumplir el propósito para el que se ha creado. Menos claro queda determinar hasta qué punto es necesario que la medida cumpla con su finalidad de una manera eficiente y eficaz. Es evidente que un cierto grado de éxito es necesario porque si no estaríamos ante una medida totalmente inadecuada, pero creemos que no sería correcto vincular exclusivamente su adecuación al éxito.

Examinar el grado de satisfacción de una acción es una tarea compleja porque depende de muchos factores. En efecto, junto con el contexto social variable y dinámico, a veces resulta difícil señalar cuál es la finalidad principal de la medida de acción positiva que estamos evaluando. Pongamos como ejemplo la obligación que introdujo la LOIEMH de incorporar una cuota género²⁴ en las listas electorales de las candidaturas, sometida a una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC²⁵. Finalmente, el Tribunal convalidó esta medida de acuerdo con razones relacionadas con la igualdad y la realización del art. 9.2 CE. Entre otras, esgrimió que con la inclusión de estas cuotas se desea que la representación política democrática refleje la diversidad de la sociedad y la dualidad sexual. Tras su puesta en marcha, varios estudios han mostrado evidencias positivas sobre el aumento de mujeres ocupando cargos electivos de representación política. No obstante, los beneficios en otros aspectos son cuestionables, ya que las mujeres no han conseguido alcanzar en la misma proporción puestos de poder dentro de las organizaciones políticas, ni tampoco ha significado que se haya producido un cambio de mentalidad en la sociedad acerca la igual valía entre hombres y mujeres para ocupar puestos de poder. En definitiva, aunque no queda del todo probado que se hayan superado las barreras sociales que impedían la participación política de la mujer (BAGUES, CAMPA, 2021), las cuotas de género si han alcanzado la quizás fuese su finalidad más genuina: la realización del principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres en el sistema electoral, que contribuye al empoderamiento femenino

mento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística”

Esta sentencia cuenta con un voto particular que reconoce “al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas”.

²³ STJUE, asunto Roca Álvarez, C- 104/09. En este asunto el Tribunal responde que si solo se reconoce el permiso de lactancia a los padres cuando la madre tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena no se está contribuyendo a lograr la igualdad real entre hombres y mujeres.

²⁴ “Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico” (art. 44.1 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General).

²⁵ STC 12/2008, de 29 de enero.

(CASAS BAAMONDE, 2018). Es más, a pesar de la controversia generada por el uso de cuotas y su efectividad, el legislador ha seguido confiando en su uso para garantizar la efectividad del principio de igualdad de trato. Por ejemplo, la UE ha publicado una directiva que amplía a los consejos de administración de las sociedades cotizadas la obligación de cumplir con el principio de presencia equilibrada, legitimando así el uso de cuotas de género²⁶.

iv. Proporcionalidad. No es sencillo determinar con exactitud qué significa e implica la proporcionalidad de las medidas, ya que ello depende de la sensibilidad que la sociedad demuestre en cada momento (GARCÍA NINET, GARRIGUES GIMÉNEZ, 2007). Sin embargo, sí se puede afirmar que no se debe hacer un uso arbitrario de las mismas, y que de su aplicación no pueden resultar más sujetos perjudicados que beneficiados (POSTIGO ASENJO, 2005).

En este sentido, el TJUE consolidó una importante regla en los asuntos Kalanke y Marschall para determinar la admisibilidad de las concretas medidas de acción positiva, que se ha ido manteniendo y matizando en pronunciamientos posteriores²⁷. Estas medidas no podrán suponer una ventaja incondicional para sus destinatarios²⁸, ni conllevar una exclusión automática para el resto. Por el contrario, sí serán válidas cuando permitan que todos los supuestos sean valorados en igualdad de condiciones y sean aplicados siempre que previamente se den unas mismas condiciones de idoneidad²⁹. Por ejemplo, la pertenencia a un grupo protegido puede ser considerada como un importante factor más a tener en cuenta a efectos de adoptar una decisión de promoción o contratación pero no un criterio decisivo.

De esta manera, se evita que, mediante la aplicación de medidas de acción positiva para el acceso a determinados puestos de trabajo o para la promoción de trabajadores y trabajadoras, decaiga el principio de mérito, que es uno de las razones por las que el uso de cuotas ha sido criticado (RUIZ MIGUEL, 1996). La jurisprudencia ha demostrado la total incompatibilidad con la igualdad de trato de los criterios de selección que dan a preferencia a candidatos con méritos inferiores a sus competidores por la única razón de pertenecer a un grupo protegido. Por eso, no sería suficiente que los candidatos, o candidatas, seleccionados posean capacitación suficiente para el puesto de trabajo, si no que sus méritos y capacidades han de ser sustancialmente equivalentes, o sensiblemente equivalentes³⁰, al resto de competidores. Ello genera el reto de evaluar cuando méritos de diversa naturaleza son sensiblemente equivalentes. Asimismo, obvia el hecho de que, para

²⁶ Directiva UE 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DOUE n^o 315, de 7.12.2022.

²⁷ Por ejemplo, asunto Badeck *cit.* o asunto Abrahamsson (STJUE, C-407/98).

²⁸ En el asunto Kalanke se rechaza el criterio que otorga preferencia automática a las mujeres con mismas capacidades y méritos que los hombres para promocionar en los sectores en los que estuviese infrarrepresentada.

²⁹ En el asunto Marschall sí se admite el criterio enjuiciado porque "A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino".

³⁰ STJUE, asunto Abrahamsson, sobre la tercera cuestión.

los sujetos vulnerables especialmente las mujeres, alcanzar la igualdad de méritos puede convertirse en un obstáculo en sí mismo (BALLESTER PASTOR, 2017).

v. *Temporalidad*. Si su fundamento está en la existencia de desigualdad, su desaparición motivará la extinción de las medidas ya que decae el elemento primero que justifica su razón de ser. En algunos casos, este requisito no obstaculiza que algunas de estas medidas tengan vocación de mayor duración, porque, más que corregir una situación discriminatoria, su fundamento es reflejar la diversa estructura de la sociedad y asumir el compromiso de que todos sus miembros participen en ella en igualdad de condiciones (MONEREO PÉREZ et al., 2022). Por ejemplo, la reserva de cuotas en el empleo para personas con discapacidad parece tener intención de mantenerse porque su fundamento está en compensar la mayor dificultad que tienen estas personas en adquirir capacitación y formación dada su limitación no ligada a una situación transitoria. Quizás sólo en un futuro, donde efectivamente se hubiesen removido todos los prejuicios y estereotipos asociados a la discapacidad, y garantizado la accesibilidad universal de todas las personas a los diferentes recursos, podríamos decir que personas con discapacidad y sin ella participan en el empleo en igualdad de condiciones.

4. Las medidas de acción positiva en el ámbito laboral

El trabajo es un ámbito donde la discriminación es especialmente visible a la par que dañina, ya que es uno de los aspectos vitales a los que más tiempo y esfuerzo dedicamos. Participar en el mercado laboral, y además hacerlo sin obstáculos que perpetúen la desigualdad, es imprescindible para conseguir el pleno desarrollo social y personal de cualquier individuo. Esta necesidad, aunque viene de antiguo, sigue siendo un tema de actualidad; así lo demuestran los datos que arrojan las encuestas³¹, que evidencian que aún estamos lejos de alcanzar la igualdad real en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo de estas personas.

Las medidas de acción positiva en nuestro país se han desarrollado principalmente en torno a dos causas protegidas: el sexo y la discapacidad. La participación en el mercado laboral de las personas en las que concurren alguna de ellas se ha hecho en peores condiciones y en menor medida que en comparación con la media general. La LGDPD y la LOIEMH se enmarcan dentro de la potestad constitucional de hacer efectivo el principio de igualdad de trato, que propicia el establecimiento de un régimen jurídico para la aprobación de medidas de acción positiva. No obstante, al hacerlo en sus correspondientes ámbitos de aplicación, otros colectivos quedaban desprotegidos. La desatención por parte del legislador hacia otras causas, que ahora están adquiriendo relevancia, para nada quiere significar que su discriminación no existiese en tiempos anteriores, y simplemente es ejemplo de cómo el Derecho evoluciona a la par que lo hacen las demandas sociales

³¹ Exposición de motivos LOIEMH y Ley 15/2022.

Existe, y existía, un sistema de incentivación a la contratación de personas con dificultades de acceso al empleo, entre las que se encuentran las mujeres y las personas con discapacidad, y que hoy acoge también a los jóvenes y a las personas de avanzada edad. Este sistema se sitúa en el marco general de las políticas activas de empleo y en el régimen de las obligaciones con la Seguridad social, y aunque indudablemente también afecta a la inclusión laboral de estos colectivos, vamos a dejar fuera su análisis por cuanto no tiene que ver con aspectos que afectan directamente a cuestiones de Derecho del trabajo.

4.1. Medidas de acción positiva y discriminación por razón de género

El art. 11 de la LOIEMH reconoce la posibilidad de crear medidas de acción positiva para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este artículo contiene una facultad, no una obligación, y se dirige tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas. Los sujetos privados, como el empresario, ya podían hacer uso de esta facultad: unilateralmente, por medio de la autonomía de la voluntad empresarial; o mediante acuerdo, gracias a la libertad de contenido del convenio colectivo. La inclusión expresa no cumple más que una función incentivadora.

Para lograr mayor efectividad de lo dispuesto en este artículo, y en general para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, la negociación colectiva adquiere gran protagonismo, cumpliendo así con la Directiva 2006/54 que insta a que los Estados miembros fomenten el diálogo social. El art. 43 LOIEMH reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva apruebe medidas de acción positiva, sin especificar que instrumento deba emplearse para ello. Ello no es una novedad absoluta ya que el art. 85.1 ET permitía la libertad de contenido del convenio colectivo, de manera que las partes negociadoras podrían elegir las cláusulas que incorporarían en dichos textos.

El art. 17.4 ET, relativo al principio de no discriminación, e introducido por la LOIEMH, recoge que las medidas susceptibles de ser incluidas por la negociación colectiva podrán afectar a las diferentes etapas de la relación laboral. De la literalidad de este artículo se desprende la intención del legislador de fomentar el uso de criterios que favorezcan la inclusión del “sexo menos representado”, siempre y cuando se haga en condiciones de idoneidad, siguiendo la línea jurisprudencial del TJUE. Pareciese incluso legitimar el uso de cuotas de reserva de puestos de trabajo, al contemplar que la negociación colectiva “podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación”. No obstante, continúa diciendo que esto se hará “en igualdad de condiciones de idoneidad”, como muestra de la insuperable barrera levantada por el TJUE sobre la necesaria igualdad de méritos entre candidatos. Las cuotas de reserva, en su más estricta consideración, no requieren los mismos o similares méritos entre candidatos, porque parten de la idea de que para la consecución de estos méritos también existen desigualdades, como ocurre con las cuotas de reservas de puestos para personas con discapacidad.

La falta de parámetros cuantitativos sobre cuándo hay infrarrepresentación de un sexo puede suplirse con la regla del principio de representación paritaria que esta misma

ley contiene respecto de la participación electoral, que establece una proporción 60%-40% de hombres y mujeres. Si algo demuestran las estadísticas es que las mujeres están subrepresentadas en la mayoría de los sectores económicos³², pero en aquellos casos en los que la infrarrepresentación sea más acuciante, las medidas que promocionen su contratación serán urgentes y encontrarán una mejor justificación³³.

¿La expresión “sexo menos representado” implica que también pueden establecerse medidas de acción positiva en favor de hombres? La respuesta parece ser afirmativa, ya que la desigualdad laboral de las mujeres se visibiliza entre otras formas, mediante la segregación de puestos de trabajo o sectores económicos. Si se favorece que los hombres accedan a empleos tradicionalmente feminizados, se estará contribuyendo a lograr un mercado de trabajo igualitario, en el que sexo de las personas no condicione sus oportunidades laborales (CASTRO ARGÜELLES y ÁLVAREZ ALONSO, 2007).

Con la LOIEMH se produce una intervención directa del legislador en la negociación colectiva, haciendo obligatorio el cumplimiento de ciertas actuaciones que, hasta entonces, había sido opcional. Al art. 85.1 ET le añade un nuevo párrafo que incluye la obligación de que las medidas de acción positiva sean, al menos, negociadas en el marco de la elaboración de un convenio colectivo. A efectos prácticos, ello implica un alcance limitado ya que negociar no supone que necesariamente se haya de llegar a un acuerdo (MONEREO PÉREZ, GUINDO MORALES, 2018).

La negociación colectiva tiene la capacidad de adaptarse mejor a la realidad de la empresa, razón por la cual se confía en su potencial para desarrollar medidas de acción positiva más eficientes y que mejor respondan a cada situación empresarial. Pero tras quince años de vigencia de la LOIEMH, del análisis de los convenios colectivos aprobados desde el año 2007, año de entrada en vigor de esta ley, se ha podido constatar que el resultado no ha sido del todo fructífero. La mayoría de convenios han introducido cláusulas antidiscriminatorias que meramente reproducen el contenido de la ley (LÓPEZ INSUA, 2017), y en otros casos, han tomado medidas que, aunque promocionan la igualdad, no pueden ser consideradas como acciones positivas propiamente dichas, como el fomento del uso de un lenguaje inclusivo³⁴, o el uso del currículo ciego³⁵.

Con todo esto, hay que destacar que la mayor novedad introducida por la LOIEMH es la obligación de que las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores en plantilla realicen un plan de igualdad³⁶. El resultado del plan de igualdad, después de un correcto

³² A excepción de los que se recogen en la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, BOE nº 57, de 8.03.2005.

³³ En el sector del metal donde las diferencias son muy significantes, por ejemplo: “a partir del 1 de enero de 2006, las empresas con más de 15 trabajadores respetarán un 5% de las contrataciones para mujeres. En las de menos de 15 trabajadores, se procurará contratar mujeres con el criterio de ir equilibrando los mismos porcentajes de hombres y mujeres contratados”. (art. 37, Convenio Colectivo Agropecuario de la Provincia de Cuenca, BO Cuenca, nº 130, de 8.11.2018).

³⁴ Por ejemplo, el VII Convenio colectivo de supermercados grupo Eroski (BOE nº 101, de 28.04.2022), haciendo uso de un lenguaje no sexista y no discriminatorio, emplea el término “persona trabajadora”.

³⁵ Plan de Igualdad Ikea, año 2018, consultado en: https://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf

³⁶ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica

diagnóstico de situación en la empresa, es la aplicación y evaluación de distintas actuaciones para corregir las desigualdades detectadas; algunas de las cuales podrían adquirir naturaleza de acción positiva³⁷.

4.2. Medidas de acción positiva y discriminación por discapacidad

La LGDPD contempla diferentes vías de acceso al mercado laboral específicas para las personas con discapacidad, como el empleo en centros especiales o la posibilidad de realizar enclaves laborales, pero además contiene una medida de acción positiva prototípica para integrar a las personas con discapacidad en la empresa que es, en cierta medida, ha de cumplirse. Se trata del art. 42, que obliga a que las empresas que cuenten con más de 50 personas trabajadoras contraten al menos a un 2% de personas con discapacidad, elevándose este porcentaje al 7% si se trata de empresas públicas. Aunque, como se ha dicho, esta medida es relativamente obligatoria porque la negociación colectiva puede hacer que las empresas queden exoneradas de su cumplimiento en circunstancias excepcionales a cambio de realizar medidas alternativas³⁸.

Este instrumento de reserva de puestos de trabajo no se debe confundir con el criterio de preferencia como instrumento desarrollado para el objetivo de la igualdad de género en el ámbito laboral, que ya hemos comentado. La idoneidad de las personas con discapacidad que acceden al empleo gracias al sistema de cuotas no es evaluada del mismo modo que con respecto de otras personas que pudiesen acceder a dicho empleo, sino que son evaluadas solamente en comparación al resto de personas con discapacidad con quienes concurren a las plazas. Así, podría ocurrir que se ocupase el puesto de trabajo para el que opera la reserva tan solo quien supera la capacitación mínima exigida sin importar la equivalencia de méritos con el resto de candidatos o candidatas.

Las cuotas son un potente instrumento de acción positiva porque tienen un doble objetivo: a corto plazo, compensar la situación de desigualdad a la que se enfrentan estas personas en el acceso y mantenimiento del empleo; y a largo plazo, eliminar las barreras existentes mediante la superación de los estereotipos negativos con que se les asocia (REY PÉREZ, 2018). Pero el modo en que el establecimiento de cuotas de reserva para el empleo incide limitando en la libertad de contratación del empresario, hace que su uso obligatorio haya sido muy escaso. No obstante, la reserva de cuotas para personas con discapacidad

el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, BOE nº 272, de 14.10.2020.

³⁷ Por ejemplo, el Plan de igualdad del grupo Zena, dedicado a la restauración, prevé que el sexo infrarrepresentado tenga preferencia en el acceso a determinados puestos o en la promoción en estos términos: “a igualdad de competencias tendrán preferencia las mujeres en el ascenso a puestos, niveles o grupos en los que estén infrarrepresentados” o “en los procesos de selección externa para direcciones y mandos intermedios se aplicará la medida de acción positiva de que, a igualdad de condiciones y competencias, accederá al puesto la persona del sexo menos representado en esos niveles de trabajo”.

³⁸ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, BOE nº 94, de 20.04.2005.

es legítimo, así lo señaló el TC, pues cumple con los requisitos que debe tener toda medida de acción positiva, legitimando su uso en los graves problemas de acceso al trabajo que tienen estas personas³⁹. Sin embargo, esto no las libera de poder provocar efectos secundarios indeseados, como la generalización de objeciones y suposiciones negativas acerca de las cualidades de las personas que accedieron a un puesto de trabajo a través de cuotas (RUIZ MIGUEL, 1996). Probablemente, esta sea la razón por la cual su uso se ha reservado para el acceso al empleo de las personas con discapacidad y no para otras personas discriminadas, como pueden ser las mujeres, pese a que ello hubiese acelerado la mejoría de su situación laboral (CASAS BAAMONDE, 2018).

La LGDPD diferencia entre medidas de acción positiva y medidas contra la discriminación. Dentro de este último grupo se incluye la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo cuando sea una persona con discapacidad quien lo ocupe, y requiera de ciertas modificaciones para que pueda desarrollar su prestación laboral en igualdad de oportunidades (art. 66.1). No es ahora momento de estudiar cuando se entiende que la realización de estos ajustes es asumible por la empresa, y en que supuestos no, pero sí indicaremos la naturaleza de estas medidas. Ya desde la Directiva 2000/78 (art. 5) se habla de esta obligación empresarial como una expresión del principio de igualdad de trato, y no como un instrumento de acción positiva (art. 7), y la LGDPD siguiendo con esta idea, contiene su regulación en el art. 66 relativo a las medidas contra la discriminación y no en el 67 relativo a las medidas de acción positiva.

Los ajustes razonables son una manera de garantizar la igualdad de oportunidades. Su objetivo final no es compensar o corregir una situación discriminatoria, sino asegurar la participación efectiva en el empleo de las personas con discapacidad, el desarrollo de la prestación laboral en igualdad de condiciones, y en última instancia, garantizar el derecho al trabajo; por lo tanto, la obligación de realizar ajustes razonables se concibe con intención de permanencia, y no ligada a una situación transitoria de desigualdad.

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

El pasado 12 julio se aprobó la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que por el momento, es el más reciente instrumento jurídico vigente en materia de igualdad de trato y no discriminación, y el que ofrece una mejor y más moderna trasposición de las Directivas antidiscriminatorias europeas (BLÁZQUEZ AGUDO, PÉREZ DEL PRADO, 2022).

³⁹ STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4º: “la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (...) no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)”.

5.1. Lo nuevo y lo no tan nuevo de la Ley 15/2022

El título de la ley ya nos adelanta la finalidad e intención de la misma. Como significa el adjetivo integral según la RAE, “que comprende todos los elementos de algo”, se trata de una ley que contiene de manera ordenada los instrumentos jurídicos vigentes hasta ahora en el sistema español destinados a la eliminación de la discriminación. También es una ley de garantías porque refuerza la aplicación de las medidas de protección y reparación ya existentes en casos donde se haya constatado la existencia de la discriminación; ya que el cumplimiento de los preceptos en materia de la no discriminación venía siendo una asignatura pendiente en el caso español (BALLESTER PASTOR, 2023).

Igualmente es una ley general y transversal, ya que su contenido deberá ser respetado en cualesquiera otras áreas del Derecho. La ley hace referencia a al deber de respeto del principio de igualdad y no discriminación en ámbitos concretos, y como no podía ser de otra manera, expresamente menciona el ámbito de las relaciones laborales en su artículo noveno, el de la negociación colectiva en el décimo, y el del trabajo por cuenta ajena en el undécimo. Y todo ello sin perjuicio de que todo el contenido genérico de la ley le sea aplicable, pues expresamente prevé el empleo como uno de sus ámbitos de aplicación (art. 3.1.a).

Sin embargo, no llega a tratarse de un texto compilador que haya recogido y sistematizado toda la normativa en materia de derecho antidiscriminatorio, aunque cuanto mejor hubiese sido tal caso (LÓPEZ CUMBRE, 2023), y únicamente “aspira a convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”⁴⁰. El problema de que se trate de una ley de mínimos es que habrá que atenerse al desarrollo del derecho en cada ámbito concreto, manteniéndose así los desequilibrios en la regulación contra la discriminación según se trate del supuesto protegido. Sabemos que son causas más desarrolladas el sexo o discapacidad; frente a otras nuevas como la orientación sexual o la expresión de género que tienen un recorrido prácticamente inexplorado en nuestro Derecho.

La Ley 15/2022 entiende que la tutela antidiscriminatoria no puede limitarse a ser una “reacción contra los actos discriminatorios”, y debe también promover las condiciones “para que la igualdad sea real y efectiva” (MONEREO PÉREZ, et al., 2022). Pese a que en esta ley el legislador ha dedicado un gran esfuerzo en identificar y definir conductas que pueden ser discriminatorias, haciendo así más efectiva la protección contra la discriminación, –introduce y generaliza conceptos que ya se apreciaban en otras leyes o manejaba la jurisprudencia como discriminación por asociación, múltiple o interseccional, o por error–; no deja de lado a la acción positiva y sigue apostando por su fomento e instrumentalización.

En relación con la tarea de aclarar y explicar conceptos jurídicos, la definición de medidas de acción positiva es la más completa y amplia por el momento contenida en una disposición legislativa (GARCÍA GIL, SEMPERE NAVARRO, 2023). A diferencia de lo que hacía la LOIEMH, que parecía señalar solo a las mujeres como destinatarias de la diferencia de

⁴⁰ Exposición de motivos de la Ley 15/2022, Justificación de la ley.

trato –sin perjuicio de esto fuese modulable hasta alcanzar a los varones siempre dentro del marco de la discriminación por razón de género a las que ellas se ven expuestas–, la Ley 15/2022 señala que podrán establecerse diferencias de trato en general –sin circunscribirlo a un colectivo concreto–, para prevenir, eliminar, y compensar –y no ya solo para corregir– cualquier situación de discriminación. “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” (art. 6.7 Ley 15/2022). Contiene pues, referencias a su naturaleza, que será siempre una diferencia de trato, pero no necesariamente dirigidas al grupo discriminado; a su finalidad, especificando que las medidas de acción positiva se destinan para a colectivos en general, aunque posteriormente se individualicen en ventajas para sujetos concretos, y a su carácter temporal ligado a la pervivencia de la situación de desigualdad que motivó su introducción.

Esta ley no ha supuesto grandes cambios en la regulación laboral vigente y obtendremos prueba de ello al estudiar su articulado y cerciorarnos de que no modifica ninguna ley relacionada con el ámbito laboral. No obstante lo anterior, hay que decir que la Ley 15/2022 sí conlleva una importante novedad, que probablemente sea el avance más relevante que supuesto su aprobación: la ampliación de las causas protegidas por el derecho a no ser discriminado (ASQUERINO LAMPARERO, 2022). Expresamente dispone esta ley que “nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Una enumeración mucho mayor si la comparamos con la que la CE hace en su art. 14 (“razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y diferente a la que contiene el art. 17 del ET (“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”).

5.2. Las medidas de acción positiva tras la Ley 15/2022

Como venimos diciendo, no podemos afirmar que esta ley haya configurado un escenario totalmente ajeno y novedoso en lo que respecta al derecho a la no discriminación, y, por ende, ni la regulación de las medidas de acción positiva destaca por ser innovador. Tampoco podemos afirmar que recoja exhaustivamente toda la regulación vigente en materia de acciones positivas, echamos de menos alguna referencia los planes de igualdad en

el artículo relativo a la negociación colectiva. Sin embargo, ya hemos indicado que este no era el deseo de legislador, que más que codificar toda la regulación vigente en lo que respecta la materia antidiscriminatoria su propósito era redactar un marco jurídico general, sin perjuicio del posterior desarrollo del derecho en cada ámbito concreto. Por ello, aunque la situación existente antes de su aprobación se mantendrá prácticamente inalterable, algunas modificaciones si serán apreciables y confiamos que esto traiga resultados tangibles.

La Ley 15/2022 legitima el uso de acciones positiva porque explica que cualquier diferencia de trato, aun basado en las causas protegidas, que esté justificado y se adecúe a criterios de proporcionalidad no se considerará discriminatorio (art. 4.2). Una medida de acción positiva, por definición es proporcional, adecuada y necesaria, y está justificada por garantizar “el ejercicio de derechos y libertades en condiciones de igualdad” (art. 2.2); de manera que no ha de considerarse discriminatoria.

La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del derecho a no ser discriminado ofrece la posibilidad de que se aprueben medidas de acción positivas destinadas a paliar o corregir la situación de desventaja de la que parten colectivos que antes no gozaban con esta protección, como aquellos que sufren alguna alteración de la salud (enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos), o personas trans (transgénero y transexuales). La introducción de nuevas causas protegidas tendrá un efecto visible en la protección del derecho, sin ir más lejos ya se ha materializado en la declaración de nulidad del despido por ser discriminatorio cuando se trataba de personas enfermas⁴¹.

No obstante, no creemos que vaya a tener la misma efectividad en lo relativo a adopción de medidas de acción positiva. Recordemos que el art. 17.1 ET ya es generoso en el reconocimiento de causas protegidas por el derecho a no ser discriminado en las relaciones laborales, lo cual podría haber facilitado su desarrollo; que además podría haber sido impulsado por la doctrina a favor del uso de medidas de acción positiva del TC y TJUE, así como por la facultad de su negociación, en términos generales, reconocida en el art. 17.4 ET, y la libertad de contenido de los convenios colectivos (art. 85.1 ET). Pero, como ya hemos indicado, no ha sido así. Las medidas de acción positiva se han limitado a los dos ámbitos ya señalados, el género y la discapacidad, debido a que, como también hemos explicado, el régimen jurídico vigente para estos aspectos no solo es facultativo, sino que consta de preceptos de obligado cumplimiento en ciertos puntos.

El legislador no es ajeno al hecho de que, el compromiso de la negociación colectiva en aspectos relacionados con el principio de igualdad de trato es escaso, y que los resultados se han obtenido gracias al establecimiento de obligaciones concretas. El artículo décimo de la Ley 15/2022 vuelve a incidir en la potestad de la negociación colectiva de que adopten las medidas de acción positiva, sin determinar el instrumento concreto para ello, aunque siempre “de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral”. Esta ley no se caracteriza por introducir modificaciones en la legislación vigente ya que no añade ningún contenido obligatorio nuevo.

⁴¹ Juzgado de lo social, nº 4 de Gijón, nº 107/2022, de 6 de abril.

La Ley 15/2022 prefiere apostar por la incentivación, y estimula el desarrollo de medidas de acción positiva a través dos vías (art. 33 Ley 15/2022). Por un lado, se apela a la aprobación medidas de acción positiva por la sola iniciativa empresarial, y posterior puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores. Quizás esto ha sido un intento de esquivar a la negociación colectiva que ha mostrado hasta ahora poca implicación en las cuestiones relativas a la promoción de la igualdad. La necesaria formalización de acuerdos que siempre es compleja, se sustituye en favor de la actuación unilateral del empresario (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2022), lo que puede agilizar la aplicación de las medidas de acción positivas en la empresa.

Una vez se han adoptado estas medidas, ya sea solo por la iniciativa empresarial o mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, se da la posibilidad a éstos últimos, y como novedad a las organizaciones cuyo objetivo es la defensa de la igualdad, a contribuir a su puesta en práctica. Esto permite que la representación de los trabajadores no quede al margen del proceso de aplicación de las medidas de acción positiva a pesar de que hubiesen diseñado por la empresa, apelando a su participación en implantación, fijación de objetivos y supervisión. La mayor implicación de actores sociales puede contribuir a aumentar el compromiso social de la empresa.

Por otro lado, permite que las empresas que hagan uso de medidas “de responsabilidad en materia de igualdad” puedan hacer un uso publicitario de ellas; aunque hay que señalar que esto engloba tanto medidas de acción positiva, como medidas de promoción a la igualdad, lo que puede favorecer el únicamente empleo de las primeras en detrimento de las segundas. Al respecto conviene destacar que los convenios colectivos son más propensos a incluir medidas que fomentan la igualdad en general frente a instrumentos que verdaderamente supongan acción positiva y corrijan situaciones de desigualdad.

En el acceso al empleo reitera esta ley que “no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones”. Aunque ya no aparezca la expresión “sexo menos representado” como hacía la LOIEMH, que permitía que los hombres fueran destinatarios de medidas de acción positiva, y solo se utiliza la de “discriminación por razón de sexo”, entendemos que se podrán establecer criterios que favorezcan la participación masculina cuando ellos estén infrarrepresentados por tratarse en sectores económicos o para fomentar la responsabilidad, ya que sería también una manera de contribuir a la igualdad de género. La ley 15/2022 se muestra especialmente sensible al respeto de la igualdad en las etapas previas a la firma del contrato de trabajo, como en la del acceso al empleo, en la selección o en la formación, donde es común que se produzcan situaciones discriminatorias y que pasen desapercibidas por no haber nacido aún la relación laboral (ASQUERINO LAMPARERO, 2022).

Así por ejemplo menciona expresamente la posibilidad de emplear el currículum ciego y la incentivación del uso de las medidas en promoción de la igualdad. En cambio, no hay ejemplos de medidas de acción positiva, como en la LOIEMH que textualmente introdujo en el ET la referencia al posible uso de “reservas y preferencias” en el acceso al empleo. La reserva de puestos de trabajo actualmente se ha empleado para las personas con discapacidad, y su ampliación a otros supuestos abriría las puertas a un debate sobre su legitimidad y posible disconformidad con el requisito de objetividad y proporcionalidad

(DOMÍNGUEZ MORALES, 2018), puesto que estaría ofreciendo una ventaja automática expresamente prohibida por el TJUE. Todo parece apuntar a que el uso de cuotas de manera generalizada, para cualquiera de las causas previstas, sería desproporcionado. Esta ley no aporta ninguna novedad que nos hiciera pensar otra cosa, de hecho, la ausencia de su expresa referencia parece indicarnos que se rechaza su uso, en favor de los criterios de preferencia ya avalados y explicados por la jurisprudencia.

La Ley 15/2022 refuerza el deber de respeto de la no discriminación en el trabajo por cuenta propia también, y para ello promueve que en los acuerdos de interés profesional (AIP) se incluyan medidas de acción positiva. Sin embargo, los AIP aún tienen una incidencia muy débil y se limitan a las condiciones prácticas en que se desarrollará la prestación laboral de los autónomos económicamente independientes y sus clientes.

En otro orden de cosas, debemos señalar el tratamiento jurídico que la ley otorga a los ajustes razonables, aunque no sean propiamente una medida de acción positiva, sino una consecuencia de la aplicación de principio de no discriminación e igualdad de trato. Como novedad, esta ley determina que la no realización de estos ajustes por el empresario constituye una discriminación directa. Ahora será más sencillo para la persona con discapacidad alegar su discriminación, que no necesita aportar un elemento comparador, requisito casi imposible de conseguir si tenemos en cuenta la dificultad de encontrar dos personas con discapacidad que trabajen en una misma empresa. Como consecuencia de esta inclusión *ex lege*, la denegación de ajustes razonables no constituirá una discriminación indirecta, sino una discriminación directa, más sencilla de defender y probar por parte del demandante.

Por último y para finalizar, indicaremos que esta Ley prevé la elaboración de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No discriminación (art. 34 y ss.) y la creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad (art. 40 y ss.). Uno de los puntos que desarrollará la Estrategia, una vez se haya elaborado, será la incorporación de “medidas dirigidas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación” (art. 34.4.b). Quizás entonces, las medidas de acción positiva sean objeto del desarrollo, la instrumentalización y la concreción que echamos en falta en la ley. También podrá contribuir a este proceso el establecimiento de la Autoridad Independiente, que, entre sus funciones generales relativas a la tutela y promoción de la igualdad, se incluye expresamente la revisión del correcto funcionamiento de la Estrategia (art. 40. J). No obstante, debemos tener en mente que son motivaciones políticas las que principalmente llevan a implementar estas medidas, por lo que su futuro dependerá en parte por la estrategia política que se desee seguir en cada momento.

6. Después de la Ley 15/2022: la Ley Trans

La Ley 15/2022 es el prelude de la llamada Ley Trans⁴², una ley cargada de polémica para la protección, y garantía de la igualdad real y efectiva de las personas trans. Las

⁴² 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, BOE nº 51, de 1.03.2023.

nociones de sexo –el hecho biológico–, y género –la construcción cultural asociada al sexo– (COBO BEDIA, 2005), que hasta ahora habían sido empleadas casi como sinónimos por los operadores jurídicos, adquieren un nuevo significado (art. 3 Ley Trans) para explicar la discriminación que viven las personas trans, derivadas de la manera en que autodefinen su sexo (identidad sexual) o expresan su identidad sexual (expresión de género). La causa ya contemplada en la Ley 15/2022 bajo el nombre expresión de género se desarrolla en esta Ley monotemática que ha entrado en vigor siete meses después.

Brevemente diremos que esta ley, como descendiente de la Ley 15/2022 continúa en su mismo camino y refuerza la legitimidad del uso de las medidas de acción positiva. Para ello, se elaborará una Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans que contempla su posible puesta en marcha y señala el laboral como un ámbito para ello, que desarrolla, aunque sin mucha precisión en el art. 54. Su parco contenido se suple con la normativa de la Ley 15/2022, aplicable a todos los efectos en este caso. Por eso, las medidas de acción positiva para las personas trans no están exentas de no respetar los requisitos que para el resto de los casos deben cumplir: justificación, necesidad, adecuación, proporcionalidad y temporalidad; y de canalizarse por los cauces ya previstos. Esto nos lleva a cuestionar la validez del uso cupos de reserva en el acceso al empleo público para personas trans, que alguna legislación autonómica he empleado⁴³, por extralimitar la proporcionalidad de la medida ya que la igualdad de mérito se ha presentado como un límite infranqueable para la doctrina.

El art. 46 establece la posibilidad de que quienes hayan cambiado la mención registral de su sexo, de masculino a femenino, sean beneficiarias de las medidas de acción positiva adoptadas en favor de las mujeres en virtud de la LOIEMH. Un primer acercamiento a este precepto puede hacernos ser favorables a esta ampliación subjetiva, claro está el mismo objetivo de la ley es la garantía de la igualdad de las personas trans. Un análisis algo más reposado nos hace dudar de esta afirmación. En primer lugar, porque parece que obtener información acerca de la condición de trans de una mujer vulneraría el espacio personal protegido por el derecho a la intimidad y por la protección de datos personales. En segundo lugar, porque la discriminación de la mujer tiene una historia y caracteres concretos (LOUSADA AROCHENA, FERNÁNDEZ GALIÑO, 2022), que es algo distinta a la que pueda sufrir una persona trans. La discriminación laboral por razón de género se ha construido a partir de los desiguales roles de género asignados a las diferencias biológicas de cada sexo, condicionando el destino vital de las mujeres por los perjuicios asociados a su función reproductora⁴⁴. En nuestra opinión, reconociendo los escenarios de discriminación por los que una persona trans puede pasar en las diferentes etapas de la relación laboral, y su especial vulnerabilidad en el caso de mujeres trans, creemos que hubiese sido

⁴³ Art. 27.3 “En las ofertas de empleo público realizadas por las Administraciones públicas aragonesas, se reservará un cupo no inferior al uno por ciento de las vacantes para ser cubiertas por personas transexuales” (Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, BOE nº 86, de 7.05.2015).

⁴⁴ En este sentido también la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1981), art 5. Sobre la discriminación, que reposa “en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

más conveniente proponer la elaboración de medidas de acción positiva orientadas a esta problemática concreta.

7. Conclusiones

La expresión de medidas de acción positiva hace referencia a un conjunto de técnicas o instrumentos que, aunque establecen una diferencia de trato, lo hacen en aras de conseguir la igualdad de oportunidades de todos, y todas las ciudadanas. Para legitimar su uso, es necesario que exista una situación discriminatoria concreta previa, de manera que su vigencia este circunscrita a su duración; asimismo, que su contenido se adecúe a criterios de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad.

La Ley 15/2022, recoge, sistematiza y ordena, aunque sin excesiva exhaustividad, los instrumentos antidiscriminatorios del ordenamiento jurídico nacional. Al menos el ámbito laboral, no podemos destacar su carácter novedoso ya que apenas introduce cambios en la legislación vigente. Con respecto a las medidas de acción positiva, el sistema preexiste se mantiene: el mayor respaldo jurídico para la elaboración de medidas de acción positivo lo ofrecían la LGDPD y LOIEMH, en el ámbito de la discriminación que sufren las personas con discapacidad y las mujeres. Esta ley amplía considerablemente las causas protegidas por el derecho a la no discriminación, favoreciendo que sean destinatarios de las medidas de acción positiva cualquiera de los colectivos o grupos recogidos ahora por ella. Otra cosa será que esto se materialice en hecho en concretos.

El legislador demuestra seguir confiando en las medidas de acción positiva como mecanismo corrector de la desigualdad. La experiencia ha evidenciado, en primer lugar, que el grado de éxito de una medida es muy complejo de evaluar y que depende de diversos factores; y, en segundo lugar; que la negociación colectiva no se ha mostrado especialmente comprometida con su desarrollo, a no ser que el contenido obligatorio de un precepto obligase a ello. Ahora se ha dado paso a una nueva vía de desarrollo de estas medidas, facultando al empresario unilateralmente a su diseño y aprobación, y dejando a la representación de los trabajadores y trabajadoras participar en su ejecución. Dada la variada naturaleza que pueden adoptar estas medidas y la heterogeneidad de la realidad empresarial, el legislador ha optado por referirse a ellas en el más amplio de sus términos, obviando la utilización de ejemplos, para que sea la casuística la que las convierta en medidas de acción concretas. Sin embargo, esta ley es de contenido mínimo, lo que pone en tela de juicio si realmente aportará novedades en lo que respecta al tratamiento de las medidas de acción positiva.

Bibliografía

ASQUERINO LAMPARERO, MARÍA JOSÉ (2022, julio 19). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social website: <https://www.aedtss.com/la-ley->

- 15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/
BAGUES, MANUEL, y CAMPA, PAMELA (2021). Can gender quotas in candidate lists empower women? Evidence from a regression discontinuity design. *Journal of Public Economics*, 194(C).
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Servei de Publicacions.
- BALLESTER PASTOR, INMACULADA (2023). La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: Secuelas sociolaborales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES (2003). La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 3-29.
- BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA y PÉREZ DEL PRADO, DANIEL (2022). La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación: *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(3).
- CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA (2018). Igualdad y no discriminación por sexo y género: El lenguaje de los derechos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 25-61.
- CASTRO ARGÜELLES, MARÍA ANTONIA y ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO (2007). *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Thomson Reuters-Civitas.
- COBO BEDIA, ROSA (2005). El género en las ciencias sociales. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 249-258.
- DOMINGUEZ MORALES, ANA (2018). *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Cinca.
- FERNÁNDEZ GALIÑO, MARÍA DOLORES y LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (2022). Prejuicios de género en las relaciones laborales, *Revista Derecho Social y Empresa*, 16.
- FREDMAN, SUSAN (2016). Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14, 712-738.
- GARCÍA GIL, MARÍA BEGOÑA y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE (2023). *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*. Sepin.
- GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO y GARRIGUES GIMÉNEZ, AMPARO (2007). *Comentarios a la ley de igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: CISS.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ (2022). La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 64-85.
- LÓPEZ CUMBRE, LOURDES (2023). Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64.
- LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR (2017). *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Laborum.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, y RODRÍGUEZ INIESTA, GUI-

- LLERMO (2022). Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, (4), 11-42.
- POSTIGO ASENJO, MARTA (2005). La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: De la igualdad formal a la igualdad sustancial. *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, (4), 33-46.
- QUITANILLA NAVARRO, BEATRIZ (2005). Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad. En VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, y LAHERA FORTEZA, JESÚS. *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, 205-245.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO (1996). La discriminación positiva de mujeres: (Comentario a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995. Asunto Kalanke). *Revista española de derecho constitucional*, 16(47), 309-332.
- REY PÉREZ, JOSÉ LUIS (2018). Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (39), 259-284.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2001). Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (44), 219-242.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 123-140.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (2019). Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(2), 50-69.

La actualidad del caso *Bradwell v. Illinois*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1873, con la persistente falta de igualdad en el trabajo de la mujer (separación, segmentación, prohibición) en su ciento cincuenta aniversario

The news of the *Bradwell v. Illinois*, determined by the Supreme Court of the United States in 1873, with the persistent lack of equality in the work of women (separation, segmentation, prohibition) in its hundred and fiftieth anniversary

IVÁN VIZCAÍNO RAMOS

Profesor Ayudante Doctor

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

Recibido: 10/4/2023

Aceptado: 10/4/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7786

Resumen. Este trabajo somete a examen la actualidad de las palabras contenidas en una histórica decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1873, con ocasión del rechazo de la pretensión de una mujer de ejercer la abogacía, relativas a que las mujeres no resultaban aptas para el ejercicio de muchas profesiones, por causa de «la timidez y la delicadeza naturales y propias que corresponden al sexo femenino». Con ocasión del ciento cincuenta aniversario de la decisión en cuestión, se analiza en qué medida expresiones como la citada, o expresiones análogas, se han venido repitiendo hasta convertirse en una constante histórica. Y en qué medida, la persistente falta de igualdad de la mujer en el trabajo puede llegar a perpetuarse en el futuro, sobre todo si se siguen catalogando ciertas profesiones u actividades (como la de dirigir una orquesta) como peligrosas, se supone que, sólo para las mujeres, que entonces seguirán necesitando protección.

Palabras clave: Corte Suprema de los Estados Unidos, Derecho comparado, Legislación laboral española, Igualdad de oportunidades en el empleo, Pioneras en el mundo laboral.

Abstract. This work examines the timeliness of the words contained in a landmark 1873 United States Supreme Court decision rejecting a woman's claim to practice law, to the effect that women were unsuitable for many professions because of «the natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex». On the occasion of the one hundred and fiftieth anniversary of the decision in question, it is analyzed to what extent expressions such as the aforementioned, or similar expressions, have been repeated until they have become a histo-

rical constant. And to what extent the persistent lack of equality for women in the workplace may be perpetuated in the future, especially if certain professions or activities (such as that of conducting an orchestra) continue to be classified as dangerous, presumably only for women, who will then continue to need protection.

Keywords: Comparative law, Equal employment opportunity, Pioneers in the labor field, Spanish labor legislation, Supreme Court of the United States.

1. Planteamiento, a partir del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 («[sexo femenino] no apto para muchas de las ocupaciones de la vida civil»)

Quien llegara a convertirse en la primera mujer en alcanzar la posición de juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en 1981, veinte años antes de que la primera mujer lograra llegar en España al Tribunal Supremo, ya en pleno siglo XXI), Sandra D. O'Connor (2003), escribe en su más reciente autobiografía, a propósito de un capítulo de la misma dedicado a las «Mujeres en la sociedad: la experiencia norteamericana», que «nos hemos despojado en gran medida de los estereotipos que una vez nos marcaron, en palabras de la Corte [Suprema] en la que ahora estoy, “[sexo femenino] no apto para muchas de las ocupaciones de la vida civil [*unfit for many of the occupations of civil life*]”» (O'CONNOR, 2003: 153 y ss.). Estas últimas nueve palabras en lengua inglesa fueron palabras que la Sra. Myra Bradwell –otra «primera mujer», al igual que la juez O'Connor, y al igual que otras muchas «primeras mujeres» todavía hoy, en 2023– recibió de la Corte Suprema de los Estados Unidos, hace ahora exactamente ciento cincuenta años, al pronunciarse sobre su pretensión de ser admitida para ejercer la abogacía en el Estado federado de Illinois –cuando lo que perseguía era el «objetivo principal ... de ser útil en el bufete de su marido» (FRIEDMAN, 1993: 17), lo que ya antes las autoridades competentes del propio Estado federado le habían denegado–, en el caso *Bradwell v. Illinois* (también citado en ocasiones como *Bradwell v. The State*), decidido el 15 abril 1873¹, teniendo en cuenta que las referidas palabras forman parte de una de las opiniones concurrentes del caso, que le hicieron pasar a la historia (cfr. *infra*, II). La ocasión que brinda la efeméride del ciento cincuenta aniversario de esta decisión ignominiosa –precursora de las denominadas «esferas separadas» para hombres y mujeres– se utiliza aquí, ante todo, para tributar recuerdo a una mujer luchadora, la Sr. Myra Bradwell, a la que esta derrota judicial no le privó de su ansia de emprendimiento, que le condujo al triunfo en la vida, a pesar de estos pesares; pero se utiliza también, fundamentalmente, para someter al examen de en qué medida aquellas nueve palabras siguen golpeándonos hoy. En este sentido, a continuación de un análisis de carácter diacrónico, tomando como hitos otros aniversarios significativos en estos últimos ciento cincuenta años (con ocasión, de los veinticinco, cincuenta, setenta y cinco, cien y ciento veinticinco aniversarios), con especial protagonismo en ellos de otras decisiones relevantes de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos (cfr. *infra*, III), se procede con

¹ Referencia oficial 83 U.S. 130.

un análisis de la propia decisión de carácter sincrónico, con referencia a la pervivencia aún en nuestros días –al tiempo de alcanzar el caso sus ciento cincuenta años– de profesiones separadas, de profesiones segmentadas y de profesiones prohibidas (cfr. *infra*, IV), incluyendo igualmente reflexiones prospectivas, relativas al tiempo en que el caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 llegue a cumplir su ciento setenta y cinco aniversario, e incluso, su segundo centenario (cfr. *infra*, V).

2. Las opiniones de los jueces actuantes en el caso *Bradwell v. Illinois* de 1873

El caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 viene siendo doctrinalmente catalogado como «el primer caso sobre derechos de las mujeres decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos» (GIBSON, 2018: 5), pues en él se «impugnaba una categorización por razón de sexo como violación de la Decimocuarta Enmienda [de la Constitución] por primera vez en la historia» (GIBSON, 2018: 5). Bien es cierto que la mayoría de ocho de nueve jueces actuantes –liderada por el juez Samuel F. Miller– se limitó a pronunciarse sobre si la legislación del Estado federado de Illinois, contraria al ejercicio de la abogacía por parte de las mujeres, vulneraba la «Cláusula de privilegios e inmunidades [*Privileges and Immunities Clause*]» contenida en la citada Decimocuarta Enmienda de la Constitución (enmienda en vigor desde 1869, allí donde afirma que «ningún Estado federado podrá crear o exigir el cumplimiento de leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos»)², limitándose a sostener con neutralidad –sin entrar en cuestiones relativas al sexo– «que el derecho de controlar y regular la concesión de una licencia para la práctica del Derecho ante las cortes de un Estado es uno de esos poderes que no se transfieren para su protección al Gobierno federal, y su ejercicio no se rige ni controla de ninguna manera por la ciudadanía de los Estados Unidos»³. De hecho, doctrinalmente se ha señalado que «si la Corte [Suprema de los Estados Unidos] se hubiese detenido aquí, [el caso] *Bradwell* probablemente habría quedado relegado a una nota a pie de página de la historia», sin embargo «por causa de una notoria opinión concurrente del juez Joseph P. Bradley, al que se unieron los jueces Stephen J. Field y Noah H. Swayne, [el caso] *Bradwell* tiene un lugar más perdurable en la historia jurídica de Norteamérica», dado que «[el juez Bradley] definió en

² Textualmente, «no State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States».

³ Pág. 139. Textualmente, «*the right to control and regulate the granting of license to practice law in the courts of a State is one of those powers which are not transferred for its protection to the Federal government, and its exercise is in no manner governed or controlled by citizenship of the United States*». Esta decisión seguía la misma línea sentada en otro caso decidido el mismo día, relativo al trabajo en mataderos, tratándose de una serie de casos acumulados, que la propia decisión cita como «*Slaughter-House Cases*» (pág. 139), siendo su referencia oficial 83 U.S. 36 (1873). Se trata de un conjunto de casos relativos a la impugnación de cierta legislación del Estado federado de Louisiana, la cual establecía restricciones para la operatividad de los mataderos por razones sanitarias, sosteniéndose por el propio JUEZ SAMUEL F. MILLER –liderando aquí una mayoría de cinco contra cuatro–, que la legislación en cuestión afecta a derechos «que pertenecen a ciudadanos de los Estados [federados] en cuanto tales, y que se dejan a los Gobiernos de los Estados [federados] para su garantía y protección, y no están ... situados bajo el cuidado especial del Gobierno federal» (textualmente, «*which belong to citizens of the States as such, and that they are left to the State governments for security and protection, and not ... placed under the special care of the Federal government*» [pág. 78]).

los términos muy paternalistas el papel de la mujer en la sociedad, como uno que debería estar subordinado a los hombres, relegado a la casa» (CUSHMAN, 2011: 6).

En efecto, lo que ha hecho que el caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 encontrase un lugar en la historia, son las palabras escritas en su opinión concurrente por el juez Joseph P. Bradley. Lo prueba con contundencia que no deje de citarse, también por la propia Corte Suprema de los Estados Unidos –como tendremos ocasión de comprobar un poco más adelante⁴–, siendo especialmente abundante la continua referencia a la opinión concurrente en cuestión en el ámbito de la literatura doctrinal⁵. Prominente abogado antes de llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos (caracterizado como «un habilidoso y vigoroso abogado») (FRIEDMAN, 1997: 584), y definido como «profundamente religioso, preocupado por su deberes como marido y padre, abogado y juez, creyendo en el progreso económico, la libertad política y la perfección humana» (FRIEDMAN, 1997: 580), el juez Bradley dejó su huella en la historia con las siguientes palabras, contenidas en seis párrafos –que creo vale la pena leer en su integridad, por lo que me animo a ofrecer una traducción íntegra de las mismas, obrante *infra*, en el «Apéndice documental»–, limitándome a reproducir aquí sólo las partes del texto más recordadas estos últimos ciento cincuenta años, allí donde se afirma que «el Derecho Civil, así como la naturaleza misma, siempre han reconocido una amplia diferencia en las respectivas esferas y destinos del hombre y la mujer»⁶; que «el hombre es, o debería ser, el protector y defensor de la mujer»⁷; que «la timidez y la delicadeza naturales y propias que corresponden al sexo femenino lo hacen evidentemente no apto para muchas de las ocupaciones de la vida civil»⁸; que «el destino y la misión primordiales de la mujer consisten en desempeñar los nobles y benignos oficios de esposa y madre»⁹; así como que «no estoy preparado para decir que uno de sus derechos y privilegios fundamentales sea el ser admitida en todos los oficios y puestos, incluidos aquéllos que requieren cualificaciones altamente altas y exigen responsabilidades especiales»¹⁰.

El caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 contó con el voto en contra de uno de los nueve jueces actuantes, el del propio Juez-Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Salmon P. CHASE, aunque éste no llegó a redactar por escrito el contenido de su opinión

⁴ Fuera incluso del ámbito estrictamente laboral, el caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 ha sido últimamente citado en el célebre caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, sobre derecho al aborto, decidido el 24 junio 2022 (Referencia oficial 597 U.S., véase pág. 15 de la opinión disidente de los jueces STEPHEN BREYER, SONIA SOTOMAYOR y ELENA KAGAN).

⁵ Sólo en el año 2022, por ejemplo, véase ELIZABETH D. KATZ, «Sex, suffrage, and state constitutional law: women's legal right to hold public office», *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 33 (2022), especialmente págs. 117, 149, 150 y 159; PAULA A. MONOPOLI, «Feminist legal history and legal pedagogy», *Virginia Law Review Online*, núm. 108 (2022), págs. 99 y ss.; o DAVID L. HUDSON, Jr., «The other bar hurdle: an examination of the character and fitness requirement for bar admission», *Mitchell Hamline Law Review*, núm. 48 (2022), pág. 504.

⁶ Pág. 141. Textualmente, «*the civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman*».

⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*man is, or should be, woman's protector and defender*».

⁸ *Ibidem*. Textualmente, «*the natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life*».

⁹ *Ibidem*. Textualmente, «*the paramount destiny and mission of woman are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother*».

¹⁰ Pág. 142. Textualmente, «*I am not prepared to say that it is one of her fundamental rights and privileges to be admitted into every office and position, including those which require highly special qualifications and demanding special responsibilities*».

disidente –que se ha llegado a reconstruir incluso en la doctrina¹¹–, dado que «estaba demasiado enfermo como para explicar sus razones en una opinión, aunque no es difícil suponerlas» (STAHR, 2021: 649), visto que «Chase creía que el derecho a perseguir una profesión estaba protegido por [la Constitución]... y que [el Estado federado de] Illinois había violado los derechos constitucionales de [Myra] Bradwell cuando se la excluyó de la profesión de abogada», significando que «de los nueve jueces de la Corte Suprema, Chase era el más empático con los derechos de las mujeres» (STAHR, 2021: 649), acaso por la influencia de su propia hija (AYNES, 1999: 530). Esta derrota judicial no quebró los ánimos de la Sra. Myra Bradwell, una «ardiente sufragista» (CUSHMAN, 2011: 9), que «en 1873, año en que la Corte Suprema emitió la opinión [en el caso *Bradwell*]..., ya había conseguido un extraordinario éxito como periodista en temas legales ... en el *Chicago Legal News*, que Myra [Bradwell] fundó en 1868, y que durante al menos dos décadas fue el periódico jurídico de mayor tirada en la nación» (FRIEDMAN, 1997: 29), teniendo en cuenta que «en 1890, ... la Corte Suprema de Illinois decidió actuar de oficio ... accediendo a la solicitud original de [Myra] Bradwell de admisión al colegio de abogados, y ... dos años más tarde, ... fue admitida para la práctica ante la Corte Suprema de los Estados Unidos», aunque nunca llegó a ejercer (CUSHMAN, 2011: 10). Seguía así el paso de otra destacada sufragista, Belva A. Lockwood –sobre la que volveré de inmediato–, que «el 3 marzo 1879 se convirtió en la primera mujer en obtener la licencia para la práctica del Derecho ante la Corte Suprema de los Estados Unidos» (CUSHMAN, 2011: 221), poniéndose de relieve que «en los veinte años después ... otras veintiuna mujeres se unieron a ella como miembros de ese colegio de abogados de élite», siendo mujeres con edades comprendidas entre los «treinta y seis y los sesenta y un años al tiempo de su admisión» (CUSHMAN, 2011: 223), que llegaron a ejercer «en siete Estados [diferentes], así como en el Distrito de Columbia» (CUSHMAN, 2011: 223).

3. La persistente actualidad del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, durante los siglos XIX y XX

El caso *Bradwell v. Illinois* de 1873 cumple su veinticinco aniversario en 1898, sólo cuatro años después de que la Corte Suprema de los Estados Unidos lo utilizase como precedente de autoridad, también en un caso relativo al ejercicio de la abogacía, pero relativo al Estado federado de Virginia. En una época de plena lucha del movimiento sufragista, que ahora suele identificarse convencionalmente como primera ola del feminismo –en tiempos en que en España había que seguir insistiendo oficialmente en que la Ley Benot, del mismo año 1873, seguía vigente¹²–, una de las líderes prominentes de dicho movimien-

¹¹ Acerca del contenido de la «hipotética opinión» del Juez-Presidente SALMON P. CHASE, véase RICHARD L. AYNES, «Bradwell v. Illinois: Chief Justice Chase's dissent and the "sphere of women's work"», *Louisiana Law Review*, núm. 59 (1999), págs. 537 y ss.

¹² Doctrinalmente, se apunta que fue «una Ley de escasa o nula efectividad, como lo prueba el que, once años después –por real orden de 8 diciembre 1884–, tuviera que recordarse que se encontraba en vigor, "para que las medidas humanitarias que fueron objeto de la Ley mencionada no caigan en desuso y tengan el más exacto cumplimiento"»

to, la citada Belva A. Lockwood, trataba de remover los obstáculos existentes en el Estado federado de Virginia para el ejercicio de la abogacía por parte de las mujeres –a pesar de que ella misma llevaba ejerciendo la profesión en otros Estados federados, así como ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, como decía un poco más arriba–, dando lugar al caso *In re Lockwood*, decidido por la propia Corte Suprema el 26 mayo 1894¹³, teniendo en cuenta que el asunto a decidir se planteaba en los siguientes términos: «Se trata de una solicitud presentada por Belva A. Lockwood para que ... se exija a la Corte Suprema de Apelaciones de Virginia que la admita a ejercer la abogacía en dicha Corte. La Sra. Lockwood ha sido durante muchos años miembro del colegio de abogados de esta Corte [Suprema de los Estados Unidos] y de la Corte Suprema del Distrito de Columbia, y también, según afirma, de los colegios de abogados de varios Estados de la Unión. Su queja es que recientemente solicitó a la Corte Suprema de Apelaciones de Virginia ser admitida a la práctica de la abogacía ante esa Corte, y la Corte denegó su solicitud, a pesar de que una ley de ese Estado [federado] establece que “cualquier persona debidamente autorizada y que ejerza como consejero o abogado en cualquier Estado o territorio de los Estados Unidos o en el Distrito de Columbia puede ejercer como tal en las cortes de este Estado” ..., y alega que el único motivo por el que se rechazó su solicitud fue que es mujer»¹⁴. El entonces Juez-Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, juez Melville FULLER, expresó la opinión unánime de la Corte contra los intereses de la solicitante –con cita incluso del caso *Bradwell v. Illinois*, aun sin reiterar de manera expresa las palabras del Juez Bradley¹⁵–, en la que la cuestión principal residía en clarificar el significado de la palabra «persona», empleada por la legislación en cuestión del Estado federado de Virginia, concluyendo en su opinión que dicho Estado federado estaba legitimado para excluir a las mujeres del significado de «persona», a los efectos del ejercicio de la profesión de abogado¹⁶.

El tránsito hacia el cincuenta aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, cumplido en 1923, constituye una época marcada por la promulgación de normas de carácter proteccionista respecto de las mujeres, especialmente en materia de jornada, tanto en

[véase JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, ALBERTO ARUFE VARELA y XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 67].

¹³ Referencia oficial 154 U.S. 116 (1894). Recientemente, sobre el asunto, véase JANAY HAAS, «A tribute to Belva Lockwood», *Oregon State Bar Bulletin*, núm. 81 (2021), págs. 78 y ss.

¹⁴ Pág. 116. Textualmente, «*This is an application by Belva A. Lockwood for ... requiring the Supreme Court of Appeals of Virginia to admit her to practice law in that court. Mrs. Lockwood has been for many years a member of the bar of this Court, and of the Supreme Court of the District of Columbia, and also, she avers, of the bars of several states of the Union. Her complaint is that she recently applied to the Supreme Court of Appeals of Virginia to be admitted to the practice of law in that court, and the court denied her application notwithstanding it is provided by a statute of that state that “any person duly authorized and practicing as counsel or attorney at law in any state or territory of the United States or in the District of Columbia may practice as such in the courts of this state” ..., and she alleges that the only reason for the rejection of her application was that she is a woman.*»

¹⁵ Pág. 117. Textualmente, «*in Bradwell v. State ... , it was held that the right to practice law in the state courts was not a privilege or immunity of a citizen of the United States.*»

¹⁶ Cfr. pág. 118. Literalmente, «correspondía a la Corte Suprema [estatal] de Apelaciones interpretar la legislación de Virginia en cuestión y determinar si la palabra “persona”, tal como se utiliza en el mismo, se limita a los hombres, y si las mujeres son admitidas a ejercer la abogacía». Textualmente, «*It was for the Supreme Court of Appeals to construe the statute of Virginia in question and to determine whether the word “person” as therein used is confined to males, and whether women are admitted to practice law.*»

España¹⁷ como en los Estados Unidos, siendo una época convencionalmente conocida en este último país como «era *Lochner*» –de exaltación de la libertad de contratación, también de la laboral, entre patronos y obreros–, por causa del celeberrimo caso *Lochner v. New York* (decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 17 abril 1905)¹⁸, en el que se sancionó la inconstitucionalidad de una norma del Estado de New York que imponía límites a la jornada al trabajo de los hombres en las panaderías, por considerar que tales limitaciones invadían el ámbito intocable de la libertad de contratación laboral de las partes¹⁹. Pues bien, sólo tres años después, la Corte Suprema volvió a enfrentarse con la norma de un Estado federado sobre limitación de la jornada de trabajo, que se proyectaba sólo sobre el trabajo de las mujeres (que acabó considerándose plenamente constitucional, sin necesidad de desdecirse de lo fallado en el caso *Lochner v. New York*, tres años antes), dando lugar al caso *Muller v. Oregon*, decidido el 24 febrero 1908²⁰ –estrechamente conectado con el caso *Bradwell v. Illinois*²¹, aunque sin llegar a citarlo expresamente, y calificado por destacadas voces del feminismo jurídico norteamericano como «caso histórico» (GINSBURG, 2009: 35–9)–, en el que «la única cuestión es la constitucionalidad de la ley [del Estado de Oregón, limitativa de la jornada de trabajo de las mujeres], al amparo de la cual el demandado [propietario de una lavandería] fue sancionado, en la medida en que afecta al trabajo de una mujer [más de diez horas al día] en una lavandería»²², argumentando dicho propietario que «la diferencia entre los sexos no justifica una regla diferente respecto de una restricción de la jornada de trabajo»²³. En la decisión unánime de la Corte Suprema de los Estados Unidos –compuesta por ocho de los mismos nueve hombres que habían decidido el caso *Lochner v. New York*, aquí fuertemente dividida en un grupo

¹⁷ Baste traer a colación los debates parlamentarios conducentes a la aprobación de la Ley regulando el trabajo de las mujeres y de los niños de 13 marzo 1900, cuyo proyecto fue presentado en el Senado por el Ministro de la Gobernación, Sr. Eduardo Dato, bajo la aseveración de responder a «la necesidad de conciliar la protección debida al infortunio de la infancia y á la debilidad de la mujer» (cfr. *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*, apéndice 8º al núm. 80, 2 diciembre 1899, pág. 1.), teniendo en cuenta que en el intenso debate en el Congreso de los Diputados se hicieron referencias a que forma parte de las denominadas «leyes de protección» [Intervención del Ministro de la Gobernación, Sr. Eduardo Dato (*Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 137, 23 febrero 1900, pág. 4760)], exigidas «por las naturales exigencias de la constitución de la mujer» [Intervención del Diputado Sr. Gumersindo de Azcárate (*ibidem*, pág. 4764)].

¹⁸ Referencia oficial 198 U.S. 45 (1905).

¹⁹ Calificándolo como «uno de los más famosos casos sobre regulación legislativa en la historia de la Corte», véase JEFFREY ROSEN, *The Supreme Court. The personalities and rivalries that defined America*, Times Books (New York, 2007), pág. 110. En extenso, desde una perspectiva feminista, véase JULIE NOVKOV, *Constituting workers, protecting women: gender, law, and labor in the progressive era and new deal years*, University of Michigan Press (ANN ARBOR-MICHIGAN, 2001), págs. 23 y ss.

²⁰ Referencia oficial 208 U.S. 412 (1908).

²¹ Por ejemplo, véase GWEN H. JORDAN, «“Horror of a woman”: Myra Bradwell, the 14th amendment, and the gendered origin of sociological jurisprudence», *Akron Law Review*, núm. 42 (2009), págs. 1240-1241.

²² Pág. 417. Textualmente, «*the single question is the constitutionality of the statute under which the defendant was convicted so far as it affects the work of a female in a laundry*».

²³ Pág. 419. Textualmente, «*the difference between the sexes does not justify a different rule respecting a restriction of the hours of labor*». El propietario en cuestión invocaba el caso *Lochner v. New York* en su defensa, a título de precedente (allí donde establecía que «una ley previendo que a ningún obrero se le exija o se le permita trabajar en una panadería más de sesenta horas a la semana o diez horas al día no era un ejercicio legítimo del poder de policía del Estado en relación con los hombres, sino una interferencia irrazonable, innecesaria y arbitraria en el derecho y la libertad de la persona para contratar en relación con su trabajo [*a law providing that no laborer shall be required or permitted to work in a bakery more than sixty hours in a week or ten hours in a day was not as to men a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to his labor*]»; *ibidem*).

mayoritario de cinco, y otro grupo minoritario de cuatro (ARJONA SEBASTIÁ, 2006: 76 y ss.)–, el Juez David J. Brewer concluyó que «no se puede declarar que la ley en cuestión [de limitación de la jornada de las mujeres] está en conflicto con la Constitución Federal, en lo que se refiere al trabajo de una mujer en una lavandería»²⁴, dejando para la posteridad las siguientes palabras, reveladoras de la opinión todavía predominante acerca de la debilidad de la mujer, necesitada de protección: «Es obvio que la estructura física de la mujer y la realización de sus funciones maternas la sitúa en desventaja en la lucha por la subsistencia»²⁵; «el bienestar físico de la mujer se convierte en objeto de interés público y protección para preservar la fuerza y el vigor de la raza»²⁶; «sigue siendo verdad que en la lucha por la subsistencia ella no es un competidor igual de su hermano»²⁷; «su estructura física ... justifica legislación que la proteja de la codicia y del deseo del hombre»²⁸; «los dos sexos difieren en estructura del cuerpo, en las funciones a ser realizadas por cada uno, en la cantidad de fuerza física, en la capacidad de trabajo muy continuado, particularmente cuando se hace de pie, la influencia del vigor de la salud en el bienestar futuro de la raza, la autoconfianza que permite a alguien reivindicar los plenos derechos, y en la capacidad para mantener la lucha por la subsistencia»²⁹.

Justo al cumplirse el setenta y cinco aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, en el año 1948, la Corte Suprema de los Estados Unidos volvió a pronunciarse sobre la supuesta debilidad de la mujer para el desempeño de determinadas profesiones, así como de su correlativa necesidad de protección, en el caso *Goesaert v. Cleary*, decidido el 20 diciembre 1948³⁰ –sin cita expresa del caso *Bradwell v. Illinois*, ni del caso *Muller v. Oregon*, pero con los que su vinculación dogmática resulta inesquivable³¹–, a propósito del trabajo como barman (*bartender*) en locales de hostelería, en los que la presencia de la mujer se había incrementado como consecuencia de la II Guerra Mundial, lo que generó no pocos conflictos sobre el mantenimiento de sus empleos tras la finalización de la contienda y el regreso de los hombres, muchos de la cuales pretendían recuperar sus antiguos trabajos.

²⁴ Pág. 423. Textualmente, «*without questioning in any respect the decisión in Lochner v. New York, we are of the opinion that it cannot be adjudged that the act in question is in conflict with the Federal Constitution, so far as it respects the work of a female in a laundry*».

²⁵ Pág. 421. Textualmente, «*That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious*».

²⁶ *Ibidem*. Textualmente, «*the physical wellbeing of woman becomes an object of public interest and care in order to preserve the strength and vigor of the race*».

²⁷ Pág. 422. Textualmente, «*it is still true that in the struggle for subsistence she is not an equal competitor with her brother*».

²⁸ *Ibidem*. Textualmente, «*her physical structure ... justify legislation to protect her from the greed as well as the passion of man*».

²⁹ *Ibidem*. Textualmente, «*the two sexes differ in structure of body, in the functions to be performed by each, in the amount of physical strength, in the capacity for long-continued labor, particularly when done standing, the influence of vigorous health upon the future well-being of the race, the self-reliance which enables one to assert full rights, and in the capacity to maintain the struggle for subsistence*».

³⁰ Referencia oficial 335 U.S. 464 (1948). Calificándolo de «mal precedente», véase STEVEN G. CALABRESI y JULIA T. RICKERT, «Originalism and sex discrimination», *Texas Law Review*, núm. 90 (2011), pág. 95. Refiriéndose a él, últimamente, véase EARL M. MATZ, «The road to United States v. Virginia: Ruth Bader Ginsburg and the battle over strict scrutiny», *Women's Rights Law Reporter*, núm. 43 (2022), pág. 7.

³¹ Por ejemplo, véase SYLVIA A. LAW, «Rethinking sex and the Constitution», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 132 (1984), pág. 979; también, CAROL PRESSMAN, «The house that Ruth built: Justice Ruth Bader Ginsburg, gender and justice», *New York Law School of Human Rights*, núm. 14 (1997), págs. 316-320.

En este marco social –en una época marcada en España por la declaración relativa a que se «libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica»³²– se insertaba una norma del Estado de Michigan, en virtud de la cual, «como parte del sistema de Michigan para vigilar la venta de bebidas alcohólicas, se exige a los bármanes tener licencia en todas las ciudades con una población de 50.000 o más, pero ninguna mujer poder tener licencia así, a menos que sea la “mujer o hija del propietario masculino” del ... establecimiento»³³, lo que llevó finalmente a la Corte Suprema de los Estados Unidos a tener que decidir –por iniciativa de un grupo de mujeres, lideradas por Valentine GOESAERT, emprendedora mujer propietaria de un establecimiento– si resultaba constitucionalmente admisible «hacer la clasificación que el Estado [federado de Michigan] ha hecho entre viudas e hijas de propietarios de lugar de bebidas alcohólicas y viudas mujeres de no propietarios»³⁴. Pues bien, hablando por una mayoría de seis jueces –que se impuso a la minoría de tres jueces discrepantes–, el juez Felix Frankfurter declaró que «Michigan podía, más allá de toda cuestión, prohibir a todas las mujeres trabajar detrás de una barra»³⁵, a pesar de «los inmensos cambios en la posición social y jurídica de las mujeres»³⁶, dado que «el hecho de que las mujeres puedan haber adquirido ahora las virtudes que los hombres han reivindicado mucho tiempo como sus prerrogativas y se entreguen ahora a vicios que los hombres han practicado mucho tiempo, no impide a los Estados trazar una nítida línea entre los sexos, ciertamente en materias como la regulación del tráfico de bebidas alcohólicas»³⁷, teniendo en cuenta que «hacer de barman por las mujeres puede ... dar lugar problemas morales y sociales contra los cuales pueden concebirse medidas preventivas»³⁸, sin que se pueda «prestar oídos a la sugerencia de que el verdadero impulso detrás de la legislación era el deseo poco caballeroso de los bármanes masculinos de intentar monopolizar la vocación»³⁹, visto que «ni es inconstitucional que Michigan retire de las mujeres la ocupación de barman, porque permite a las mujeres servir como camareras donde se dispensen bebidas alcohólicas»⁴⁰.

El siguiente bloque de veinticinco años, conducente al primer centenario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, en el año 1973, quedaba marcado en España, de un lado, por la Ley 56/1961, de 22 julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer⁴¹;

³² Cfr. Declaración II, apartado 1, inciso tercero, del Fuero del Trabajo de 1938.

³³ Pág. 465. Textualmente, «*as part of the Michigan system for controlling the sale of liquor, bartenders are required to be licensed in all cities having a population of 50,000 or more, but no female may be so licensed unless she be “the wife or daughter of the male owner” of a ... establishment*».

³⁴ *Ibidem*. Textualmente, «*making the classification the State has made between wives and daughters of owners of liquor places and wives and daughters of non-owners*».

³⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind bar*».

³⁶ Págs. 465-466. Textualmente, «*the vast changes in the social and legal position of women*».

³⁷ Pág. 466. Textualmente, «*the fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly in such matters as the regulation of the liquor traffic*».

³⁸ *Ibidem*. Textualmente, «*bartending by women may ... give rise to moral and social problems against which it may devise preventive measures*».

³⁹ Pág. 467. Textualmente, «*give ear to the suggestion that the real impulse behind this legislation was an unchivalrous desire of male bartenders to try to monopolize the calling*».

⁴⁰ *Ibidem*. Textualmente, «*nor is it unconstitutional for Michigan to withdraw from women the occupation of bartending because it allows women to serve as waitresses where liquor is dispensed*».

⁴¹ En su desarrollo, se dictó el Decreto 2310/1970, de 20 agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961.

y de otro lado, sobre todo –desde la concreta perspectiva que vengo ensayando–, por la Ley 96/1966, de 28 diciembre, «suprimiendo la limitación establecida en el apartado c) del número dos del artículo tercero» de la anterior –relativa a la prohibición del trabajo de la mujer en «la Administración de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral»–, supresión justificada con palabras que bien podían haber sido escritas por el Juez Bradley en 1873⁴². El año de su centenario –en plena evolución de lo que se caracteriza convencionalmente como segunda ola del feminismo– alumbró la cita del caso *Bradwell v. Illinois* por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Frontiero v. Richardson* (decidido el 14 mayo 1973⁴³, propiciado de algún modo por la aprobación, casi una década antes, de la Ley de Derechos Civiles [*Civil Rights Act*] de 1964, y con decisiva participación de la Sra. Ruth Bader Ginsburg, en calidad de abogada), un emblemático caso sobre discriminación por razón de sexo⁴⁴, aunque a propósito de prestaciones sociales (no de empleo de las mujeres), que resulta muy pertinente traer igualmente a colación, porque el juez William Brennan reprodujo partes literales del caso *Bradwell v. Illinois*, afeándolo, y lamentando que –aunque «la posición de la mujer en Norteamérica ha mejorado marcadamente en décadas recientes»– «no cabe duda de que, en parte debido a la gran visibilidad de la característica del sexo ..., las mujeres todavía se enfrentan a una discriminación generalizada, aunque a veces más sutil ... en el mercado de trabajo»⁴⁵. Esta última afirmación tenía que convivir con la citada Ley de Derechos Civiles de 1964, que introdujo por vez primera –si bien a ultimísima hora, y de manera sorprendente⁴⁶– la característica del sexo como motivo de discriminación, teniendo en cuenta que no existe tal discriminación en caso de que pueda considerarse de buena fe la exclusión de un determinado sexo (normalmente, el femenino) de una concreta ocupación –esto es, la excepción, o «defensa del empresario» (SÁEZ LARA, 1994: 95⁴⁷), conocida como «*Bona Fide Occupational Qualification*» («cualificación laboral de buen fe», o BFOQ, por su acrónimo en inglés), cuya equivalencia española se encuentra en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁸–, lo que se califica como «disposición ... desconcertante», pues «muchas feministas temían que una interpretación

⁴² Literalmente, «los motivos de la protección que la Ley quiso dispensar a los sentimientos de la mujer deben estimarse superados por la propia realidad social y porque la mujer que se sienta llamada al ejercicio de la función judicial habrá de encontrar en ella ocasiones de satisfacer su vocación, que la compensarán de las aflicciones que pueda depararle» (preámbulo de la Ley 96/1966, párrafo tercero).

⁴³ Referencia oficial 411 U.S. 677 (1973).

⁴⁴ Estudiándola como una de las principales decisiones (*major decisions*) de los años setenta del siglo pasado, véase TINSLEY E. YARBROUGH, *The Burger Court. Justices, rulings, and legacy*, ABC-CLIO (Santa Bárbara-California, 2000), pág. 149.

⁴⁵ Pág. 686. Textualmente, «*it can hardly be doubted that, in part because of the high visibility of the sex characteristic, ... women still face pervasive, although at times more subtle, discrimination ... in the job market.*»

⁴⁶ Al respecto, véase GILLIAN THOMAS, *Because of sex. One law, ten cases, and fifty years that changed American women's lives at work*, St. Martin's Press (New York, 2016), págs. 1-3.

⁴⁷ Véase, también, la nota 187.

⁴⁸ Cfr. su artículo 5, apartado 2 (literalmente, «no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»).

expansiva de la excepción BFOQ podía socavar el empuje antidiscriminatorio de la Ley [de Derechos Civiles]» (GINSBURG, 2009: 371)⁴⁹.

Este temor pronto se hizo realidad, llegando la Corte Suprema de los Estados a pronunciarse sobre la excepción BFOQ recién iniciado el siguiente bloque de veinticinco años –que conduce al ciento veinticinco aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, en el año 1998–, a propósito del trabajo de mujeres en instalaciones penitenciarias, dando lugar al caso *Dothard v. Rawlinson* (decidido el 27 junio 1977)⁵⁰, en el que una amplia mayoría de seis jueces de la Corte Suprema sostuvo que la exigencia de «ser hombre es ... una cualificación laboral de buena fe [BFOQ] para el trabajo de ayudante penitenciario en un puesto de “contacto” en una prisión de máxima seguridad para hombres»⁵¹, sobre la base de que en un «ambiente [penitenciario] de violencia y desorganización, sería una excesiva simplificación calificar [la norma que excluye a las mujeres]... como un ejercicio de “romántico paternalismo”»⁵², pues «la capacidad relativa de una mujer para mantener el orden en un centro penitenciario de máxima seguridad ... podría verse directamente reducida por su feminidad»⁵³, teniendo en cuenta que esta afirmación fue descalificada por el juez Thurgood Marshall en su opinión disidente –con cita expresa de parte de la opinión del juez Bradley, en el caso *Bradwell v. Illinois*–, lamentando que «hace un siglo, un juez de esta Corte expresó sentimientos sorprendentemente similares, en un caso desacreditado hace tiempo»⁵⁴. Como es sabido, este bloque de veinticinco años se había abierto en España con la modificación de nuestro Código Civil, en 1975, para modificar la situación jurídica de la mujer casada⁵⁵, cerrándose en 1998 sin la aprobación todavía de la principal legislación laboral específica de conciliación, que aún tendría que esperar un año⁵⁶. Por su parte –en pleno desarrollo de lo que se califica convencionalmente como tercera ola del feminismo, a comienzos de la década de aquellos años noventa–, este período de veinticinco años lo cierra la Corte Suprema de los Estados Unidos con una decisión en la que se vuelve a citar expresamente el caso *Bradwell v. Illinois*, tratándose del caso *United States v. Virginia* (decidido el 25 junio 1996)⁵⁷, se resolvió que impedir la admisión de mujeres

⁴⁹ Más recientemente, indicando que «esta defensa [del empleador] respecto de lo que de otra manera sería una clara violación ...[de la legislación antidiscriminatoria] ha sido interpretada estrictamente», véase KIMBERLY A. YURACKO, *Gender nonconformity & the law*, Yale University Press (New Haven-Connecticut, 2016), pág. 71.

⁵⁰ Referencia oficial 433 U.S. 321 (1977). Comentándolo, con sus desarrollos posteriores, véase Olivia ALDEN, «Beyond Dothard: How State correctional facilities are failing to protect their female employees», *Public Interest Law Reporter*, núm. 25 (2020), pags. 86 y ss.

⁵¹ Págs. 336-337. Textualmente, «*being male is ... a bona fide occupational qualification for the job of correctional counselor in a “contact” position in a ... male maximum-security penitentiary*».

⁵² Pág. 335. Textualmente, «*environment of violence and disorganization, it would be an oversimplification to characterize ... as an exercise in “romantic paternalism”*».

⁵³ *Ibidem*. Textualmente, «*a woman’s relative ability to maintain order in a male, maximum-security, ...penitentiary ... could be directly reduced by her womanhood*».

⁵⁴ Cfr. pág. 344 y nota a pie núm. 2. Textualmente, «*strikingly similar sentiments were expressed a century ago by a Justice of this Court in a case long since discredited*».

⁵⁵ Por Ley 14/1975, de 2 mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

⁵⁶ Por Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁵⁷ Referencia oficial 518 U.S. 515 (1996). Sobre el impacto de este *landmark*, recientemente, véase Meredith J. HARBACH, «With gratitude from our daughters: reflecting on Justice Ginsburg and *United States v. Virginia*», *University of Richmond Law Review*, núm. 55 (2020), págs. 1 y ss.

en una academia militar en el Estado federado de Virginia viola la cláusula de privilegios e inmunidades de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, inaplicada en su día por el caso *Bradwell*), en el que la cita en cuestión no aparece en la opinión de la mayoría⁵⁸, expresada por la juez Ruth B. Ginsburg –su «opinión más famosa» (CUSHMAN, 2011: 262; Hensley, 2006: 239) e «importante» (DALIN, 2017: 268), que «la doctrina jurídica feminista describió ... como un paso notable en la dirección de la igualdad y la etiquetó como “un punto de inflexión para los derechos de las mujeres”» (GIBSON, 2018: 65)–, sino en la única opinión disidente, escrita por su principal antagonista en la Corte Suprema, el juez conservador Antonin Scalia⁵⁹.

4. La persistente actualidad del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, en los comienzos del siglo XXI

Doctrinalmente, se da cuenta de que la propia juez Ruth B. Ginsburg acabaría revelando que «escribir la opinión ... fue extremadamente difícil» (Gibson, 2018: 65), afirmando en ella –contra la viabilidad de programas separados para hombres y mujeres en la formación militar– que «ni el objetivo de producir ciudadanos-soldados ni la metodología empleada [por la academia militar]... son intrínsecamente inadecuados para las mujeres»⁶⁰, que «generalizaciones sobre “como son las mujeres”, las estimaciones de lo que es apropiado para la mayoría de las mujeres, ya no justifican la denegación de oportunidades a mujeres cuyo talento y capacidad las sitúan fuera de la descripción media»⁶¹, o que «no hay ninguna razón para creer que la admisión de las mujeres capaces de todas las actividades requeridas de cadetes [de la academia militar]... destruiría la [academia]..., en lugar de mejorar su capacidad de servir a la “Unión más perfecta”»⁶². Transcurrido el último bloque de veinticinco años que conduce al ciento cincuenta aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, que se cumple este año 2023 recién estrenado, a la vista de todos los avances legislativos y jurisprudenciales en materia de lucha contra la discriminación por razón de sexo, parecería ridículo pensar que no se han desterrado –como se desterraron en el caso *United States v. Virginia*, recién citado– en el ámbito del empleo las esferas

⁵⁸ A su vez, se apoya en la cita del caso *Mississippi University for Women v. Hogan*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 1 julio 1982 [referencia oficial 458 U.S. 718 (1982)], en el que se considera que la no admisión de hombres en una Facultad de Enfermería violaba la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, teniendo en cuenta que la opinión mayoritaria de la juez SANDRA D. O'CONNOR también cita el caso *Bradwell v. Illinois*, con amplia reproducción de las palabras del juez Bradley, que descalifica, indicando que «la historia provee de numerosos ejemplos de intentos legislativos de excluir a las mujeres de concretas áreas simplemente porque los legisladores creían que las mujeres eran menos capaces que los hombres para realizar una concreta función [*history provides numerous examples of legislative attempts to exclude women from particular areas simply because legislators believed women were less able than men to perform a particular function*]» (pág. 725 y nota 10).

⁵⁹ Cfr. pág. 590 y nota 6.

⁶⁰ Pág. 520. Textualmente, «*neither the goal of producing citizen-soldiers nor ... implementing methodology is inherently unsuitable to women*».

⁶¹ Pág. 550. Textualmente, «*generalizations about “the way women are,” estimates of what is appropriate for most women, no longer justify denying opportunity to women whose talent and capacity place them outside the average description*».

⁶² Pág. 558. Textualmente, «*there is no reason to believe that the admission of women capable of all the activities required of ... cadets would destroy ... rather than enhance its capacity to serve the “more perfect Union”*».

separadas de que hablaba en 1873 el juez Bradley (recuérdese, «el Derecho Civil, así como la naturaleza misma, siempre han reconocido una amplia diferencia en las respectivas esferas y destinos del hombre y la mujer»). Para regocijo del juez Bradley –y sonrojo de la Sra. Myra Bradwell–, sin embargo, es claro que todavía hoy –en pleno desarrollo de lo que se conoce convencionalmente como cuarta ola del feminismo– gozan de muy buena salud esferas separadas en el ámbito del empleo, de lo que es muestra paradigmática el deporte profesional, con su vertiente/categoría masculina y su vertiente/categoría femenina, que constituye una separación que habría que erradicar, si es que se pretende de verdad una auténtica igualdad, apuntándose aquí a la «tesis de que –siempre en el deporte profesional– “separadas no es iguales”» (MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, 2017: 77), así como a la de la necesaria «criminalización del patriarcalismo deportivo» (MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, 2017: 115 y ss.).

De igual manera, podría regocijar al juez Bradley –con sonrojo de la Sra. Myra Bradwell– el sentir que el transcurso de siglo y medio de tiempo no le ha quitado completamente la razón, a la vista de la profunda segmentación que todavía golpea hoy el ejercicio de un buen número de profesiones, que constituyen esferas separadas, valiendo –para España, así como para los Estados Unidos– la afirmación relativa a que «todavía en la actualidad existe una “demarcación sexual” de las ocupaciones, consecuencia de una discriminación tanto vertical como horizontal que conduce a pensar en “empleos y puestos de mujeres” y de hombres» (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2020: 24), anclada en causas diversas⁶³. En este sentido, según los datos estadísticos oficiales suministrados por la Oficina federal de Estadísticas Laborales (*Bureau of Labor Statistics*) para el año 2020 –últimos que he podido consultar–, sobre un total de casi ciento cincuenta millones de trabajadores, en los que las mujeres representan un 46,8 por ciento del total, resulta que la presencia de mujeres se encuentra por debajo del treinta por ciento en actividades, especialidades o desempeños profesionales como los de «jefes ejecutivos», «gestores de sistemas informáticos y de información», «gestores de transporte, almacenamiento y distribución», sin llegar siquiera al diez por ciento como «gestores de construcción», «gestores de arquitectura e ingeniería», «ingenieros mecánicos», «bomberos» o «pilotos de aeronaves e ingenieros de vuelo»; mientras que la presencia de mujeres se eleva incluso por encima del ochenta por ciento, por ejemplo, cuando se trata de «trabajadoras sociales», «profesoras de preescolar y guarderías», «diseñadoras florales», «nutricionistas y dietistas», «enfermeras», «terapeutas ocupacionales» o «higienistas dentales» (donde representan exactamente el «93,9» por ciento, alcanzando sólo el «28,7» por ciento en la profesión de «dentista»)⁶⁴. En España, por su parte, la «Síntesis anual del mercado de trabajo» del año 2021⁶⁵, última que

⁶³ Diseccionándolas, véase BEGOÑA GARCÍA GIL, «Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (2021), págs. 90 y ss.

⁶⁴ Todos los datos manejados, en el sitio oficial en Internet de la Oficina federal de Estadísticas Laborales, ubicado en www.bls.gov, en el enlace «Labor Force Statistics from the Current Population Survey», en relación con el ítem «11. Employed persons by detailed occupation, sex, race, and Hispanic or Latino ethnicity» (con acceso directo en <https://www.bls.gov/cps/cpsaat11.htm>).

⁶⁵ Véase en el sitio oficial en Internet del Servicio Público de Empleo Español, ubicado en <https://www.sepe.es> (con acceso directo a través del enlace [https://www.sepe.es/que-es-el-sepe/estadisticas/publicaciones-estadisticas/sintesis-anual-MT.html](https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/publicaciones-estadisticas/sintesis-anual-MT.html)).

he podido manejar, ofrece información sobre «Las 20 ocupaciones más contratadas y su distribución porcentual por género, grupos de edad y sectores»⁶⁶, de donde resulta todo lo siguiente: 1) que sólo las ocupaciones de «camareros asalariados» y de «cocineros asalariados» se mueven en parámetros de paridad casi exacta (respectivamente, porcentajes de «49,2» hombres/«50,8» mujeres, y «50,3» hombres/«49,7» mujeres); 2) que sólo una ocupación indexada (esto es, la de «Ayudantes de cocina», con porcentajes de «40,1» hombres/«59,9» mujeres), se mueve dentro los límites de la composición equilibrada definida por la citada Ley Orgánica 3/2007 (esto es, «sesenta por ciento ... cuarenta por ciento»)⁶⁷; y 3) que las diecisiete ocupaciones indexadas restantes se mueven en porcentajes que las sitúan fuera incluso de los márgenes de dicha composición equilibrada, con el *record* de los «Albañiles» (con un «98,6» por ciento de su total), para los hombres, y el de las «Empleados domésticos» (con un «93,4» por ciento de su total), para las mujeres.

En fin, regocijaría al juez Bradley –con sonrojo de la Sra. Myra Bradwell– saber que sus esferas separadas son especialmente evidentes en aquellas ocupaciones o sectores, todavía existentes, en que se mantiene la prohibición del trabajo de la mujer, como es el caso del trabajo subterráneo en minas. Se trata de una prohibición alimentada, de un lado, por el Convenio núm. 45 de 1935 de la OIT sobre el trabajo subterráneo (mujeres) –nunca ratificado por los Estados Unidos, sí ratificado por España en 1958– estableciendo la regla relativa a que «en los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad»⁶⁸; y de otro lado, por la Carta Social Europea de 1961 –que España ratificó en 1980–, a cuyo tenor «las Partes Contratantes se comprometen ... a prohibir el empleo de trabajadoras mujeres en la minería subterránea»⁶⁹, yendo incluso más allá de los propios trabajos subterráneos de minería, pues dicho compromiso se proyecta igualmente sobre «cualquiera otros trabajos que no sean adecuados para ellas por razón de su carácter peligroso, penoso o arduo»⁷⁰. Ni la denuncia por España del precepto de la Carta Social Europea incluyendo el compromiso recién referido (en 1991), ni su denuncia del Convenio núm. 45 de 1935 de la OIT (en 2008) –en el ínterin, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 229/1992, de 14 diciembre⁷¹, había declarado que «aunque esta prohibición [del empleo femenino en trabajos subterráneos femeninos] obedeciera a razones históricas que pudieron justificarla, éstas no son en la actualidad ya fundamento suficiente para justificar su mantenimiento»⁷², porque «no respeta la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres»⁷³–, ni la ratificación por España de la versión revisada de 1996 de la Carta Social Europea (en

⁶⁶ Cuadro núm. C.10, obrante en la pág. 28.

⁶⁷ Cfr. su disposición adicional primera.

⁶⁸ Cfr. artículo 2.

⁶⁹ Cfr. artículo 8, apartado 4, letra b). Textualmente, en su inglés original, «*the Contracting Parties undertake ... to prohibit the employment of women workers in underground mining*».

⁷⁰ *Ibidem*. Textualmente, en su inglés original, «*all other work which is unsuitable for them by reason of its dangerous, unhealthy, or arduous nature*».

⁷¹ *Boletín Oficial del Estado* de 19 enero 1993.

⁷² Cfr. Fundamento jurídico 4, párrafo quinto, inciso primero.

⁷³ *Ibidem*, inciso segundo.

2021)⁷⁴, han logrado por sí mismas transformar sensiblemente la integración de la mujer en este tipo de trabajos, representando –a fecha de 31 diciembre 2022– un 6,8 por ciento del total de personas afiliadas y en alta en el Régimen Especial de Seguridad Social de la Minería del Carbón⁷⁵, teniendo en cuenta –por lo que se refiere a los Estados Unidos, según las estadísticas antes citadas– que los «33» mil trabajadores empleados como «operadores de máquinas de minería subterránea [*underground mining machine operators*] son todos hombres.

5. Epílogo. ¿Y tras el ciento cincuenta aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, qué?

Este año 2023, en que tiene lugar el ciento cincuenta aniversario del caso *Bradwell v. Illinois* de 1873, dio comienzo para muchos con un celeberrimo concierto en Viena, de seguimiento e impacto a nivel mundial, que hasta ahora no se ha llegado a ejecutar nunca bajo la batuta de una directora de orquesta, y aún parece que habrá que esperar algún tiempo hasta que se pueda ver a una mujer portando esa emblemática batuta en acción, a la vista de lo que piensan las personas que encarnan la gestión del propio concierto, pues su opinión –según se pudo conocer a través de los medios de comunicación– para regocijo del juez Bradley (y sonrojo de la Sra. Myra Bradwell) que «aún no es hora de que una mujer dirija el Concierto de Año Nuevo», pues «la exposición y la locura que acompañan al recital son peligrosas». Así como la jueza Ruth B. Ginsburg –ya a principios de los años setenta del siglo pasado, veinte años antes de su llegada a la Corte Suprema de los Estados Unidos– «preparó una lista de cuatro casos [de la Corte Suprema de los Estados Unidos] que lucharía por revocar ...[incluyendo], como era de esperar, ... *Bradwell v. Illinois*, *Muller v. Oregon*, [y] *Goesaert v. Cleary*» (GIBSON, 2018: 37), de la misma manera habría que actuar con firmeza para que no sigan repitiéndose sucesos como los que acabo de referir. Ciertamente, como afirma la jueza Sandra D. O'Connor –que había precedido a la jueza Ruth B. Ginsburg, como primera mujer jueza de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1981, y que sabía muy bien lo que era padecer la discriminación en el empleo⁷⁶–, «en

⁷⁴ Su artículo 8 pasa a referirse al «Derecho de las mujeres trabajadoras a la protección de la maternidad», incluyendo el compromiso de las Partes «a prohibir el empleo de mujeres embarazadas, de mujeres que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en la minería subterránea de y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por razón de su carácter peligroso, penoso o arduo, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo» (apartado 5). Textualmente, en su inglés original, «*to prohibit the employment of pregnant women, women who have recently given birth or who are nursing their infants in underground mining and all other work which is unsuitable by reason of its dangerous, unhealthy or arduous nature and to take appropriate measures to protect the employment rights of these women*».

⁷⁵ Según los datos estadísticos oficiales obrantes en el enlace «Afiliados último día del mes por C.C.A.A. y provincias. Regímenes y género», en el sitio en Internet del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, ubicado en www.seg-social.es.

⁷⁶ Véase ALAN FREEMAN y ELIZABETH MENSCH, «Sandra D. O'CONNOR», en LEON FRIEDMAN y FRED. L. ISRAEL (Editores), *The justices of the United States Supreme Court. Their lives and major opinions*, vol. V, Chelsea House Publishers (New York, 1997), indicando que después de graduarse en Derecho en los años cincuenta del siglo pasado, como «estudiante de primera en Stanford», tras ser «rechazada por los principales bufetes [“ninguno había contratado nunca a una mujer”], a O'Connor le fue mejor en el sector público» (pág. 1760). En este sentido, LANI GUINIER –primera mujer

los años recientes, se han abierto puertas firmemente cerradas durante siglos y se ha permitido nuestra entrada», aunque «las mujeres norteamericanas aún tienen camino por recorrer» (O'CONNOR, 2003: 153). Porque queda por recorrer camino, algo más apremiante habrá que hacer, algo distinto de resignarnos –en la línea recién apuntada de la juez Ruth B. Ginsburg– a tener que borrar de la historia sucesos pasados, o distinto de resignarnos a creer –en la línea de su principal antagonista en la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez Antonin Scalia– que «una “categoría de trabajo tradicional segregada” ...[lo es] en el sentido de que, por causa de actitudes sociales arraigadas, no se ha considerado *por las propias mujeres* como un trabajo deseable»⁷⁷, creyendo que sólo cabe esperar a que las cosas cambien de manera natural, por el simple paso del tiempo (difícilmente sucederá, por ejemplo, «en las áreas STEM») ⁷⁸, pues en materia de derechos civiles, como el de la no discriminación en el empleo –en la línea apuntada en su día por Martin L. KING– la solución de simplemente esperar debe ser repudiada⁷⁹. Una renovada ola feminista, que se nutra también del firme compromiso –más que mero apoyo, como en muchos casos sucede– de la sociedad en su conjunto, que necesariamente conduzca a un mayor nivel de compartición⁸⁰, así como de difuminación, de las esferas pública y privada en el ámbito del empleo, con propuestas audaces como –por ejemplo, en el campo del deporte profesional, hoy todavía fuertemente separado– la del «deporte de-generado» (MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, 2017: 115 y ss.), resultaría sumamente refrescante y reconfortante, si es que realmente se pretende contribuir a evitar que el juez Bradley se siga regocijando (con enojo perpetuo de la Sra. Myra Bradwell) cuando el caso *Bradley v. Illinois* de 1873 cumpla ciento setenta y cinco años (en 2048) e, incluso, cuando llegue a su segundo centenario (en 2073).

de raza negra catedrática de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, en 1998– recordaba en su ensayo «Why Isn't *She* President», en LANI GUINIER, MICHELLE FINE y Jane Balin, *Becoming gentlemen*, Beacon Press (BOSTON, 2002), que las «mujeres tradicionalmente han sido *outsiders* en el campo del Derecho» (pág. 4), pues en «1985, las mujeres representaban solo el 13% de todos los abogados» (*ibidem*, nota 3), mientras que «en 1960, las mujeres eran solo el 3% de todos los abogados» (*ibidem*).

⁷⁷ Véase su opinión disidente en el caso *Johnson v. Transportation Agency*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 25 marzo 1987 (referencia oficial 480 U.S. 616), sobre acción positiva por razón de sexo en el empleo (pág. 668). Textualmente, «a “traditionally segregated job category” ... in the sense that, because of longstanding social attitudes, it has not been regarded by women themselves as desirable work». Un análisis comparado de este caso con decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase en AMIE NEEDHAM, «Leveling the playing field-affirmative action in the European Union: a comparison of Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen and Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County», *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, núm. 19 (2000), págs. 479 y ss. Reflexionando acerca de que «el balance de la doctrina comunitaria sobre acciones positivas a favor de la mujer arroja un paradójico resultado: [pues] los varones han acabado consiguiendo acceder a beneficios que se habían configurado como promocionales a favor de la mujer», véase CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE», *Femeris*, vol. 4, núm. 2 (2019), pág. 68.

⁷⁸ Véase el puntilloso análisis de HENAR ÁLVAREZ CUESTA, «Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital», en BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Directora), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, cit., págs. 352 y ss.

⁷⁹ Véase su fenomenal y aleccionador ensayo *Why we can't wait*, Beacon Press [reedición de la 1ª ed. de 1964] (BOSTON, 2010), especialmente págs. 149 y ss.

⁸⁰ De «un interés compartido entre mujeres y hombres a proscribir las formas de dominación», habla ANTONIO BAYLOS GRAU, «Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género», en JESÚS CRUZ VILLALÓN, EVA GARRIDO PÉREZ Y| CARMEN FERRADÁNS CARAMÉS (Coordinadores), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Sevilla, 2015), pág. 102.

Bibliografía citada

- ALDEN, OLIVIA: «Beyond Dothard: How State correctional facilities are failing to protect their female employees», *Public Interest Law Reporter*, núm. 25 (2020).
- ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: «Discriminación de la mujer en la industria 4.0: cerrando la brecha digital», en Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Directora), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Thomson-Reuters Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2020).
- ARJONA SEBASTIÁ, CÉSAR: (Estudio preliminar y traducción), *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, Iustel (Madrid, 2006).
- AYNES, RICHARD L.: «Bradwell v. Illinois: Chief Justice Chase's dissent and the "sphere of women's work"», *Louisiana Law Review*, núm. 59 (1999).
- BAYLOS GRAU, ANTONIO: «Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género», en Jesús CRUZ VILLALÓN, Eva GARRIDO PÉREZ y Carmen FERRADÁNS CARAMÉS (Coordinadores), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Sevilla, 2015).
- CALABRESI, STEVEN G. y RICKERT, JULIA T.: «Originalism and sex discrimination», *Texas Law Review*, núm. 90 (2011).
- CUSHMAN, CLARE (Editora): *Supreme Court decisions and women's rights. Milestones to equality*, 2ª ed., CQ Press (Washington, D.C., 2011).
- DALIN, DAVID G.: *Jewish justices of the Supreme Court. From Brandeis to Kagan. Their lives and legacies*, Brandeis University Press (Waltham-Massachusetts, 2017).
- FREEMAN, ALAN y MENSCH, ELIZABETH: «SANDRA D. O'CONNOR», en LEON FRIEDMAN y FRED. L. ISRAEL (Editores), *The justices of the United States Supreme Court. Their lives and major opinions*, vol. V, Chelsea House Publishers (New York, 1997).
- FRIEDMAN, JANE M.: *America's first woman lawyer. The biography of Myra Bradwell*, Prometheus Books (Guilford-Connecticut, 1993).
- FRIEDMAN, LEON: «Joseph P. Bradley», en Leon FRIEDMAN y Fred. L. ISRAEL (Editores), *The justices of the United States Supreme Court. Their lives and major opinions*, vol. II, Chelsea House Publishers (New York, 1997).
- GARCÍA GIL, BEGOÑA: «Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (2021).
- GIBSON, KATIE L.: *Ruth Bader Ginsburg's legacy of dissent. Feminist rhetoric and the law*, The University of Alabama Press (Tuscaloosa-Alabama, 2018).
- GINSBURG, RUTH B.: «Muller v. Oregon: one hundred years later», *Willamette Law Review*, núm. 45 (2009).
- GUINIER, LANI: «Why Isn't She President», en Lani GUINIER, Michelle FINE y Jane BALIN, *Becoming gentlemen*, Beacon Press (Boston, 2002).
- HAAS, JANAY: «A tribute to Belva Lockwood», *Oregon State Bar Bulletin*, núm. 81 (2021).
- HARBACH, MEREDITH J.: «With gratitude from our daughters: reflecting on Justice Ginsburg and United States v. Virginia», *University of Richmond Law Review*, núm. 55 (2020).

- HENSLEY, THOMAS R.: *The Rehnquist Court. Justices, rulings, and legacy*, ABC-CLIO (Santa Barbara-California, 2006).
- HUDSON, JR., DAVID L.: «The other bar hurdle: an examination of the character and fitness requirement for bar admission», *Mitchell Hamline Law Review*, núm. 48 (2022).
- JORDAN, GWEN H.: «“Horror of a woman”: Myra Bradwell, the 14th amendment, and the gendered origin of sociological jurisprudence», *Akron Law Review*, núm. 42 (2009).
- KATZ, ELIZABETH D.: «Sex, suffrage, and state constitutional law: women’s legal right to hold public office», *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 33 (2022).
- KING JR., MARTIN L.: *Why we can’t wait*, Beacon Press [reedición de la 1^a ed. de 1964] (Boston, 2010).
- LAW, SYLVIA A.: «Rethinking sex and the Constitution», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 132 (1984).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS y ARUFE VARELA, ALBERTO: *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017).
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS; ARUFE VARELA, ALBERTO; y CARRIL VÁZQUEZ, XOSÉ MANUEL: *Derecho del Trabajo*, 2^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2006).
- MATZ, EARL M.: «The road to United States v. Virginia: Ruth Bader Ginsburg and the battle over strict scrutiny», *Women’s Rights Law Reporter*, núm. 43 (2022).
- MONOPOLI, PAULA A.: «Feminist legal history and legal pedagogy», *Virginia Law Review Online*, núm. 108 (2022).
- NEEDHAM, AMIE: «Leveling the playing field-affirmative action in the European Union: a comparison of Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen and Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County», *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, núm. 19 (2000).
- NOVKOV, JULIE: *Constituting workers, protecting women: gender, law, and labor in the progressive era and new deal years*, University of Michigan Press (Ann Arbor-Michigan, 2001).
- O’CONNOR, SANDRA D.: *The majesty of the law. Reflections of a Supreme Court justice*, Random House (New York, 2003).
- PRESSMAN, CAROL: «The house that Ruth built: Justice Ruth Bader Ginsburg, gender and justice», *New York Law School of Human Rights*, núm. 14 (1997).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA: «El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa: principales obstáculos», en Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO (Directora), *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Thomson-Reuters Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2020).
- ROSEN, JEFFREY: *The Supreme Court. The personalities and rivalries that defined America*, Times Books (New York, 2007).
- SÁEZ LARA, CARMEN: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES (Madrid, 1994).
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN: «Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE», *Femeris*, vol. 4, núm. 2 (2019).

STAHR, WALTER: *Salmon P. Chase. Lincoln's vital rival*, Simon & Schuster (New York, 2021).
YARBROUGH, TINSLEY E.: *The Burger Court. Justices, rulings, and legacy*, ABC-CLIO (Santa Bárbara-California, 2000).
YURACKO, KIMBERLY A.: *Gender nonconformity & the law*, Yale University Press (New Haven-Connecticut, 2016).

Apéndice documental (opinión concurrente del juez Joseph P. Bradley, en el caso *Bradwell v. Illinois* de 1873)

«La pretensión de la demandante, que es una mujer casada, de que se la admita para ejercer como abogada y consejera se basa en el supuesto derecho de toda persona, hombre o mujer, a dedicarse a cualquier empleo lícito para ganarse la vida. La Corte Suprema de Illinois denegó la solicitud sobre la base de que, según el Derecho común, que es la base de las leyes de Illinois, sólo los hombres eran admitidos en el colegio de abogados, y el legislador no había hecho ningún cambio a este respecto, sino que simplemente había dispuesto que ninguna persona debería ser admitida para ejercer como abogado o consejero sin haber obtenido previamente una licencia para tal fin de dos jueces de la Corte Suprema, y que ninguna persona debía recibir una licencia sin haber obtenido previamente un certificado de la corte de algún condado sobre su buena reputación moral. En otros aspectos, se dejó a la discreción de la corte establecer las reglas por las que se debería determinar la admisión a la profesión. Sin embargo, la corte se consideraba a sí misma vinculada por al menos dos limitaciones. Una era que debería establecer las condiciones de admisión que promovieran la correcta administración de justicia, y la otra que no debería admitir a ninguna persona o clase de personas cuya admisión no fuera pretendida por el legislador, aunque no estuviera expresamente excluida por la ley. En vista de esta última limitación, la corte se sintió obligada a denegar la solicitud de las mujeres para ser admitidas como miembros del colegio de abogados. Al ser contraria a las normas del Derecho común y a las costumbres de Westminster Hall desde tiempos inmemoriales, no podía suponerse que el legislador hubiera tenido la intención de adoptar una norma diferente.

La afirmación de que, en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que declara que ningún Estado [federado] creará o exigirá el cumplimiento de leyes que limiten los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, la legislación de Illinois o el Derecho común vigente en ese Estado [federado], ya no puede erigirse en barrera contra el derecho de las mujeres a ejercer cualquier empleo lícito para ganarse la vida (incluido el ejercicio de la abogacía), supone que uno de los privilegios e inmunidades de las mujeres como ciudadanas es dedicarse a todas y cada una de las profesiones, ocupaciones o empleos de la vida civil.

Ciertamente no puede afirmarse, como hecho histórico, que esto se haya establecido nunca como uno de los privilegios e inmunidades fundamentales del sexo. Por el contrario, el Derecho Civil, así como la naturaleza misma, siempre han reconocido una amplia diferencia en las respectivas esferas y destinos del hombre y la mujer. El hombre es, o de-

bería ser, el protector y defensor de la mujer. La timidez y delicadeza naturales y propias que corresponden al sexo femenino lo hacen evidentemente no apto para muchas de las ocupaciones de la vida civil. La Constitución de la organización familiar, que está fundada en la ordenanza divina, así como en la naturaleza de las cosas, indica la esfera doméstica como aquella que pertenece propiamente al dominio y funciones de la feminidad. La armonía, por no decir identidad, de intereses y opiniones que pertenecen, o deberían pertenecer, a la institución familiar repugna a la idea de que la mujer adopte una carrera distinta e independiente de la de su marido. Tan firmemente arraigado estaba este sentimiento en los fundadores del Derecho común que se convirtió en una máxima de ese sistema de jurisprudencia que una mujer no tenía existencia legal separada de su marido, a quien se consideraba su cabeza y representante en el estado social, y, a pesar de algunas modificaciones recientes de este estado civil, muchas de las normas especiales del Derecho que se derivan y dependen de este principio cardinal siguen existiendo con plena vigencia en la mayoría de los Estados [federados]. Una de ellas es que una mujer casada es incapaz, sin el consentimiento de su marido, de celebrar contratos que sean vinculantes para ella o para él. Esta misma incapacidad fue una circunstancia que la Corte Suprema de Illinois consideró importante para hacer que una mujer casada fuera incompetente para desempeñar plenamente los deberes y las funciones propias del oficio de abogado y consejero.

Es cierto que muchas mujeres no están casadas y no se ven afectadas por ninguno de los deberes, complicaciones e incapacidades que se derivan del estado casado, pero éstas son excepciones a la regla general. El destino y la misión primordiales de la mujer consisten en desempeñar los nobles y benignos oficios de esposa y madre. Esta es la ley del Creador. Y las reglas de la sociedad civil deben adaptarse a la constitución general de las cosas, y no pueden basarse en casos excepcionales.

Los movimientos humanos de la sociedad moderna, que tienen por objeto multiplicar las vías para el progreso de la mujer y las ocupaciones adaptadas a su condición y sexo, cuentan con mi más sincero apoyo. Pero no estoy preparado para decir que uno de sus derechos y privilegios fundamentales sea el ser admitida en todos los oficios y puestos, incluidos aquéllos que requieren cualificaciones altamente especiales y exigen responsabilidades especiales. En la naturaleza de las cosas, no está que todos los ciudadanos de cualquier edad, sexo y condición están cualificados para cualquier vocación y puesto. Es prerrogativa del legislador dictar normas basadas en la naturaleza, la razón y la experiencia para la debida admisión de personas cualificadas en profesiones y vocaciones que exijan una habilidad y confianza especiales. Esto pertenece justamente al poder de policía del Estado [federado] y, en mi opinión, en vista de las características peculiares, el destino y la misión de la mujer, es competencia del legislador ordenar qué oficios, puestos y vocaciones deben ser ocupados y desempeñados por hombres, y deben recibir el beneficio de esas energías y responsabilidades, y esa decisión y firmeza que se presume predominan en el sexo fuerte.

Por estas razones, creo que las leyes de Illinois de las que ahora nos quejamos no se oponen a la acusación de limitar ninguno de los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos».

Medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. Marco normativo e interpretación doctrinal y judicial*

Equality measures and plans in private companies. Regulatory framework and doctrinal and judicial interpretation

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal

Universidad de A Coruña

Recibido: 16/1/2023

Aceptado: 10/4/2023

doi: 10.20318/femeris.2023.7787

Resumen. La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007 instauró un marco normativo para la negociación colectiva de medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. La medida estrella fue la obligación de implementar planes de igualdad en las empresas de 250 o más trabajadores. El Real Decreto-ley 6/2019 reformó la normativa, entre otras razones para ampliar la obligación a las empresas de 50 o más trabajadores. El presente estudio se dirige a analizar el marco normativo actualmente vigente, la aplicación e interpretación que se ha realizado por los tribunales de justicia y una revisión de la doctrina científica.

Palabras clave: Igualdad de género; planes de igualdad en las empresas.

Abstract. The Organic Law for the effective equality of women and men of 2007 established a regulatory framework for the collective bargaining of equality measures and plans in private companies. The star measure was the obligation to implement equality plans in companies with 250 workers or more. Royal Decree-Law 6/2019 amended the regulations, among other reasons, to extend the obligation to companies with 50 workers or more. The present study is aimed at analyzing the regulatory framework currently in force, the application and interpretation that has been carried out by the courts of justice and a review of scientific doctrine.

Keywords: Gender equality; equality plans in companies.

1. La integración de la igualdad de género en las empresas a través de la negociación colectiva

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), instauró un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas y planes de igualdad diferente del marco normativo general para la negociación colectiva,

* Este artículo se enmarca en el Proyecto PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033. Título: Violencias de Género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*. IP: Juana María Gil Ruiz.

regulando al efecto los planes de igualdad en las empresas privadas (Capítulo III del Título IV, artículos 45 a 49). Hasta entonces el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable a la igualdad de mujeres y hombres, acaso en la creencia de su neutralidad con respecto al sexo / género. Pero no es neutral, como lo demostraba, a fecha de aprobación de la LOIEMH, la persistencia de discriminaciones directas e indirectas en nuestra negociación colectiva y la pobreza negocial en materias con una evidente perspectiva de género (conciación-corresponsabilidad o prevención del acoso sexual)¹. Ni aunque fuera neutral (que ya digo, no lo es), ello justificaría no estar impregnado de la perspectiva de igualdad pues en una realidad laboral donde persisten discriminaciones, una norma laboral neutral no sería más que la correa de transmisión de las discriminaciones existentes en la realidad.

De ahí la necesidad de introducir la perspectiva de la igualdad en el Derecho Colectivo del Trabajo, como en general en todos los ámbitos jurídicos (principio de transversalidad de la dimensión de género). Justamente, la LOIEMH, en su Exposición de Motivos, alude a la concepción transversal de la igualdad de los sexos para justificar “su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares”, y con “especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito especial de las relaciones laborales”, lo cual debe conducir a “promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes libre y responsablemente, las que acuerden su contenido”.

Tal fundamentación en la transversalidad explica que las características del marco normativo especial para la negociación colectiva de la igualdad estén inspiradas en las características de la transversalidad. Ante todo, dicho marco se construye sobre la atribución a la empresa de una posición de garante de la igualdad que se traduce en deberes legales de hacer concretados en medidas y planes de igualdad. La transversalidad exige que dichas medidas y planes sean particulares para dar respuesta a la realidad concreta de una empresa a la cual ofrecen respuesta. Y deben ser sometidos a continua revisión para su adaptación a la realidad a través de una negociación dinámica.

El diseño original de los planes de igualdad en empresas privadas en la inicial redacción de la LOIEMH limitaba su obligación a las grandes empresas como primer paso para su extensión a empresas de menores dimensiones, lo que acaeció con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Precisamente su esencial novedad (y así lo reconoce su Exposición de Motivos) fue extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores. También se previó un registro a desarrollar reglamentariamente.

¹ Sobre la situación de la negociación colectiva antes de la LOIEMH, son de interés *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, de TERESA PÉREZ DEL RÍO / MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ / SALVADOR DEL REY GUANTER, Instituto de la Mujer (Madrid, 1993), y *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, coordinado por TERESA PÉREZ DEL RÍO, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999). Tras la LOIEMH, son de interés *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, coordinado por JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2008), y, más moderno, *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, dirigido por CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS y coordinado por DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO y TERESA VELASCO PORTERO, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2016).

Finalmente, la LOIEMH (artículo 45.6) contiene una habilitación reglamentaria que ha sido desarrollada en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Con solo 12 artículos distribuidos en 4 capítulos, el núcleo de su regulación es el procedimiento de negociación de los planes de igualdad, la determinación de su contenido, así como el registro de planes de igualdad y el depósito de medidas y protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo. Además, se modifica a través de su disposición final 1ª el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenio y acuerdos colectivos de trabajo.

2. Los deberes de negociar y de adoptar medidas de igualdad

Los deberes de negociar, en su caso acordar, y en todo caso adoptar medidas de igualdad se erigen en la piedra angular de los instrumentos legales de implicación de la negociación colectiva en la efectividad del principio de igualdad². Al efecto, el artículo 45.1 de la LOIEMH dice que “las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”.

Y el ET dice, en su artículo 85.1.II, que “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”.

Apenas estas dos normas legales, y alguna otra reglamentaria contenida en el RD 901/2020, configuran el marco regulador de las medidas de igualdad. Nada impide, además, que los convenios colectivos articulen la negociación de medidas en parecidos términos a los establecidos, para los planes de igualdad, en el artículo 85.2.III del ET.

2.1. Concepto de medidas de igualdad

Tanto el artículo 45.1 de la LOIEMH (“medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” con la finalidad de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”) como el artículo 85.1.II del ET (“medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”) apuntan hacia un concepto amplio de medidas de igualdad dirigido, en línea con el artículo 1 de la LOIEMH, a “hacer efectivo el derecho de igualdad

² Parecidamente, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ califica el deber de negociar medidas de igualdad como “una relevante medida promocional de la negociación colectiva ... la medida estrella ... aquella que ... ha despertado la mayor atención doctrinal, ha levantado las más favorables expectativas sociales y sindicales y, acaso y también, ha generado las más intensas oposiciones y preocupaciones en algunos sectores empresariales ... (determinando esta opción) la ruptura del consenso entre los interlocutores sociales en el marco del diálogo social mantenido de manera constante en el ciclo 2004/2008”, *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus (Madrid, 2010), página 74.

de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer”. O sea, el artículo 45.1 de la LOIEMH y el artículo 85.1.II del ET se refieren tanto a las medidas de igualdad de trato dirigidas a erradicar las discriminaciones directas e indirectas, como a las medidas de igualdad de oportunidades dirigidas a fomentar la igualdad de género en la empresa.

Una lectura conjunta del artículo 45.1 con el artículo 48 de la LOIEMH, rubricado “medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo”, nos permite concluir que estas medidas específicas también se encuentran entre aquellas medidas de igualdad que todas las empresas deberán negociar, en su caso acordar, y en otro caso adoptar.

Tales normas amparan la amplia dicción del artículo 2.1 del RD 901/2020, según el cual “todas las empresas ... con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla ... están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

2.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de igualdad*

Igualmente amplio es el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de igualdad en cuanto que la redacción de las normas, así legales (artículos 45.1 de la LOIEMH y artículo 85.1.II del ET) como las reglamentarias (artículo 2.1 del RD 901/2020), es concluyente al respecto: todas las empresas y en relación con todo su personal (incluyendo el personal de alta dirección pues no se realiza exclusión alguna).

¿Podrían adoptarse acciones especiales para un centro de trabajo o necesariamente las medidas deberían afectar a todos los centros de trabajo? En relación con los planes de igualdad, el artículo 46.3 de la LOIEMH, aunque establece su ámbito empresarial, excepciona las acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo. A partir de esta norma legal, se podría entender que la excepción no es extensible a las medidas de igualdad, solución defendida por autorizada doctrina³, y que aparentemente es acogida en la norma reglamentaria (artículo 2.5 del RD 901/2020, pues la excepción la refiere solo a los planes de igualdad, no incluyendo a las medidas). Lo que no compartimos porque si las medidas de igualdad son acordadas por la empresa con la representación legal del personal, si se les impidiera acordar medidas especiales sería una limitación de la autonomía negocial que se opondría al artículo 37.1 de la CE.

³ En esta línea, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera un elemento común entre medidas y planes el de que “ambos tienen un ámbito funcional de aplicación coincidente con la totalidad de la empresa” porque “aun cuando es esta una previsión que se establece de manera expresa solo para los planes (artículo 46.3 LOIEMH), su aplicación también a las medidas ... se infiere del sujeto pasivo sobre el que recae el deber ex artículo 45.1 LOIEMH, que es la empresa”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 96.

2.3. Deber de negociar medidas de igualdad

A la vista de la letra del artículo 45.1 de la LOIEMH (“medidas que deberán negociar”) y del artículo 85.1.II del ET (“deber de negociar medidas”), así como de la ubicación sistemática de esta última norma situada entre el reconocimiento de la libertad de contenidos del convenio colectivo con una enumeración general de posibles contenidos (artículo 85.1) y el contenido mínimo del convenio colectivo (artículo 85.3), y más ampliamente atendiendo a la lógica de las normas sobre negociación colectiva dentro de un sistema democrático de autonomía colectiva (artículo 37.1 de la CE), la negociación de medidas de igualdad de trato y oportunidades se traduce en un deber de negociar⁴ que, aunque no es de libre disposición para las partes litigantes, tampoco tales medidas de igualdad alcanzan a constituir contenido mínimo del convenio colectivo⁵.

Por su naturaleza jurídica, este deber de negociar situado en el artículo 85.1.II del ET, específico atendiendo a su materia, emparenta con el deber de negociar reconocido en el artículo 89 del ET, que es un deber genérico en cuanto referible a cualquier materia susceptible de negociación colectiva. Aunque dado su parentesco con el deber genérico de negociar se podría cuestionar la ubicación sistemática de este deber específico, consideramos es un acierto al poner el acento en la materia que regula (la igualdad de género), y de ahí que encaje mucho mejor dentro del artículo 85 del ET, sobre el “contenido” de los convenios colectivos, y no en el 89, sobre “tramitación”.

Si nos encontramos ante un auténtico deber de negociar específico para las medidas de igualdad, la indagación acerca de su significación necesariamente pasa por una comparativa con el deber genérico de negociar colectivamente para apreciar las semejanzas (que tienen que ver con la tramitación) y las diferencias (justificadas en la materia del deber específico con el fin de atribuirle un mayor alcance y coercibilidad).

Los dos deberes (y esta es una semejanza clara) exigen negociar de buena fe⁶, lo que se traduce en un haz de obligaciones: iniciación del tracto contractual con la comparecencia a la reunión de apertura del proceso negociador; disposición real a intercambiar opiniones y debatir propuestas y contrapropuestas, ofreciendo motivación e información

⁴ Tempranamente se manifestó en este sentido, atendiendo a la letra, lógica y sistemática de la norma, JAIME CABEZA PEREIRO, “Derecho colectivo y principio de igualdad” en *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo* (coord.: JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA), Editorial Francis Lefebvre (Madrid, 2007), páginas 163 y 164, y “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en *Políticas de género* (dir.: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO), Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2008), páginas 135 ss.

⁵ En contra, MANUEL PÉREZ PÉREZ / ESPERANZA ROALES PANIAGUA consideran que el deber de negociar medidas de igualdad es un nuevo contenido mínimo del convenio colectivo, y si como tal no se ha recogido en el apartado 3 del artículo 85 del ET ha sido, según estos autores, *más para evitar denuncias de intervencionismo* que por puras razones jurídicas, “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, número 91, 2007, páginas 300 a 305.

⁶ Aunque no ofrece ninguna duda la exigencia de buena fe en la negociación de medidas de igualdad, y además hoy día se deduce del artículo 5.2 del RD 901/2020 en la medida en que “el procedimiento de negociación en aquellos aspectos no expresamente tratados en el presente reglamento será el establecido en el artículo 89 del Estatuto los Trabajadores”, lo que incluye el deber de buena fe, no ha perdido actualidad la crítica de JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA cuando echa en falta que ni la LOIEMH ni el ET establezca esa exigencia de una manera expresa, en contraste con el *Code du Travail* de Francia donde se obliga expresamente a la negociación leal y seria, *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007), página 76.

pertinente para justificar la posición propia y oponerse a la contraria; y realización de los esfuerzos razonables para alcanzar, en tiempo razonable, el acuerdo⁷.

Otra semejanza clara entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, es el que ninguno de ellos obliga a llegar a un acuerdo, y, en cuanto a este segundo, el que ello es así se deriva explícitamente de la expresión “medidas que deberán negociar, y en su caso acordar” del artículo 45.1 de la LOIEMH.

Respecto a las diferencias entre el deber genérico de negociar del artículo 89.1 del ET y el deber específico de negociar medidas de igualdad de los artículos 45.1 de la LOIEMH y 85.1.II del ET, estando este concretado en determinadas materias, mientras aquel es genérico, se compadece ello con el mayor alcance de este respecto a aquel:

Primero: el deber genérico de negociar se refiere a las materias fijadas en la comunicación inicial (artículo 89.1 del ET), y se enerva si hay convenio en vigor (sin perjuicio del artículo 86.1.II del ET), mientras el específico no encuentra esas limitaciones, de donde se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo estatutario.

Segundo: el deber genérico de negociar está pensado para la negociación colectiva estatutaria, mientras el específico entendemos se puede canalizar válidamente a través de la extraestatutaria (de hecho, los planes de igualdad, que es el producto negocial más acabado del deber específico de negociar medidas de igualdad, no tienen que incluirse en un convenio colectivo estatutario, ni cumplir sus formalidades legales típicas). Se puede afirmar, en consecuencia, que el artículo 85.1.II del ET no agota la remisión a la “legislación laboral” que se contiene en el artículo 45.1 de la LOIEMH⁸.

Tercero: el deber genérico de negociar presenta una débil coercibilidad (una acción declarativa en proceso de conflicto colectivo y no constituye ninguna infracción administrativa concreta), mientras el incumplimiento del deber específico de negociar medidas de igualdad, si ese incumplimiento pone al descubierto una vulneración de la igualdad de trato (discriminación directa o indirecta) habilita el proceso judicial de tutela de derechos fundamentales, y esa vulneración es susceptible de constituir una infracción administrativa muy grave del artículo 8.12º, 13º y 13º bis de la LISOS.

⁷ En igual sentido, PATRICIA NIETO ROJAS entiende que “se ha adoptado por la empresa una actitud dialogante si no se limita a lanzar una propuesta inflexible y está dispuesta a introducir ciertos cambios en la misma, a ofrecer explicaciones sobre su postura o a mantener el proceso abierto durante un plazo razonable de tiempo”, “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación” en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), páginas 409-410.

⁸ En igual sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ concluye que “los ámbitos de imputación normativa de los deberes de negociar medidas y planes de igualdad previstos en la LOIEMH y en el ET no son coextensos o, si se prefiere, tales deberes no se agotan estrictamente ... en la negociación de convenios de eficacia general; también se activan en la negociación de acuerdos colectivos así como, y con la atipicidad social que ello tiene, en la negociación de convenios colectivos de eficacia limitada, sea cual fuere el nivel en el que estos fueren suscritos”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 82. En contra, SARA RUANO ALBERTOS / ARÁNZAZU VICENTE PALACIO, para quienes reconducir el deber de negociar medidas de igualdad a la negociación estatutaria es “bastante más plausible por motivos de razonabilidad y pragmatismo”, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, dirigidos por JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET y coordinados por AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ, Editorial CISS (Valencia, 2007), páginas 356 y 357.

El RDL 6/2019 ha ahondado en las diferencias de coercibilidad pues (y aquí es tanto si el incumplimiento afecta a la igualdad de trato como a la de oportunidades) se ha tipificado como infracción administrativa grave no cumplir las obligaciones que en materia de medidas de igualdad establecen la LOIEMH o el convenio colectivo que sea de aplicación (art. 7.13^a de la LISOS, con anterioridad al RDL 6/2019 solo se tipificaba no cumplir las obligaciones legales o convencionales referidas a los planes de igualdad).

Gracias al reconocimiento del deber de negociar en unos términos en parte semejantes al deber genérico de negociar colectivamente (negociación de buena fe, sin obligación de llegar a acuerdo), pero en otras partes en términos más incisivos (se puede exigir la negociación de medidas de igualdad en cualquier momento de la negociación o vigencia de un convenio colectivo, y además se puede exigir en el ámbito de la negociación colectiva extraestatutaria, y en todo caso con unas mayores dosis de coercibilidad jurídica), debemos concluir, con la mejor doctrina, que “las materias sobre promoción de la igualdad y eliminación de discriminaciones han transitado desde la periferia al centro más característico de la negociación colectiva y se conciben desde la LO 3/2007 como contenidos privilegiados de los convenios colectivos”⁹, o que “la LOIEMH ha rescatado a la negociación colectiva de la zona periférica y suburbial en la que se había instalado, en parte por decisión legal y en parte, y en modo alguno menor, por voluntad propia, ubicándola en una posición ... de una innegable visibilidad”¹⁰.

2.4. Deber de adoptar medidas de igualdad

El artículo 45.1 de la LOIEMH no solo se refiere a un deber de negociar (cuya formalización se remite al ET, y en concreto a su artículo 85.1.II), sino que también obliga a las empresas a “adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres” con la finalidad de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, lo cual, a la vista de la literalidad de la norma, nos permite concluir ciertas diferencias entre ambos deberes:

- que (a diferencia del deber de negociar que implica a la representación del personal) el de adoptar medidas de igualdad implica exclusivamente a la empresa; y
- que (a diferencia del deber de negociar que no obliga a acordar medidas de igualdad) el de adoptar medidas de igualdad obliga, obviamente, a su adopción.

Aunque ambos deberes se refieren a medidas de igualdad de trato y oportunidades (para el deber de negociar literalmente lo dice el artículo 85.1.II del ET, y para el deber de adoptar así se puede deducir del artículo 45.1 de la LOIEMH), mientras en el deber de negociar hay que negociar unas y otras medidas con igual exigencia, en cuanto al deber

⁹ JAIME CABEZA PEREIRO, “Derecho ...”, obra citada, página 165, y “Los planes ...”, obra citada, página 138.

¹⁰ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 64.

de adoptar medidas de igualdad no son lo mismo unas que otras, pues las de igualdad de trato se hacen imprescindibles para eliminar la discriminación y su no adopción determinaría la exigencia de responsabilidades a la empresa incumplidora, mientras que las de igualdad de oportunidades no presentan la misma exigibilidad jurídica, quedando el remedio más en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, sin perjuicio de la obligación de los Poderes Públicos de promover medidas para que la igualdad de las personas sea real y efectiva (en aplicación del artículo 9.2 de la CE).

2.5. Dinámica de los deberes de negociar y adoptar medidas de igualdad

Como ambos deberes se dirigen a implantar medidas de igualdad concretas, están dirigidas a superar carencias de igualdad que se han manifestado de algún modo.

El modo más prototípico de manifestación de una carencia de igualdad de género en una empresa debería ser el análisis de la información que la representación unitaria del personal debe recibir, “al menos anualmente, información relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 (registro salarial) y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo” (artículo 64.3 del ET).

Pero caben perfectamente cualesquiera otros medios de descubrimiento de la desigualdad (por ejemplo, un estudio diagnóstico de un parámetro de igualdad, una queja presentada por persona trabajadora, una actuación judicial o administrativa ...) ¹¹.

Ante esa constatación, el artículo 45.1 de la LOIEMH nos conduce a la negociación colectiva estatutaria en los términos del artículo 85.1.II del ET, y en su caso a la negociación colectiva extraestatutaria (aunque, a nuestro juicio, a esta se acudiría solo después de agotar infructuosamente la estatutaria), de modo que, si se alcanza un acuerdo sobre las medidas de igualdad queda simultáneamente cumplido el deber de negociar y el de adoptar medidas de igualdad, siendo cuando fracasa en todo o en parte la negociación cuando queda al descubierto el deber de adoptar medidas de igualdad porque, si lo entendiésemos de otra manera, “se estaría concediendo al empresario un derecho de veto” ¹², lo que, obviamente, no resulta ser una interpretación razonable.

¹¹ De manera parecida, JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA afirma que “(el) deber de negociar se transforma en obligación de negociar para el empresario cuando, tras analizar la situación empresarial, se confirma el incumplimiento en la empresa del principio de igualdad”, *Participación ...*, obra citada, página 76. En contrario, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera que, al buscar la LOIEMH tanto la reparación de la discriminación como su prevención, la existencia de dichos deberes “no queda condicionada a la previa constatación o sospecha, en el ámbito de la empresa, de una situación de desigualdad”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 95. Pero ello, al predicar en todos los casos esos deberes, dejaría sin espacio a la responsabilidad social corporativa (artículos 72 y 73 de la LOIEMH).

¹² Utilizando las palabras de JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, *Participación ...*, obra citada, página 78.

Varia el alcance del deber de adoptar medidas de igualdad tras el fracaso del deber de negociar según si la situación de desigualdad a la que se pretende dar una solución afecta al principio de igualdad de trato o al de igualdad de oportunidades:

- en el primer caso, la empresa se encuentra obligada legalmente a remediar la situación consistente en una discriminación directa o indirecta, so incumplimiento de la prohibición de discriminación contenida en los artículos 3 y 6 de la LOIEMH;
- en el segundo caso no existe estrictamente una obligación, de donde el remedio dependerá más de la responsabilidad social de la empresa y de su compromiso con la igualdad, sin perjuicio, naturalmente, de la existencia de ayudas públicas que inciten al fomento de la igualdad, y la empresa las disfrute o pretenda disfrutarlas.

En todo caso, el mecanismo de la adopción unilateral de medidas de igualdad está subordinado al mecanismo de la negociación, que es de aplicación preferente. De ahí que las medidas unilateralmente acordadas por la empresa pueden en cualquier momento ser sustituidas o modificadas a través de alguno de los instrumentos generados en el cauce negocial, sea este un convenio colectivo o sea un acuerdo de empresa.

2.6. Publicidad de las medidas negociadas o acordadas

La LOIEMH no contempla con relación a las medidas de igualdad una disposición de alcance similar al artículo 47 de la LOIEMH sobre transparencia en los planes de igualdad. Alguna autorizada doctrina ha sostenido la necesidad de aplicación analógica¹³. Pero acaso ni ello sea necesario pues la LOIEMH ha modificado el artículo 64 del ET para reconocer a la representación unitaria del personal el derecho “a recibir información ... sobre las medidas que se hubieren adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa”. Si bien el artículo 47 de la LOIEMH es algo más exigente dada la complejidad del plan de igualdad, la diferencia de régimen en orden a la transparencia de planes y medidas, encuentra por eso mismo justificación.

También en esta línea de transparencia, el RD 901/2020 posibilita el depósito voluntario en el Registro de Planes de Igualdad de las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la LOIEMH, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

3. Concepto legal de plan de igualdad

La LOIEMH define los planes de igualdad obligatorios para grandes y medianas empresas como sigue: “Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de

¹³ En este sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 104 y 105.

medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” (artículo 46.1 de la LOIEMH).

Tal definición, aunque está pensada para los planes de igualdad obligatorios para las grandes y medianas empresas, resulta aplicable a todas las modalidades de planes de igualdad pues recoge los elementos esenciales que configuran un plan de igualdad:

- Elementos estáticos, que son los que más claramente asociamos a la existencia de un plan de igualdad: un conjunto ordenado de medidas dirigidas al fin de la igualdad, lo que es la antítesis de medidas dispersas y sin coherencia interna¹⁴.
- Pero el plan de igualdad, para serlo, exige la concurrencia de ciertos elementos dinámicos: realización previa de un diagnóstico de situación, adopción y establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos¹⁵.

Solo si concurren todos los elementos estáticos y los elementos dinámicos existirá un auténtico plan de igualdad; si no concurren todos ellos, no se puede considerar un auténtico plan de igualdad, sino medidas genéricas o aisladas de igualdad.

4. Los deberes de negociar y de adoptar planes de igualdad en grandes y medianas empresas

Según el apartado 2 del artículo 45 de la LOIEMH (e idénticamente, el artículo 2.2 del RD 901/2020), “en el caso de las empresas de más de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad con el alcance y contenido establecidos en este Capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”. O sea, el deber de implantar planes de igualdad en grandes y medianas empresas y el deber de negociarlos se configuran como modulaciones del deber

¹⁴ Como muy bien explica GEMMA FABREGAT MONFORT, “el plan de igualdad, en sí mismo, exige una integración, una unidad ... es un todo, con coherencia interna ... una serie de medidas adaptadas de forma aislada y sin sistemática interna o idea de conjunto no podrían ser consideradas como un plan de igualdad (de donde) el plan de igualdad comporta, en esencia, la idea de unidad, la idea de estructura y coherencia interna en la elaboración de ese elenco de medidas o acciones positivas para alcanzar la igualdad real en el ámbito en el que se va a aplicar como tal plan de igualdad”, *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007), página 13, y *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019 de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2019), página 16.

¹⁵ Siguiendo de nuevo las explicaciones de GEMMA FABREGAT MONFORT, “al condicionar las medidas que conforman el plan de igualdad a la existencia de una previa evaluación de la realidad, a la realización de un previo diagnóstico de situación, la LOI incide en la idea de que el plan de igualdad no puede ser entendido como algo autónomo o independiente de la realidad a la que se va a aplicar, sino que antes al contrario: se debe ajustar a esta”, *Los planes ... y La obligatoriedad ...*, obras citadas, ibidem.

de adoptar y negociar medidas de igualdad, con regulaciones paralelas. No obstante ese paralelismo, tales deberes operan en ámbitos excluyentes: los planes de igualdad en las empresas obligadas; las medidas de igualdad en las demás¹⁶.

4.1. Fuentes normativas y la intervención articuladora de la negociación colectiva

Los planes de igualdad obligatorios en grandes y medianas empresas se regulan en los artículos 45, 46 y 47 de la LOIEMH con su desarrollo reglamentario en el RD 901/2020, que le dedica a la cuestión la práctica totalidad de su contenido normativo.

Además, el artículo 45.2 *in fine* posibilita la intervención articuladora de la negociación colectiva en los términos establecidos en el ET, según cuyo artículo 85.2.II “sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores” (sic, el RDL 6/2019 se olvidó de adecuar esta norma a la reducción del umbral a empresas de más de 50 trabajadores, lo que nos obliga a hacer una fuerte interpretación correctora) en los siguientes términos:

- (a) “En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios”. Supuesto de la norma es una empresa con un convenio colectivo estatutario propio. Y la finalidad de la norma es reconducir la negociación del plan de igualdad al ámbito estatutario, excluyendo el extraestatutario. Ahora bien, la referencia a “el marco de la negociación” nos permite admitir tanto la inclusión del plan de igualdad en el articulado o en un anexo del convenio colectivo, como la adopción de otras fórmulas dentro del marco de la negociación colectiva estatutaria (acuerdos que, no obstante negociarse dentro del marco del convenio colectivo estatutario, se han negociado de manera independiente).

No contempla la norma los convenios de ámbito infraempresarial, lo cual se compeadece con el ámbito empresarial que, según el artículo 46.3 de la LOIEMH, ostenta el plan de igualdad. Por ello, en las empresas con varios convenios colectivos propios (de centro de trabajo, multicentro o franja), el plan de igualdad de la empresa adoptará la fórmula de convenios o acuerdos que tanto pueden articular la negociación en ámbitos infraempresariales como pueden establecer normas sustantivas de mayor o menor concreción aplicables con carácter general (o ambas cosas). Tales convenios o acuerdos debieran ser, a nuestro juicio, estatutarios si aplicamos el espíritu de la norma.

¹⁶ FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, para quien “los deberes de negociar medidas y planes de igualdad carecen de puntos de encuentro ... cada uno de estos deberes contribuye a la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres a través de cauces que discurren por itinerarios paralelos, pero estancos”, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 93 y 94.

- (b) “En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”. Supuesto de la norma es una empresa sin convenio colectivo estatutario propio. Y la finalidad de la norma es potenciar la apertura de espacios negociadores en empresas donde la negociación colectiva estatutaria no se desarrolló¹⁷.

Tal previsión legal se refiere a cláusulas dirigidas a la articulación de la negociación empresarial, pero, en aras a la autonomía de las partes negociadoras, nada les impide establecer normas sustantivas sobre derechos de igualdad aplicables de modo general (o sea, en la totalidad del ámbito de aplicación personal del convenio colectivo).

El problema surge cuando (y ello no es inusual) el convenio colectivo supraempresarial establece normas sustantivas sobre derechos de igualdad aplicables de modo general y que entran en contradicción con las medidas del plan de igualdad:

- Si el convenio colectivo supraempresarial contiene cláusulas de articulación de la negociación en ámbitos infraempresariales (es lo que la norma prevé), se estará a estas, aunque salvando la posibilidad de la prioridad aplicativa que se reconoce al convenio de empresa en las materias recogidas en el artículo 84.2 del ET, y que, a nuestro juicio, también opera con los planes de igualdad pues la idea general del artículo 85.2.II del ET es que se desarrollen en el marco de la negociación colectiva estatutaria.
- Si el convenio colectivo supraempresarial no establece reglas de complementariedad (supuesto, además, asaz frecuente), y ante la laguna legal (pues si la empresa no tiene convenio colectivo propio no se le puede aplicar la letra a, y tampoco se le aplica la b ante la ausencia de reglas de complementariedad), a nuestro juicio las partes negociadoras pueden negociar un plan de igualdad (por las razones recién expuestas de que la idea general del artículo 85.2.II del ET es que los planes de igualdad se desarrollen en el marco de la negociación colectiva estatutaria) dentro del ámbito material de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET. Fuera de ese ámbito, entraría en juego la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET, de la que solo se librarían las mejoras a favor de las personas trabajadoras en la medida en la que, al ser mejoras, no entrarían en concurrencia conflictiva con el convenio supraempresarial.

¹⁷ A ese efecto positivo del artículo 85.2.II.b) del ET se refiere RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2007, página 70, quien cita como ejemplos de sectores productivos con un elevado número de empresas y en los que la negociación colectiva de empresa o no está desarrollada o lo está de manera precaria, los de limpieza, banca, cajas de ahorros, grandes almacenes, telemarketing, hostelería y residencias de personas mayores.

3.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de los planes de igualdad*

Según la LOIEMH, “los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo” (artículo 46.3 de la LOIEMH). Por lo tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de los planes de igualdad es, como norma general, la empresa, y afectarán a todo su personal, salvo acciones especiales para ciertos centros de trabajo. Con esta norma no se pretende tanto igualar las medidas a aplicar en los distintos centros de trabajo, de ahí la salvedad final que en ella se contiene, como evitar que, por el juego de las normas generales sobre representación legal del personal, determinados centros con una escasa o nula representación queden descolgados del plan de igualdad.

¿Qué se entiende por empresa en el supuesto de grupos de empresas: el grupo o cada una de las empresas del grupo? Como la LOIEMH no distingue, y habla siempre de empresa, debemos estar a cada una de las empresas del grupo. El RD 901/2020 (artículo 2.6) presupone esta solución aunque introduce una matización razonable a la vez que respetuosa con la autonomía colectiva pues posibilita que tengan “un plan único todas o parte de las empresas del grupo” si lo acuerdan las organizaciones legitimadas para negociar un convenio colectivo de grupo de empresas según el artículo 87 del ET.

Ahora bien, esta posibilidad se rodea de ciertas cautelas con la finalidad de evitar que la existencia de un plan de igualdad de grupo de empresas se utilice para justificar o para eludir las obligaciones de alguna o algunas de las empresas del grupo.

Con carácter general, “el plan de igualdad de grupo deberá tener en cuenta la actividad de cada una de las empresas que lo componen y los convenios colectivos que les resultan de aplicación, e incluir información de los diagnósticos de situación de cada una de estas”. Se pretende evitar que, bajo el manto del plan, se eluda lo establecido en algún convenio colectivo o se quede sin diagnosticar la situación de alguna empresa.

Más específicamente para el caso de que el plan de igualdad no incluya a todas las empresas del grupo (plan de igualdad de parte del grupo), se deja claro que ello “no afecta a la obligación, en su caso, de las empresas no incluidas en el plan de grupo de disponer de su propio plan de igualdad”, y además se exige “justificar la conveniencia de disponer de un único plan de igualdad para varias empresas de un mismo grupo”.

¿Se les aplica el plan de igualdad de la empresa usuaria a las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal durante los períodos de prestación de servicios? Así lo ha entendido la jurisprudencia invocando la aplicación e interpretación de las normas con perspectiva de género (STS 778/2019, de 13 de noviembre, Rec. Cas. 75/2018), y lo ha normativizado el RD 901/2020 (artículo 10).

Una análoga argumentación debería conducir a que a las personas becarias y al voluntariado también se le debería aplicar el plan de igualdad. En este sentido, a las personas becarias y al voluntariado se les aplican las medidas de prevención de la violencia sexual en el trabajo (artículo 12.2.II de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual), y no se ve razón para que esta extensión no se haga también con las otras medidas establecidas en el plan de igualdad.

3.3. Cuantificación del número de personas trabajadoras

Ya antes del RD 901/2020, la doctrina más atinada¹⁸ se había inclinado por computar todos los contratos de trabajo porque la LOIEMH no distingue y porque es lo más acorde con su finalidad de erradicar la discriminación. En igual sentido de completud, el RD 901/2020 (artículo 3.1) contempla las siguientes tres precisiones:

- (a) que “se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, de duración determinada y de puesta a disposición”;
- (b) que “cada persona con contrato a tiempo parcial se computará, con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más”; y
- (c) que “a este número de personas deberán sumarse los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo”, y en el caso de extinción dentro de los seis meses anteriores, “cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona más”.

A la vista de la letra de la norma (se habla de “trabajadores”), lo que resulta excluido son las personas becarias y los socios de cooperativas, pues no son trabajadores¹⁹. Lo mismo cabría decir del voluntariado. Pero nada debería impedir que, de existir un plan de igualdad, se extendiese su aplicación a todos estos colectivos.

El cómputo deberá efectuarse a efectos de comprobar que se alcanza el umbral de personas de plantilla que hace obligatorio el plan de igualdad, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año (artículo 3.2 del RD 901/2020).

Pero, *¿qué ocurre en los casos en que, en cualquier momento, se supera el umbral que hace obligatorio el plan de igualdad?* Ya antes del RD 901/2022 la doctrina se había inclinado por la obligatoriedad del plan aunque luego el número fluctuase a la baja²⁰. Ahora lo ratifica el RD 901/2020 (artículo 3.3) al establecer al respecto una cláusula de sobredimensionamiento: “Una vez alcanzado el umbral que hace obligatorio el plan de igualdad, cualquiera que sea el momento en que esto se produzca, nacerá la obligación de negociar, elaborar y aplicar el plan de igualdad. Esta obligación se mantendrá aun cuando el nú-

¹⁸ Para JAIME CABEZA PEREIRO, “deben computarse todos los contratos”, “Derecho ...”, obra citada, página 170, y “Los planes...”, obra citada, página 147. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ considera esa solución la que “traduce de manera más fiel el principio de igualdad de trato que informa la ordenación jurídica de las ... modalidades contractuales atípicas; esto es los contratos de trabajo de duración determinada ... y los trabajos a tiempo parcial ...”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 111.

¹⁹ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial*, Dykinson (Madrid, 2022), página 98.

²⁰ Para GEMMA FABREGAT MONFORT “un plan de igualdad a temporadas genera una inseguridad jurídica que no me parece defendible, o al menos no me lo parece si no se trata de variaciones cuantitativas de plantilla con unos efectos tan dilatados en el tiempo que sí puedan justificarlo ... menos aún me parece que pueda defenderse el permitir que no se adopte el plan de igualdad en los momentos en los que sí se alcance el número de 250 trabajadores, por ser estos residuales en la cotidianeidad de la empresa” (*Los planes ...*, obra citada, página 24, y *La obligatoriedad ...*, obra citada, páginas 30 y 31).

mero de personas trabajadoras se sitúe por debajo de cincuenta, una vez constituida la comisión negociadora y hasta que concluya el periodo de vigencia del plan acordado en el mismo, o en su caso, durante cuatro años”.

4. Obligatoriedad del plan de igualdad impuesta en convenio colectivo

Según establece el apartado 3 del artículo 45 de la LOIEMH, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior (o sea, aunque no sean grandes o medianas empresas), las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.

“Cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable”, es una expresión amplia que avala tanto el empresarial como el supraempresarial. Incluso valdría, a nuestro juicio, en uno infraempresarial en cuanto el convenio colectivo no implica asumir el postulado de ámbito empresarial del artículo 46.3 de la LOIEMH. Aunque en este caso se debería establecer expresamente y motivar la segregación de la unidad comercial infraempresarial, sin generar diferencias de trato injustificadas, pues el RD 901/2022, a falta de norma expresa en contrario, en su artículo 2.3, se remite, para estos casos, a lo establecido en la LOIEMH (incluyendo, así pues, su artículo 46.3).

¿Se podría obligar en uno extraestatutario? Sí, porque si el empresario puede adoptar voluntariamente un plan de igualdad (artículo 45.5 de la LOIEMH), es razonable admitir sea obligado en un convenio colectivo extraestatutario. Ahora bien, las mejoras contenidas en ese plan de igualdad para las personas trabajadoras no se podrían limitar a las representadas en su negociación salvo en las mismas condiciones en que se podría eludir el artículo 46.3 de la LOIEMH: que se establezca expresamente, que se motive debidamente y que no se generen diferencias de trato injustificadas.

En todo caso, el plan de igualdad impuesto en convenio colectivo será en “los términos previstos en el mismo”, lo que contrasta con los planes de igualdad legalmente obligatorios que lo serán “con el alcance y contenido establecidos en este capítulo” (como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH). No obstante, si se establece una obligación convencional, lo más probable es que haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad, o, sin hacer esa expresa remisión, esa regulación legal se tome como modelo. Seguramente esta inteligencia es la que ha llevado al RD 901/2020 a establecer su aplicabilidad a estos planes salvo lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que obliga a su adopción (artículo 2.3).

5. Obligatoriedad del plan de igualdad impuesta por la autoridad laboral

Según el apartado 4 del artículo 45 de la LOIEMH, “las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera

acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo”, lo que se concreta (artículo 46 bis.2 de la LISOS) en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de la LISOS referidas a discriminación por razón de sexo.

De la lectura conjunta de ambas normas legales (el artículo 45.4 de la LOIEMH y el artículo 46 bis.2 de la LISOS) se extraen diversas consideraciones interpretativas.

Primera: la literalidad del artículo 46 bis.2 de la LISOS impide aplicar la conmutación en relación con todas las infracciones punibles con sanciones accesorias según el artículo 46 bis.1 de la LISOS, pues solo cabe para las infracciones previstas (artículos 8.12º y 16.2º de la LISOS y solo si se trata de discriminación por razón de sexo) por más que se pudiera sostener *lege ferenda* la conveniencia de la conmutación en otros casos con identidad de razón (por ejemplo, el artículo 8.13º sobre acoso sexual, o el 8.13º bis, sobre acoso sexista; en general, con respecto a otras discriminaciones).

Segunda: la ambigüedad de la expresión “previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”, se debe entender en el sentido de que se agotará el intento de negociación y solo si fracasa se acudirá a la consulta, sin que, a nuestro juicio, se le atribuya la facultad de decidir una cosa u otra a la Autoridad Laboral²¹. Pero no resulta claro si la negociación o consulta es un elemento constitutivo de la posibilidad de conmutación, de donde se ha discutido acerca de si, sin existir esa representación en la empresa, cabe o no la conmutación, una cuestión sobre la cual existen opiniones doctrinales razonables que la admiten²² y otras que la niegan²³.

Tercera: la referencia a “un plan de igualdad en la empresa” se debe entender (porque nos encontramos ante un expediente administrativo referido no a la situación general de la empresa sino a una infracción concreta) como un plan para la mejora de los parámetros de igualdad dentro del ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate (por ejemplo, en el retributivo si la sanción se deriva de discriminación salarial). Ahora bien, el que ello sea así no impide que la empresa asuma un plan de igualdad que se refiera a más parámetros de igualdad que los situados en el ámbito del incumplimiento administrativo de que se trate, e incluso que se refiera a todos ellos.

²¹ En este sentido, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, *Igualdad de género ...*, obra citada, páginas 166 a 168. En sentido contrario, atribuyen la facultad de decidir el procedimiento a la Autoridad Laboral (aunque sin realizar ninguna argumentación), PATRICIA NIETO ROJAS, “Medidas ...”, obra citada, página 404, y SARA RUANO ALBERTOS / ARÁNZAZU VICENTE PALACIO, en los *Comentarios ...*, página 364.

²² Posición doctrinal sostenida por GEMMA FABREGAT MONFORT, para quien “dado que se trata de un plan de igualdad cuya obligatoriedad viene impuesta por la Autoridad laboral y teniendo en cuenta, además, que la negociación se limita en defecto de acuerdo a un trámite de consultas ... de no poderse elaborar el plan de igualdad por no existir representantes de los trabajadores, el empresario podrá amortizar tanto el trámite de la consulta como el de la negociación”, *Los planes ...*, obra citada, página 18. GEMMA FABREGAT MONFORT mantiene esa opinión en *La obligatoriedad ...*, obra citada, página 22.

²³ Posición doctrinal sostenida por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, para quien “una interpretación sistemática de los artículos en juego, en la que se tenga en cuenta el contexto en el que se adopta la decisión administrativa (procedimiento sancionador abierto por infracción grave a deberes vinculados con la igualdad por razón de género), milita a favor de (la tesis de) ... clausurar toda posible vía de elaboración del plan de igualdad sin la intervención de la representación social de los trabajadores ... esta inteligencia fuerza a excluir el que la Autoridad laboral pueda acordar este procedimiento de sustitución en caso de ausencia de órganos de representación”, *Igualdad de género ...*, obra citada, página 166.

Cuarta: el plan de igualdad impuesto por acuerdo de la Autoridad laboral será en “los términos que se fijan en el indicado acuerdo”, lo que contrasta con los planes de igualdad legalmente obligatorios que lo serán “con el alcance y contenido establecidos en este capítulo” (como se afirma en el artículo 45.2 de la LOIEMH). No obstante, lo más probable es que en el acuerdo se haga remisión a la regulación legal en cuanto al alcance y al contenido del plan de igualdad, o, sin hacer esa expresa remisión, esa regulación legal se tome como modelo. Seguramente esta inteligencia es la que ha llevado al RD 901/2020 a establecer su aplicabilidad a estos planes salvo lo que expresamente se prevea en el convenio colectivo que obliga a su adopción (artículo 2.3).

Si se incumpliere el plan de igualdad sustitutorio de las sanciones accesorias:

- (1) se dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, lo que se aplicará en los términos establecidos legalmente (artículo 46 bis.2 de la LISOS); y
- (2) se incurre en la infracción administrativa específica muy grave (artículo 8.17º de la LISOS) de “no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”.

A la vista de la penalidad de esta infracción administrativa específica muy grave, además de la penalidad asociada a la infracción de origen incluyendo sus sanciones accesorias que han recobrado su plena efectividad, aquella infracción ha generado dudas doctrinales en cuanto a su adecuación con el principio de *non bis in idem* y con el principio de proporcionalidad²⁴, que se deben despejar considerando el complejo conjunto de bienes jurídicos protegidos (la reiteración en la conducta discriminatoria y el incumplimiento de un acuerdo de conmutación). En línea con lo expuesto, la conducta “hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos” concurre (eliminado así la aparente ambigüedad de la infracción) cuando ese incumplimiento suponga la reiteración en la conducta discriminatoria, pero no cuando el caso sea otro.

6. Los planes de igualdad voluntarios

Según establece el apartado 5 del artículo 45 de la LOIEMH, “la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”. Aunque literalmente no se exige una negociación sino solo una consulta con la representación legal del personal,

²⁴ JOSÉ DELGADO RUÍZ entiende “desproporcionado sancionar (el) incumplimiento (en relación con el plan de igualdad) con la misma penalidad que la infracción de la que trae causa”, constituyendo “un verdadero supuesto de duplicidad de sanciones”, “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en *Comentarios ...* coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, obra citada, páginas 712 y 713. A nuestro juicio, es más correcta la opinión de MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ quien destaca que la infracción del artículo 8.17º de la LISOS no solo se justifica en el mantenimiento de la situación discriminatoria no resuelta dado el incumplimiento del plan, sino además en su propio incumplimiento, en cuanto cuestiona su eficacia como instrumento de superación de situaciones discriminatorias, con lo que, al no haber un fundamento común con la infracción de origen, se respeta el *non bis in idem*, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo*, Editorial La Ley (Madrid, 2008), páginas 94 a 99.

la jurisprudencia ha considerado que vulnera el derecho a la negociación colectiva la implantación unilateral de un plan voluntario de igualdad sin una negociación con el sindicato más representativo (STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

Nada más se dice en la LOIEMH en relación con los planes de igualdad voluntarios, en los que tiene amplia cancha la autonomía colectiva, no solo en relación con su existencia, también en orden a su ordenación. En esta línea, el RD 901/2020 establece la aplicación subsidiaria de su regulación a los planes de igualdad voluntarios solo “cuando así resulte de su contenido” (artículo 2.4), aunque sí impone la empresa como ámbito sin posibles excepciones (artículo 2.5), y obliga a su registro (artículo 11).

7. La comisión negociadora del plan de igualdad

7.1. Constitución de la comisión negociadora

La constitución de la comisión negociadora es el primer paso en la elaboración del plan de igualdad. Nada dice la LOIEMH sobre la cuestión, aunque es obvio que se debe constituir en cuanto una empresa alcanza el umbral que hace el plan legalmente obligatorio. El RD 901/2020 aclara, en su artículo 4.1, que la comisión negociadora se debe constituir tres meses desde haber alcanzado dicho umbral, salvo mejora en convenio colectivo (y por mejora se entiende el establecimiento de un plazo más breve).

Cuando la obligatoriedad del plan de igualdad se impone por convenio colectivo, se estará al plazo establecido en el mismo, o, en su defecto, dentro de los tres meses posteriores a su publicación (artículo 4.2). Si la obligatoriedad se impone por acuerdo de la Autoridad laboral, se estará al plazo establecido en el mismo (artículo 4.3).

¿A quién le corresponde solicitar la constitución de la comisión negociadora? En teoría, a cualquiera de los sujetos legitimados para formar parte de ella: la empresa y la representación legal del personal. Pero en la práctica, y dado que el incumplimiento puede acarrearle sanciones (artículo 7.13^º de la LISOS), es la empresa quien suele llevar la iniciativa, lo que le puede plantear problemas de identificación de los interlocutores cuando sea necesario negociar con representación sindical porque no la haya unitaria²⁵.

7.2. Composición de la comisión negociadora

La regulación reglamentaria acerca de la composición de la comisión negociadora (artículo 5 del RD 901/2020) se ha construido sobre el condicionamiento, exigido por la literalidad del artículo 45 de la LOIEMH, de que la negociación se realizará con la representación legal del personal, esto es la unitaria o la sindical, sin que en la LOIEMH se haya previsto la posibilidad de negociar con comisiones *ad hoc*, con lo cual en los supuestos de

²⁵ Podría solicitarse información sobre la representatividad de los sindicatos en el sector a la Autoridad laboral o a la comisión paritaria del convenio (IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 116-117).

ausencia de representación unitaria solo cabe acudir a la sindical. Desde luego, esto genera problemas prácticos de saturación de los sindicatos y acceso a datos de la empresa de personas ajenas a la misma. Sabido es que, por estos evidentes problemas prácticos, la exclusión de las comisiones *ad hoc* es el único aspecto por el que la patronal se negó a apoyar el RD 901/2020; pero, a nuestro juicio, se trata de un condicionante legal que viene dado por la literalidad del artículo 45 de la LOIEMH, y así lo ha confirmado la jurisprudencia (STS 26.1.2021, Rec. 50/2020).

Pues bien, sobre la base de este condicionante, el RD 901/2020 regula dos supuestos distintos: empresas con representación legal del personal, y empresas sin ella:

- (A) Supuesto de empresas con representación legal del personal: “Participarán en la comisión negociadora, por parte de las personas trabajadoras, el comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité” (artículo 5.2.I). En caso de conflicto entre ambas representaciones, las secciones sindicales que sumen la mayoría de los miembros del comité serán quienes decidan o asumir la negociación, o dejársela a la representación unitaria (artículo 5.2.II).

“La composición de la parte social en la comisión negociadora será proporcional a la representatividad” (artículo 5.2.III). A efectos de fijar la representatividad de cada sindicato negociador, se considerarán los miembros de comités de empresa o delegados de personal provenientes de empresas subrogadas (SAN de 13.10.2021, Rec. 194/2021).

“En las empresas con varios centros de trabajo negociará el comité intercentros si existe y tiene establecidas competencias para la negociación” (artículo 5.2.IV). En otro caso, la jurisprudencia entiende que se designará a los integrantes de la comisión negociadora por los distintos órganos de representación legal de cada centro respetando el principio de proporcionalidad (STS 31.10.1995, Rec. 218/1995; STS 7.3.2002, Rec. 1220/2001). Es nulo el plan de igualdad negociado por el órgano de representación de un centro de trabajo, si la empresa tiene varios (STS 17.3.2020, Rec. 136/2018).

En los grupos de empresa, la negociación del plan de igualdad se regirá por lo establecido en el artículo 87 del ET para los convenios de ese ámbito (artículo 5.2.VII).

- (B) Supuesto de empresas sin representación legal del personal: La parte social estará integrada, con un máximo de seis personas (que también se aplica a la representación de la empresa), “por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para negociar el convenio colectivo de aplicación” y “se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados” (artículo 5.3.I), aunque (para evitar dilaciones) “esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días” (artículo 5.3.I *in fine*).

Un plan de igualdad puede ser impugnado por la exclusión de la negociación de un sindicato con legitimación suficiente pues vulnera su derecho a la libertad sindical (SAN de 17.2.2012, Pto. 245/2011). Por ello, es nulo el plan de igualdad negociado solo con dos centrales sindicales sin la intervención de una tercera con representación en la empresa y legitimada para intervenir en la negociación colectiva (STS de 11.3.2014, Rec. 77/2013). Vulnera el derecho a la negociación colectiva la implantación unilateral de un plan de igualdad obviando la negociación con el sindicato más representativo, incluso cuando el plan de igualdad es voluntario (STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

- (C) Supuestos de empresas con centros de trabajo con y sin representación legal del personal: “La parte social estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación ... y, por otro lado, por la comisión sindical ... en representación de las personas trabajadoras de los centros que no cuenten con la representación legal” (artículo 5.3.II). para facilitar la constitución, “en este caso la comisión negociadora se compondrá de un máximo de trece miembros por cada una de las partes” (artículo 5.3.II *in fine*).
- (D) En todos los supuestos, “deberá promoverse la composición equilibrada entre mujeres y hombres de cada una de ambas partes de la comisión negociadora, así como que sus integrantes tengan formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral” (artículo 5.4). También en todos los supuestos se establece que “la comisión negociadora podrá contar con apoyo y asesoramiento externo especializado en materia de igualdad, quienes intervendrán con voz pero sin voto” (artículo 5.3.III).

¿Qué plazo hay para impugnar el plan de igualdad con defectos en la interlocución con la empresa? Como el plan de igualdad es un producto de la negociación colectiva, es aplicable la jurisprudencia según la cual la impugnación por ilegalidad de un convenio no está sujeta a plazo y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia. O sea, la acción para impugnar los planes de igualdad no prescribe al año desde su adopción (SAN de 24.2.2020, Pto. 270/2019; STS de 5.4.2022, Rec. 99/2020).

7.3. Competencias de la comisión negociadora

Por definición, la comisión tiene competencias para la “negociación y elaboración del diagnóstico, así como sobre la negociación de las medidas que integrarán el plan de igualdad”, y así lo expresa el RD 901/2020 (artículo 6.1.a), lo que incluye (aunque nada se dijera, si bien no está nada mal que se diga) la “elaboración del informe de los resultados del diagnóstico” (artículo 6.1.b) y la “identificación de las medidas prioritarias, a la luz del diagnóstico, su ámbito de aplicación, los medios materiales y humanos necesarios para su

debida implantación, así como las personas u órganos responsables, incluyendo un cronograma de actuaciones” (artículo 6.1.c).

Además, se le atribuyen ciertas competencias de ejecución y seguimiento en la ejecución del plan de igualdad: “impulso de la implantación del plan de igualdad en la empresa” (artículo 6.1.d); “definición de los indicadores de medición e instrumentos de recogida de información necesarios para realizar el seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de las medidas del plan” (artículo 6.1.e); e incluso el “impulso de las primeras acciones de información y sensibilización a la plantilla” (artículo 6.2).

Finalmente, la comisión ostenta “cuantas otras funciones pudieran atribuirle la normativa y el convenio colectivo de aplicación, o se acuerden por la propia comisión, incluida la remisión del plan de igualdad que fuere aprobado ante la autoridad laboral competente a efectos de su registro, depósito y publicación” (artículo 6.1.f).

A los efectos del cumplimiento de estas competencias, “la comisión negociadora del plan podrá dotarse de un reglamento de funcionamiento interno” (artículo 6.3).

7.4. Estatuto de las personas intervinientes en la negociación

“Las personas que intervengan en la negociación de los planes de igualdad tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas que intervinieran en la negociación de convenios y acuerdos colectivos”. Además, “deberán observar en todo momento el deber de sigilo con respecto a aquella información que les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado (y) en todo caso ningún documento entregado por la empresa a la comisión podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega”; estos deberes se les exigen a las personas expertas que asistan a la comisión (artículo 5.8 del RD 901/2020).

¿Tienen derecho a retribución las personas miembros de la comisión? Si son representantes del personal, no debería ofrecer duda alguna. Si están mandatados por un sindicato para negociar, entendemos que también pues, conforme a autorizada doctrina, así se deriva tanto del artículo 5.8 del RD 901/2020, como del artículo 37.3.e) del ET²⁶.

8. El procedimiento de negociación del plan de igualdad

8.1. Plazos para llevar a cabo la negociación

Según se deriva del artículo 4.4 del RD 901/2020, y salvo mejora en convenio colectivo (estableciendo un plazo menor pues la norma no avala la posibilidad de ampliar los plazos establecidos reglamentariamente), el plan de igualdad debe estar “negociado, aprobado y presentada la solicitud de registro en el plazo de un año desde el día siguiente

²⁶ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 121-122.

a la fecha en que finalice el plazo previsto para iniciar el procedimiento de negociación”, lo que, en relación con los planes de igualdad de grandes y medianas empresas legalmente obligatorios, se traduce en que deberán estar al año y tres meses desde que la empresa ha alcanzado el umbral causante de la obligación de tener un plan.

8.2. Diagnóstico de situación

La elaboración del diagnóstico se realizará “en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad” (artículo 46.2.II de la LOIEMH), y de hecho (y así expresamente lo dice el RD 901/2020 en su artículo 7) es la “primera fase de elaboración del plan de igualdad”. Por ello, “constituida la comisión negociadora, y a los efectos de elaborar el diagnóstico de situación, las personas que la integran tendrán derecho a acceder a cuanta documentación e información resulte necesaria a los fines previstos” (artículo 5.7). Tal derecho es correlativo con la obligación de la empresa de facilitar todos los datos e información necesaria para elaborar el diagnóstico, así como los datos del registro regulado en el artículo 28.2 del ET (artículo 46.2 de la LOIEMH).

El diagnóstico incluirá al menos las siguientes materias: “proceso de selección y contratación; clasificación profesional; formación; promoción profesional; condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial; ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; infrarrepresentación femenina; retribuciones; prevención del acoso sexual y por razón de sexo” (artículo 46.2 de la LOIEMH).

Con sustento en estas premisas legales, el desarrollo reglamentario se dirige a garantizar que el diagnóstico sea útil (permitirá obtener la información precisa para diseñar y establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su aplicación y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento), completo (el diagnóstico deberá extenderse a todos los puestos y centros de trabajo de la empresa, y a todos los niveles jerárquicos), y detallado (al respecto, el RD 901/2020 contiene un anexo en donde se establecen los criterios específicos para elaborar el diagnóstico).

Una precisión es necesaria: el diagnóstico de situación no es obligado lo realicen los miembros de la comisión negociadora del plan de igualdad pues a lo que la ley obliga es que se haga en su seno, o sea a su amparo o bajo su paraguas, pero no necesariamente por quienes la componen. De hecho, es habitual encargar esta función a personas o empresas especializadas en la auditoría laboral, e incluso es “aconsejable”²⁷.

8.3. Negociación de buena fe, acuerdo y desacuerdos

El procedimiento de negociación está regulado en el RD 901/2020 (artículo 5) a imagen del procedimiento de negociación de los convenios colectivos. De ahí que “las par-

²⁷ IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN / PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS / PATRICIA NIETO ROJAS, *Igualdad retributiva ...*, obra citada, páginas 106-107.

tes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”. Igualmente, “se levantará acta de cada una de las reuniones de la negociación, que deberán ser aprobadas y firmadas con manifestaciones de parte, si fuera necesario”. Además, en aquellos aspectos no expresamente tratados se estará el artículo 89 del ET.

“El acuerdo requerirá la conformidad de la empresa y de la mayoría de la representación de las personas trabajadoras que componen la comisión” (no mayoría de los miembros, sino mayoría de representación, o sea se trata de un voto ponderado). “El resultado de las negociaciones deberá plasmarse por escrito y firmarse por las partes para su posterior remisión a la autoridad laboral competente, a los efectos de registro”.

¿Puede la empresa implantar unilateralmente el plan de igualdad cuando no haya representación legal del personal o la negociación está bloqueada? Aunque la jurisprudencia lo admite, lo admite muy restrictivamente. En un supuesto donde no había comité de empresa, se admitió la posibilidad de la implantación unilateral, pero admitiendo la validez del plan solo de manera provisional y obligando a la empresa a negociar cuando con posterioridad se constituyó el comité de empresa (STS de 14.2.2017, Rec. 104/2016). En un supuesto donde la empresa alegó que la representación del personal se negó a sentarse en la mesa negociadora, se negó que ello justificase, sin más, la actuación unilateral de la empresa, “máxime cuando la misma no ha probado haber agotado los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto” (STS de 9.5.2017, Rec. 85/2016). Un bloqueo negociador por parte de la representación legal del personal “podría erigirse en justificación razonable del incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad o, al límite, como justificación de la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional”, pero solo en circunstancias excepcionales como esa de bloqueo negociador, la negativa de la representación a negociar o la ausencia de cualquier tipo de representación (STS de 13.9.2018, Rec. 213/2017). Pero en algún pronunciamiento posterior se ha considerado *obiter dicta* que la ausencia de comité de empresa no justifica a la empresa para imponer unilateralmente un plan de igualdad (STS de 26.1.2021, Rec. 50/2020).

En estos casos de desacuerdo, el deber de buena fe en la negociación obliga a las partes negociadoras, y en particular a la empresa, a un especial esfuerzo para desbloquear las negociaciones, siendo recomendable que realicen concesiones más allá de sus propuestas de partida con la finalidad de evitar estas indeseables situaciones, pudiendo acudir (como se prevé en el artículo 5 del RD 901/2020) a “procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, si así se acuerda, previa intervención de la comisión paritaria del convenio, si así se ha previsto en el mismo para estos casos”.

9. El plan de igualdad

9.1. Contenido

El contenido del plan es “un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de tra-

to y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (artículo 46.1 de la LOIEMH y artículo 8.1 del RD 901/2020).

Los planes de igualdad tendrán el siguiente contenido mínimo (artículo 8.2 del RD 901/2020): “(a) Determinación de las partes que los conciertan. (b) Ámbito personal, territorial y temporal. (c) Informe del diagnóstico de situación de la empresa, o en su caso de cada una de las empresas del grupo. (d) Resultados de la auditoría retributiva. (e) Definición de objetivos cualitativos y cuantitativos. (f) Descripción de medidas concretas, plazo de ejecución y priorización, y diseño de indicadores. (g) Identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos. (h) Calendario de actuaciones. (i) Sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica. (j) Composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica. (k) Procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias”.

En todo caso, el plan de igualdad contendrá las medidas necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico, deberá responder a la situación real de la empresa individualmente considerada reflejada en el diagnóstico y deberá contribuir a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa (artículos 8.3-4 del RD 901/2020).

9.2. Transparencia y publicidad

En su redacción originaria, la LOIEMH no preveía el registro de los planes de igualdad y en su lugar se introdujo un artículo (el 47), “transparencia en la implantación del plan de igualdad”, en el cual se garantiza “el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos, sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan estas competencias”. A consecuencia de esta prescripción legal, “el comité de empresa tiene derecho a recibir información al menos anualmente sobre la aplicación concreta de medidas para la igualdad” (SAN 10.11.2017, Pto. 236/2017).

Sin alterar lo establecido en el artículo 47 de la LOIEMH, que se mantiene en sus términos, el RDL 6/2019 subsanó esa deficiencia de la originaria LOIEMH, introduciendo dos disposiciones (en el artículo 46, apartados 4 y 5) según las cuales “se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas”, obligando a las empresas a inscribir sus planes de igualdad en tal registro.

Por lo demás, el RD 901/2020 insiste en que los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, aclarando que esa obligatoriedad afecta a todos los planes de igualdad cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o volun-

taria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes (artículo 11.1), y asimismo deja claro que la citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad (artículo 11.3). Completando el desarrollo de la LOIEMH, el RD 901/2020 modifica, mediante su disposición final 1ª, el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenio y acuerdos colectivos de trabajo.

Quid iuris si, presentado un plan de igualdad a registro, la Autoridad laboral no contesta en el plazo de tres meses: *¿se entiende admitido el registro por silencio administrativo positivo o se entiende denegado el registro por silencio administrativo negativo?* La doctrina judicial se ha inclinado por aplicar el régimen silencio administrativo positivo que, para procedimientos a solicitud de persona interesada, se contempla en el artículo 24.1.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, una negativa fuera de plazo sería negativa *contra legem* (STSJ/Madrid de 30.9.2022, Pto. 437/2022).

10. Ejecución del plan de igualdad

10.1. Vigencia, seguimiento y revisión

El periodo de vigencia de los planes de igualdad es un contenido mínimo del plan de igualdad (ámbito temporal es como lo denomina el artículo 8.2.b) cuya concreción depende de la autonomía de las partes negociadoras con el límite reglamentario de que no podrá ser superior a cuatro años (artículo 9.1 del RD 901/2020). Con respecto a la posibilidad de la vigencia ultraactiva de los planes de igualdad, se ha admitido que un plan previo a la actual regulación reglamentaria pudiera acordar en su momento una ultraactividad de 21 meses (SAN de 15.12.2020, Pto. 183/2020). Tras el RD 901/2020, ese pacto de ultraactividad sigue siendo posible, pero siempre que la vigencia pactada más la ultraactiva no sea superior a los cuatro años.

“El seguimiento y evaluación de las medidas previstas en el plan de igualdad deberá realizarse de forma periódica conforme se estipule en el calendario de actuaciones del plan de igualdad o en el reglamento que regule la composición y funciones de la comisión encargada del seguimiento del plan de igualdad. No obstante, se realizará al menos una evaluación intermedia y otra evaluación final, así como cuando sea acordado por la comisión de seguimiento” (artículo 9.6 del RD 901/2020).

La revisión del plan de igualdad puede ser programada o no programada (artículos 9.2-4 del RD 901/2020). La programada lo será en los plazos de revisión previstos en el propio plan que habrán de ser coherentes con el contenido de las medidas y objetivos establecidos. La no programada puede ser obligada o voluntaria. La obligada se vincula a necesidades de reajuste (cuando deba hacerse la revisión “a consecuencia de los resultados del seguimiento y evaluación”), a una modificación sustancial de la situación de la empresa (“fusión, absorción, transmisión o modificación del estatus jurídico de la empresa, o cualquier incidencia que modifique de manera sustancial la plantilla de la empresa, sus

métodos de trabajo, organización o sistemas retributivos”), o a la actuación de la Inspección de Trabajo (detectando “la falta de adecuación a los requisitos legales y reglamentarios o su insuficiencia”) o del Poder Judicial (“cuando una resolución judicial condene a la empresa por discriminación directa o indirecta por razón de sexo o cuando determine la falta de adecuación del plan de igualdad a los requisitos legales o reglamentarios”). La revisión voluntaria no programada se puede hacer en cualquier momento “con el fin de añadir, reorientar, mejorar, corregir, intensificar, atenuar o, incluso, dejar de aplicar alguna medida que contenga en función de los efectos que vayan apreciándose en relación con la consecución de sus objetivos”.

Cuando sea necesario, la revisión puede incluir “tanto la actualización del diagnóstico como de las medidas del plan de igualdad” (artículo 9.3 del RD 901/2020).

10.2. Comisión de vigilancia y seguimiento del plan de igualdad

Aunque la LOIEMH no obliga a la existencia de una comisión de vigilancia y seguimiento del plan de igualdad, en su artículo 47 sí se alude a “las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan ... competencias (de seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad)”. De este modo, la LOIEMH se hace eco de un uso negociador ya existente con anterioridad en el ámbito de empresas donde se habían implementado planes o medidas de igualdad de los sexos.

El RD 901/2020 da un paso más allá pues el plan de igualdad deberá incluir “una comisión u órgano concreto de vigilancia y seguimiento del plan”, habitualmente denominada como comisión de igualdad, “con la composición y atribuciones que se decidan, en el que deberán participar de forma paritaria la representación de la empresa y de las personas trabajadoras, y que, en la medida de lo posible, tendrá una composición equilibrada entre mujeres y hombres” (artículo 9.5 del RD 901/2020).

Se establece una competencia mínima imperativa de las comisiones de igualdad: la vigilancia y seguimiento del plan de igualdad. Pero nada impide que se le atribuyan otras competencias a mayores, incluso las competencias negociadoras del plan de igualdad, lo que es sumamente relevante porque excluir de la negociación del plan de igualdad a un sindicato legitimado para la negociación colectiva estatutaria, vulnera su derecho fundamental a la negociación colectiva amparado en el artículo 28 de la CE.

A tales efectos, se considera negociadora la comisión que, en el ámbito de una empresa, aprueba el plan de igualdad conforme el convenio colectivo supraempresarial en los términos del artículo 85.2.b) del ET (STS de 11.3.2014, Rec. 77/2013). Pero no la que, aunque se dice ostenta competencias negociadoras, debe someter lo negociado a la aprobación del comité de empresa, pues entonces sus competencias reales son solo de estudio y propuesta (SSTS de 20.10.2011, Rec. 23/2011, y de 24.1.2012, Rec. 22/2011).

Incluso cuando la comisión de igualdad no ostente facultades negociadoras del plan de igualdad, la exclusión de un sindicato en algún caso puede ser contraria al artículo 28 de la CE, no en su aspecto de derecho a la negociación colectiva, pero sí en el aspecto de

derecho a la actividad sindical en condiciones de igualdad. Y es que, aunque no forma parte del derecho de negociación colectiva la participación en comisiones con funciones de interpretación, gestión y administración, se considera contrario al derecho a la actividad sindical en condiciones de igualdad la exclusión de la comisión de igualdad de un sindicato en el supuesto de que ha negociado el convenio colectivo estatutario que establece esa comisión (STS de 5.10.2010, Rec. 227/2009)²⁸.

Pero sí es lícito que un sindicato que formó parte de la comisión de negociación del plan no forme parte después de la comisión de seguimiento, si se cumple lo establecido en el propio plan sobre su composición (SAN de 28.6.2021, Pto. 36/2021).

11. Instrumentos para implementación de medidas y planes de igualdad: entre sanción y fomento

Con la finalidad de dar efectividad a la normativa sobre medidas y planes de igualdad, el poder legislativo utiliza dos instrumentos típicos: la sanción y el fomento.

En cuanto a la sanción, la LISOS contempla (además de la infracción muy grave del artículo 8.17º, analizada al analizar los planes de igualdad impuestos por la Autoridad laboral) la sanción grave de “no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la LOIEMH, el ET o el convenio colectivo de aplicación” (artículo 7.13º). Dado que se habla de obligaciones en plural, se entiende que la infracción no solo se producirá en el supuesto más típico de no negociar las medidas o el plan de igualdad; también si las medidas o el plan de igualdad se negocian incumpliendo las exigencias legales, paradigmáticamente si se negocian sin buena fe; e incluso si las medidas o el plan de igualdad no se aplican en absoluto, se aplican solo en la forma o es un incumplimiento parcial que, por su entidad cuantitativa y por afectar a la esencia de las medidas o del plan, es equiparable al total. En todo caso, si cualquiera de los anteriores incumplimientos se acompaña de una violación de la igualdad de trato, ello supondrá que, además de la sanción muy grave del artículo 7.13º, se deban imponer las correspondientes a tal violación (artículos 8.12º, 8.13º y 8.13º bis de la LISOS).

En cuanto al fomento, el artículo 49 de la LOIEMH impone al Gobierno “el establecimiento de medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario”, con la finalidad de impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad. En su desarrollo, la Orden SSI/1196/2013, de 25 de junio, estableció las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad, siempre que reúnan una serie de exigencias (sintéticamente: implicación de la dirección de la empresa; participación de la representación legal del personal o en su defecto de las propias personas trabajadoras; áreas de actuación

²⁸ Sobre estas cuestiones véase SANTIAGO GARCÍA CAMPÁ, “Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas”, en la obra *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes (Valencia, 2014).

prioritarias; estructuración en tres fases de elaboración de diagnóstico, elaboración del plan de igualdad y primeras medidas de aplicación).

Más recientemente, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral, exige para ser persona beneficiaria de incentivos, “contar con el correspondiente plan de igualdad, en el caso de las empresas obligadas legal o convencionalmente a su implantación” (artículo 8.e).

Hemos de añadir que el Ministerio de Igualdad a través del Instituto de las Mujeres tiene un servicio gratuito de asesoramiento para planes y medidas de igualdad.

Todas estas medidas estatales de fomento, se complementan con la acción de las Comunidades autónomas que suelen establecer, dentro de sus territorios, subvenciones para la implantación de planes de igualdad para las pequeñas y medianas empresas²⁹.

Aún con todo, la implantación efectiva de la normativa sobre medidas y planes de igualdad contemplada en la LOIEMH dista de ser la adecuada, cuando menos en términos cuantitativos a la vista del número de planes registrados en comparación con el número de medianas y grandes empresas existentes en España; también en términos cualitativos pues muy probablemente haya medidas o planes de igualdad que no sirvan a los fines de alcanzar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. Pero el análisis de las medidas y planes de igualdad existentes daría lugar a otro estudio, complementario de este y mucho más extenso. Lo que aquí nos toca es incitar a los poderes públicos a profundizar en la aplicación efectiva de las infracciones y sanciones, así como profundizar en las medidas de fomento. Es la manera de avanzar en la materia.

12. Bibliografía

CABEZA PEREIRO, JAIME: “Derecho colectivo y principio de igualdad” en *Ley de Igualdad y Contrato de Trabajo* (coord.: José Fernando LOUSADA AROCHENA), Francis Lefebvre (Madrid, 2007).

— “Los planes de igualdad y la negociación colectiva”, en *Políticas de género* (dir.: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO), Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2008).

— “Los planes de igualdad: balance y cambios normativos”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO / FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA MARÍA (director, directora), RODRÍGUEZ EGÍO, MARÍA MONSERRATE (coordinadora), *Guía práctica de planes de igualdad*, Ediciones Laborum (Murcia, 2023).

²⁹ Un ejemplo actual es el caso de Galicia, a través de la Orden de 31 de diciembre de 2022 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de ayudas para implantar la igualdad laboral, la conciliación y la responsabilidad social empresarial (RSE), y se procede a su convocatoria para el año 2023 (códigos de procedimiento TR357B, TR357C y TR357D) (Diario Oficial de Galicia de 10 de febrero de 2023), y Extracto de la Orden de 31 de diciembre de 2022 por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de ayudas para implantar la igualdad laboral, la conciliación y la responsabilidad social empresarial (RSE), y se procede a su convocatoria para el año 2023 (códigos de procedimiento TR357B, TR357C y TR357D) (Diario Oficial de Galicia de 10 de febrero de 2023).

- DELGADO RUIZ, JOSÉ: “Régimen sancionador de la ley de igualdad”, en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por JESÚS RAMÓN MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, RICARDO: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, número 9, 2007.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007).
— *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019 de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2019).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo*, Editorial La Ley (Madrid, 2008).
- GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO: “Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas”, en la obra *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes (Valencia, 2014)
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (coord.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2008).
— *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).
- MERINO SEGOVIA, AMPARO: *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2009).
- NIETO ROJAS, PATRICIA: “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación”, en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, coordinados por Jesús Ramón MERCADER UGUINA, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
— “Los planes de igualdad en las empresas como instrumento para garantizar la igualdad efectiva en la empresa”, en *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (dir.: Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALEANO), Editorial Aranzadi (Navarra, 2020).
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA / FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA / DEL REY GUANTER, SALVADOR: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1993).
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA (coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer (Madrid, 1999).
- PÉREZ PÉREZ, MANUEL / ROALES PANIAGUA, ESPERANZA: “El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, número 91, 2007.
- RUANO ALBERTOS, SARA / VICENTE PALACIO, ARÁNZAZU: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, dirigidos por José IGNACIO GARCÍA NINET y coordinados por AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ, Editorial CISS (Valencia, 2007).
- SAGARDOY DE SIMÓN, IÑIGO / NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, PILAR / NIETO ROJAS, PATRICIA, *Igualdad retributiva, planes de igualdad y registro salarial*, Dykinson (Madrid, 2022).

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (DIR.), KAHALE CARRILLO, DJALMIL TONY, VELASCO PORTERO, TERESA (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Madrid, 2016).

SERRANO GARCÍA, JUANA MARÍA: *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2007).

VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus (Madrid, 2010).

CRÓNICAS JURIPRUDENCIALES

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2022)

Chronicle of the spanish constitutional court case on equality rights (year 2022)

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade da Coruña
Magistrado Suplente
Sala de lo Social del TSJ Galicia

doi: 10.20318/femeris.2023.7789

El año 2022 la jurisprudencia constitucional sobre igualdad de trato y no discriminación puede reducirse a la doctrina contenida en hasta media docena de resoluciones que se ocupan de únicamente dos aspectos concretos de nuestro precepto constitucional más emblemático. La primera de esas resoluciones (luego seguida por varias de ellas en el mismo sentido) se refiere al derecho a la no discriminación por razón de circunstancia personal, como es la discapacidad, reconocido en el art. 14 CE.

Se trata de la sentencia 5/2022, de fecha 24 de enero de 2022, en la que lo que debía discutirse era, en esencia, si denegar el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común a un beneficiario porque, en el momento de la solicitud, se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad, supone un supuesto de discriminación por razón de discapacidad. En esta ocasión, los tribunales ordinarios decidieron que esta situación supone un nuevo límite de edad que, en supuestos como el que nos ocupa, se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilación anticipada.

El argumentario utilizado por las resoluciones que han dado lugar al amparo se apoyaba en el art. 195.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que impide el acceso a la situación protegida de incapacidad permanente a aquellos beneficiarios que, en la fecha del hecho causante, tengan la edad prevista para causar derecho a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el art. 205 de esta misma norma, pues si ya se está jubilado no cabe la incapacidad permanente. En esta ocasión el recurrente en amparo había accedido a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 de la Ley General de la Seguridad Social, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o lo que es igual, el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad, aplicando coeficientes reductores. Y sobre la base de estos parámetros, los tribunales inferiores entendieron que lo razonable es fijar como tope

para pedir la incapacidad permanente esa edad ordinaria, pero reducida también en aquellos mismos percentiles de días que se consideraron para acceder a la jubilación por razón de discapacidad, lo que justifica la denegación de la prestación de incapacidad permanente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional entendió que en estas ocasiones se vulnera el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad. La primera razón para ello se encuentra en el marco normativo internacional (la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el art. 14 CEDH y los arts. 21 y 26 CDFUE) e interno (los arts. 49 y 50, en relación con los arts. 9.2 y 10.1, todos de la CE, a los que se une, en el plano de la legalidad ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), ya que el fundamento de ese conjunto de instrumentos normativos es por un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación; y por otro, la lucha contra cualquier forma de discriminación. Por ello, el objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de “medidas de acción positiva”, noción esta última a la que responde la regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad. Sin embargo, la interpretación realizada por los órganos judiciales produce la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación, por lo cual, dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida.

Además de todo ello, resulta que el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente por remisión al art. 205.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos, como sí ha hecho en otros supuestos. Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE.

La segunda de las resoluciones del Tribunal Constitucional mencionadas resulta especialmente relevante. Aunque se trata de un tema ya clásico en la doctrina laboral, aborda un supuesto particular de discriminación, que hoy en día presenta el interés derivado de la publicación de normativa al respecto. Ese tema ya clásico no es otro que el desistimiento empresarial durante el período de prueba, en esta ocasión relativo al despido de una persona transgénero.

En esta ocasión, los hechos relevantes son los siguientes: 1) La persona demandante de amparo fue contratada con un período de prueba de seis meses; 2) a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, acudía a su centro de traba-

jo vistiendo unos días pantalón y otros días falda; 3) en una determinada ocasión había acudido a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, razón por la que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente; 4) posteriormente mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la directora de recursos humanos, en donde se trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes y, en el curso de la misma, el director general le pidió a quien recurre en amparo que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón; y 5) poco antes del transcurso de los meses de prueba, la empresa contratante dio por finalizada la relación laboral, alegando la “no superación del período de prueba pactado”.

La jurisprudencia ordinaria, sin embargo, entendió la extinción contractual ajustada a Derecho, razón por la cual la persona recurrió en amparo, en el entendimiento de que la decisión empresarial de cesar el contrato en el período de prueba se basó en una actuación discriminatoria, relacionada con su identidad sexual y expresada en el desencuentro entre recurrente y empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias.

A la vista de ello, no es de extrañar que el propio Tribunal Constitucional manifieste que “La cuestión planteada en este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional ... porque da ocasión al Tribunal Constitucional para sentar doctrina sobre un problema o faceta de un derecho fundamental..., sobre el que esa doctrina es insuficiente. Si bien la cuestión de la discriminación en el ámbito laboral por las razones prohibidas en el art. 14 CE ha sido tratada en un buen número de pronunciamientos de este tribunal ... esta es la primera ocasión en que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de la identidad de género de quien recurre en amparo, de modo que la sentencia que resuelva el recurso debe definir si este elemento característico de las personas se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el art. 14 CE, con cuál de ellas se identifica adecuadamente, en caso de hacerlo con alguna”.

Así las cosas, para nuestro alto tribunal la premisa inicial no es otra que identificar qué situación o condición personal está en la base del denunciado como trato discriminatorio, y para formular esta identificación es necesario partir de una aclaración conceptual previa que distinga entre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género. Y a partir de esa identificación es preciso definir si queda cubierta o no la realidad en cuestión por la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, para proceder, sucesivamente, a examinar si alcanzan a esta categoría las garantías asociadas a la preservación del principio de igualdad en el seno de las relaciones privadas, siendo clave en este punto de la reflexión la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria.

Y eso es justamente lo que se hace a lo largo de la sentencia, distinguiendo entre las nociones de sexo y género, señalando como condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, y dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la noción de identidad de género, se acude a la expresión trans como denominación omnicomprendensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una

discrepancia entre esta y el sexo de la persona. Esta denominación genérica engloba las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona.

Por esa razón, la sentencia no duda en concluir que la persona recurrente en amparo, según su propia identificación, es una persona trans, de modo que la discriminación que denuncia es una discriminación por razón de su identidad de género, circunstancia personal alegada para invocar la interdicción de discriminación y la demanda de trato igual. Más concretamente se trataría de una hipotética discriminación basada en su expresión de género, entendida esta, según se define en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética. Para finalizar asegurando que la expresión de género, en los términos descritos, se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas.

En esta ocasión, pues, la jurisprudencia constitucional sobre la vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos, puede ser aplicada cuando la causa sospechosa de haber provocado una actuación discriminatoria por parte del empleador tenga que ver con la identidad de género del trabajador, proyectando a este ámbito la doctrina sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación. Lo que a su vez trae como necesaria consecuencia que el supuesto de hecho debe analizarse a la luz de la interdicción de discriminación en el ámbito laboral por razón de identidad género (ex art. 14 CE), que supone la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria, en tanto exista una prueba indiciaria que sostenga la denuncia.

Pese a ello, el alto tribunal concluyó que el cese de la persona recurrente no puede calificarse de nulo por discriminatorio dado que, habiendo aportado indicios racionales de discriminación por motivo de identidad de género, la empresa demandada los ha rebatido adecuadamente, y el acervo probatorio del que se han servido los juzgadores de instancia, y que este tribunal no debe revisar para modificarlos, a riesgo de exceder los márgenes de actuación determinados por el art. 44.1 b) LOTC, pone de manifiesto que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género.

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2021 a 31/8/2022)

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2021 to 31/8/2022)

JEAN JACQMAIN*

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

Traducción:

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA***

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ****

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

BELÉN GARCÍA ROMERO*****

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

doi: 10.20318/femeris.2023.7790

Resumen. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 31 de agosto de 2022 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal General de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También abarca las Sentencias dictadas por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (Tribunal EFTA).

Palabras clave. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2022, pp. 444 a 452. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 1 “igualdad de remuneración: regímenes profesionales de seguridad social”, 2 “igualdad en las condiciones de trabajo: acoso moral y sexual en el trabajo” y 5 “discriminación fuera del ámbito de aplicación”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 3 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social” y 4 “protección de la maternidad”.

**** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 1 “discriminación por razón de la raza o del origen étnico”, 2 “discriminación por razón de edad” y 5 “discriminación por razón de la orientación sexual”.

***** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 3 “discriminación por razón de la discapacidad” y 4 “discriminación por razón de las convicciones”.

Abstract. This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2021 until August 31, 2022 by the Court of Justice and General Court of the European Union and the European Court of Human Rights. It also covers the Judgments handed down by the Court of the European Free Trade Association (EFTA Court).

Keywords. Court of Justice of the European, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

I. Igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos

1. Igualdad de remuneración: regímenes profesionales de seguridad social

1.1. STJUE de 5 de mayo de 2022, BVAEB, C-405/20, EU:C:2022:347. El año pasado se había sometido ante el Tribunal de Justicia el caso de un pensionista austriaco que se quejaba de discriminación de género porque las medidas de actualización de las pensiones dejaban fuera a las pensiones más elevadas, que iban fundamentalmente a los hombres. Resolviendo la cuestión, el Tribunal de Justicia, sin decir absolutamente nada sobre su inoportunidad, descartó la posibilidad de discriminación (Sentencia de 24 de septiembre de 2020, Pensiones del personal directivo de YS Company, C-223/19).

Sigue el Tribunal impasible en este nuevo litigio de “varones discriminados”, entablado esta vez por tres pensionistas austriacos en relación con la limitación de las pensiones abonadas a funcionarios públicos en el marco de un régimen que, por ser un régimen de carácter profesional, determinaba que se encontrasen en juego el artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE.

Cuestionado por el Verwaltungsgerichtshof, el Tribunal recuerda que el límite impuesto por su Sentencia de 17 de mayo de 1990 (Barber, C-262/88), y consagrado por el Protocolo 33 del TFUE, no tiene efecto sobre una medida que se aplica después (en el caso, a partir de 2018), aunque la carrera de pensión se refiera a los servicios completados antes del 17 de mayo de 1990.

En cuanto a la posible discriminación indirecta, la diferencia de trato es constatada por el tribunal nacional pues la restricción impugnada afecta cuatro veces más a hombres que a mujeres. El Tribunal de Justicia decide que el artículo 157 TFUE y el artículo 5.c) de la Directiva 2006/54/CE no se oponen a esta medida, siempre que persiga “de manera coherente y sistemática, los objetivos de garantizar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación y de reducir la brecha entre los niveles de las pensiones financiadas por el Estado, sin ir más allá de lo necesario para lograr estos objetivos”. Es curioso observar que, en su mayor parte, el fallo está de acuerdo con las conclusiones del Abogado General A. Rantos, que el Tribunal de Justicia ni siquiera cita.

1.2. Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2022, Parfait c. Francia, demanda 7717/18. Además de reyes (según la obra de Maurice Druon), Francia también tiene “funcionarios malditos”. Un litigio sobre jubilación anticipada relativo a un plan de pensiones

aplicable en la Nueva Caledonia acabó ante el Tribunal de Estrasburgo. La legislación local, inspirada en la de la Francia metropolitana, condiciona la jubilación anticipada a la interrupción del trabajo por cuidado de hijos mediante diversos permisos, incluido el de maternidad, lo que podría dar lugar a una discriminación contra los hombres.

El Tribunal Europeo se remite a su Sentencia *Andrle c. República Checa* (17 de febrero de 2011, demanda nº 6268/08), que, sin embargo, se refería a un régimen legal y no profesional (diferencia relevante según la jurisprudencia del TJUE, que el TEDH no cita), y se limita a indicar que el interesado nunca ha interrumpido sus servicios como exige la ley. El recurso es inadmisibile.

2. Igualdad en las condiciones de trabajo: acoso moral y sexual en el trabajo.

2.1. STEDH de 9 de noviembre de 2021, Špadijer c. Montenegro, demanda 31549/18. Una guardia jefa de equipo en la sección de mujeres de la prisión de Podgorica, en Montenegro, había denunciado una grave situación irregular por acceso a la prisión de guardias varones. Como resultado, esos colegas fueron sancionados y ella fue intimidada y agredida, lo que condujo a su jubilación anticipada. Reclamó una indemnización sin éxito ante los tribunales internos.

El Tribunal Europeo, al conocer de su demanda, concluyó que los tribunales nacionales habían analizado los hechos de manera inadecuada y que el Estado en cuestión había incumplido su obligación de proteger la intimidad (artículo 8 del CEDH). La demandante obtiene 4.500 euros por daños morales.

En su visión general del contexto internacional, el Tribunal cita el artículo 26(2) de la Carta Social Europea revisada, que garantiza el respeto de la dignidad en el trabajo, y el Convenio núm. 190 de la OIT, sobre la protección contra la violencia y el acoso en el trabajo, disposición e instrumento que Montenegro no ha ratificado. Curiosamente, aunque la sentencia utiliza el término denunciante que describe acertadamente la conducta de la demandante, no menciona ni la Resolución 1729 ni la Recomendación 1916, de 29 de abril de 2010, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ni la Recomendación de 30 de abril de 2014 del Comité de Ministros, sobre protección de denunciantes.

Aunque la demandante no invocó la dimensión de género, algunos de los insultos soportados eran de naturaleza sexista. En el Derecho de la Unión, tales elementos habrían respondido al concepto de acoso que el artículo 2.1.c) y 2.a) de la Directiva 2006/54/CE equipara a discriminación por razón de sexo.

2.2. STEDH de 30 de agosto de 2022, C. c. Rumanía, demanda 47358/20. El Tribunal de Estrasburgo se refirió ampliamente a la sentencia anterior en relación con un caso de acoso sexual. Ocupada por una empresa de limpieza que mantiene los edificios de una empresa ferroviaria pública, una trabajadora había sido perseguida con asiduidad por un jefe de estación. Sus quejas condujeron a su despido. Dado que el derecho rumano regulaba la cuestión solo en el ámbito del derecho penal, la denuncia de la víctima fue exa-

minada pero desestimada por la fiscalía, y el tribunal competente confirmó este análisis porque los hechos no se ajustaban a la definición muy restringida del delito.

En su demanda alegó una violación del artículo 6 del CEDH, pero el Tribunal examinó el caso en virtud del artículo 8. La constatación de deficiencias graves en la tramitación de la denuncia, que no tuvo en cuenta el informe de la autoridad y durante la cual la víctima fue a menudo maltratada, se considera una infracción del artículo 8 y la concesión de 7.500 euros por daños morales.

Visto desde la óptica del Derecho de la Unión, la exposición de los hechos de la Sentencia del Tribunal revela que el Consejo Nacional de Lucha contra la Discriminación, es decir, el organismo para la igualdad de trato en el sentido del artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE, no tiene competencias para actuar cuando la situación denunciada sea objeto de un proceso penal. Además, el asunto arroja dudas sobre la eficacia del recurso penal exclusivo en relación con el acoso sexual según lo define el artículo 2.1.d) de la Directiva. Una vez más, una disputa ante el Tribunal de Estrasburgo demuestra que un Estado miembro ha dado al Derecho de la UE una transposición altamente objetable.

2.3. Decisión del TEDH de 20 de enero de 2022, *Boutchich et Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. Francia, demanda 28070/15*. El Tribunal Europeo ha tachado de su lista de asuntos pendientes una demanda contra Francia tras un caso de acoso sexual. En virtud de la Ley de 17 de enero de 2002, Francia había optado por sancionar penalmente el acoso sexual, pero una Sentencia dictada el 4 de mayo de 2012 por el Consejo Constitucional de la República anuló el delito por falta de precisión, lo que fue rápidamente subsanado. En el caso, y debido a la anulación, la Fiscalía había abandonado el proceso iniciado a raíz de la denuncia de la víctima y la asociación que se había adherido al proceso no había podido hacer valer sus quejas ante el Tribunal de Casación. El Tribunal Europeo inadmite la demanda porque el Gobierno francés había reconocido la violación de los artículos 3, 8 y 13 del CEDH e indemnizado a la víctima con 7.500 euros por daños patrimoniales y costas más 4.000 euros por morales.

3. Igualdad en los regímenes legales de seguridad social

3.1. STJUE de 14 de octubre de 2021, *INSS – Pensión de viudedad de supérstite pareja de hecho, C-244/20, EU:C:2021:854*. La Ley General de la Seguridad Social prevé la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia cuando la muerte provoca la disolución tanto de un matrimonio como de una convivencia estable, que debe estar formalizada mediante su registro como pareja de hecho al menos dos años ante del fallecimiento. Una disposición preveía que esta exigencia solo se aplicaba a las comunidades autónomas con respecto a sus legislaciones propias; en este sentido el código civil catalán admite que la convivencia de hecho se puede probar por cualquier vía de derecho. No obstante, en 2014, el Tribunal Constitucional español ha anulado esta disposición por generar una discriminación por lugar de residencia.

Este trasfondo de carácter político y la consideración de que en España, como en otros lugares, son mayoritariamente mujeres quienes acaban solicitando una prestación de muerte y supervivencia, han provocado un litigio original.

Al cabo de veinte años de convivencia en la que habían nacido dos hijos, una pareja se había registrado solo unos meses antes del fallecimiento del varón. La superviviente se vio entonces obligada a demandar ante la denegación de la pensión por el INSS; y cuando el asunto llega ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este plantea ante el TJUE algunas cuestiones. De ellas, la primera y principal evidencia una doble laguna en el Derecho de la UE sobre igualdad de género. El artículo 3.2 de la Directiva 79/7/CEE excluye de su campo de aplicación las prestaciones de muerte y supervivencia. Y el artículo 23 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, consagrado a la igualdad de género, no parece contemplar la seguridad social legal, mientras que el artículo 21, que menciona el sexo entre una enumeración abierta de criterios, tiene un campo de aplicación indefinido. Así es que respecto del artículo 21, el TSJ de Cataluña invita al Tribunal de Justicia a confrontarlo con el artículo 3.2 de la Directiva para verificar si no sería acaso necesario declararlo inválido en la medida en que provoca respecto de las mujeres una discriminación indirecta contraria a lo establecido en los artículos 2 y 3 del TUE.

Así, el Juicio de la Sota de Corazones relatado en Alicia en el País de las Maravillas, se reabre ante el TJUE. Para este, la pensión de supervivencia no se incluye en ninguno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de la Directiva, y especialmente no está ligado al de «vejez». En consecuencia, incluso si el tribunal debiera concluir con la falta de validez del artículo 3.2, su respuesta no tendría ninguna utilidad para la solución del litigio en el derecho nacional; la cuestión es entonces inadmisibile. Para sostener su razonamiento, el Tribunal asume que, en materia de regímenes profesionales de Seguridad Social, el artículo 7.1.a) de la Directiva 2006/54/CE contempla los mismos riesgos protegidos que la Directiva 79/7/CEE, pero el b) extiende ese campo de aplicación en particular a las prestaciones de muerte y supervivencia. Haciendo esto, el Tribunal insiste en el carácter «maravilloso» de su decisión, puesto que, si el riesgo de vejez no incluye como riesgo protegido la muerte y supervivencia, ¿a qué «prestaciones de supervivientes» se aplica la exclusión inscrita en el artículo 3.2? Al pronunciar «sentencia en lugar de veredicto», el Tribunal añade que, como el objeto del litigio no se enmarca en el Derecho de la Unión Europea, no es competente para responder a las demás cuestiones.

3.2. STJUE del 24 de febrero de 2022, TGSS – Desempleo de las personas trabajadoras al servicio de hogar familiar, C-389/20, EU:C:2022:120. Otro aspecto de la legislación española parece más simple de presentar. El régimen jurídico particular referido a las personas trabajadoras en el hogar excluye la protección por desempleo, y la cobertura voluntaria opcional no es posible. Cuando una trabajadora doméstica solicita cotizar para poder disfrutar de la cobertura por desempleo, el organismo competente niega esa posibilidad y la trabajadora presenta una demanda ante el Juzgado do contencioso-administrativo de Vigo (Galicia). Y este se dirige al Tribunal de Luxemburgo.

Con apoyo en las conclusiones del Abogado General M. Szpunar, el Tribunal admite rotundamente la sospecha de discriminación indirecta contra las mujeres y menciona que existe una «desventaja particular», la formulación que se encuentra en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE cuando ese concepto no figura en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE sobre la que pivota el caso, puesto que se trata de un régimen legal de Seguridad Social. El Tribunal registra, sin ponerlas en duda, las estadísticas que establecen que el 95% de personas trabajadoras de servicio doméstico en el hogar son mujeres.

El Gobierno español presenta de modo inmediato justificaciones de la discriminación indirecta: la preocupación por mantener el empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social; hace también valer las especificidades del sector, donde los empleadores son personas particulares. El Tribunal acepta como legítimas estas consideraciones de política social, pero estima que el Gobierno no demuestra de qué modo la exclusión de la cobertura por desempleo contribuye a la consecución de los objetivos declarados, tanto más cuanto la aplicación de la medida parece incoherente, puesto que no alcanza a otros trabajadores que prestan servicios a particulares, como los jardineros. Finalmente, la medida inflige a las personas interesadas un perjuicio desproporcionado, que contribuye a la precariedad de su situación. En estas condiciones, el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se opone a la medida.

3.3. STJUE de 30 de junio de 2022, INSS – Compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente total, C-625/20, EU:C:2022:508. La legislación española, en este tercer asunto, de nuevo se revela prodiga en desigualdades de trato fundadas en el género, pero administrados/as, profesionales y los órganos judiciales, se muestran cada vez más hábiles para evidenciarlas.

Víctima de un accidente vascular cerebral, a una empleada administrativa le había sido reconocida una prestación de incapacidad permanente. Mas tarde, esta persona pudo retomar una actividad de asistente de guardería, que una fractura muy grave le impide seguir desempeñando. En función de sus años de cotización referidos a este periodo en el que había retomado la actividad profesional, podría haber pretendido obtener una segunda prestación, pero la aplicación de la legislación lo impidió: la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente solo está permitida si se trata de acumular una pensión del régimen general y una del régimen de trabajadores autónomos.

A partir de la reclamación de la interesada, un Juzgado de lo Social de Barcelona planteó al TJUE la eventualidad de una discriminación indirecta de las mujeres debido al hecho de que estas han de afrontar obstáculos ligados al reparto desigual de las cargas familiares, y encuentran más dificultades que los hombres para ejercer una actividad independiente. Estos, si se da el caso, se encuentran favorecidos por la regla de compatibilidad evocada más arriba.

Una vez más, el litigio provoca un debate ajustado y complejo en torno a las estadísticas (¿qué grupo hace falta comparar con que otro grupo?) pero, como recomienda la Abogada General L. Medina, el tribunal concluye con que hay una discriminación indirecta, contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

El Gobierno español había alegado como justificación la necesidad de mantener el equilibrio del Sistema de Seguridad Social, que se pondría en peligro con el reconocimiento de dos prestaciones por una misma situación protegida. El Tribunal de Luxemburgo estima legítima esta preocupación, pero la Comisión Europea hizo observar que la financiación de los dos regímenes (el general y el de personas trabajadoras autónomas) incumbe a un mismo presupuesto de la Seguridad Social. El Tribunal declara entonces que la regla de incompatibilidad es aplicada de manera incoherente, lo que compromete su pertinencia. Resulta preocupante que este análisis sugiere que, en el futuro, la discriminación puede ser eliminada mediante una igualación a la baja.

3.4. STJUE de 7 de julio de 2022, Pensionsversicherungsanstalt – Periodos de cuidado de hijos en el extranjero, C-576/20, EU:C:2022:525. Preguntado por el Oberster Gerichtshof austriaco, el Tribunal se separa de las conclusiones del abogado general N. Emiliou, y confirma que el principio de libre circulación de personas inscrito en el artículo 21 del TFUE implica que, atendiendo al artículo 44.2 del Reglamento (CE) 987/2009, los «periodos de cuidado de hijos» cumplidos en el extranjero deberían ser tenidos en cuenta para la concesión de una pensión de jubilación por el Estado miembro en el que la persona interesada ha trabajado antes y después de estos periodos.

La dimensión de género no aparecía invocada en este asunto, pero vienen a la memoria que solo se preocupan de mujeres este, y los precedentes a los que el tribunal se refiere (SSTJUE de 2 de noviembre de 2000, Elsen, C-135/99; de 7 de febrero de 2002, Kauer, C-28/00; y de 19 de julio de 2012, Reichel-Albert, C-522/10). Como la noción de «personas que han cuidado de hijos» figura también en el artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE tiene sentido señalar ahora el interés de un examen que aproxime los dos instrumentos legislativos.

4. Protección de la maternidad

4.1. STJUE de 2 de septiembre de 2021, INPS – Prestaciones por nacimiento y de maternidad para los titulares de permiso único, C-350/20, EU:C:2021:659. Un caso de política de inmigración merece ahora nuestra atención bajo este título. La legislación italiana concede una “prestación por natalidad” destinada a sufragar los gastos relacionados con cada nacimiento o adopción, y una “prestación por maternidad” que reemplaza los subsidios que se pueden causar si la interesada no tiene derecho a ella. En respuesta al Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia precisa que las disposiciones de la Directiva 2011/98/UE, relativas al permiso único y a los derechos de los trabajadores de terceros países, deben leerse de conformidad con el artículo 34 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y el artículo 3.1. b) y j) del Reglamento (CE) 833/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En consecuencia, el artículo 12.1.e) de la Directiva se opone a las normas nacionales que niegan las prestaciones en cuestión

a las personas extranjeras titulares del permiso único, mientras que se las conceden a los titulares del permiso de residencia para residentes de larga duración.

4.2. Sentencia del Tribunal EFTA de 29 de julio de 2022, A c. Arbeids- og velferdsdirektoratet, E-2/22. El Tribunal EFTA tuvo que responder a una pregunta preliminar bastante similar a la anterior STJUE. Después de trabajar en su país, una mujer sueca siguió a su esposo noruego a Oslo, donde reanudó sus estudios. La pareja se había divorciado mientras ella estaba embarazada, por lo que solicitó un “subsidio de transición”, destinado a un padre soltero que tiene hijos pequeños a cargo y no puede reclamar otro beneficio de Seguridad Social. La institución competente rechazó la solicitud, porque la interesada en cuestión no cumplía la condición de antigüedad de afiliación en el régimen, y la controversia que se suscitó se centró en la cuestión de la valoración de previos períodos de trabajo en Suecia.

Cuestionado por la Jurisdicción de seguridad social, el Tribunal EFTA confirma que la prestación controvertida es una “prestación familiar” en el sentido del artículo 3.1.j) del Reglamento (CE) 833/2004, aplicable por el Acuerdo EFTA.

4.3. Sentencia del Tribunal EFTA de 29 de julio de 2022, Anna Bryndís Einarsdóttir c. The Icelandic Treasury, E-5/21. En el mismo día que la anterior, el Tribunal EFTA respondió, esta vez al Tribunal de Distrito de Reykjavik, respecto de la base reguladora que sirve para calcular el subsidio de maternidad / paternidad. Una islandesa había trabajado en Dinamarca antes de regresar a su país, donde había ejercido su profesión. Según la legislación nacional, el subsidio se establece en relación con la remuneración obtenida en el país, pero en este caso el resultado fue menos favorable que si se tuviera en cuenta el período de trabajo en Dinamarca. El Tribunal EFTA determina que el artículo 6 del Reglamento (CE) 833/2004 no se ocupa del cálculo de las prestaciones y que, con respecto a las prestaciones dinerarias, las normas islandesas son coherentes con el artículo 21.2; no obstante, afirma que estas disposiciones deben aplicarse de conformidad con el artículo 29 del Acuerdo EFTA, que, en el ámbito de la Seguridad Social, impone la totalización de los períodos de empleo en caso de migración. Por tanto, la prestación se calculará como si el interesado hubiera trabajado en Islandia dentro del mismo período.

5. Discriminación fuera del ámbito de aplicación

STEDH de 5 de julio de 2022, Dimici c. Turquía, demanda 70133/16. Mencionamos aquí una sentencia del TEDH porque reafirma enérgicamente la obligación de los Estados de dar prioridad, cuando corresponda, a los derechos afirmados por el CEDH sobre la libertad individual, especialmente si esta se ha ejercido en un contexto jurídico que ha evolucionado. En 1536 una persona había establecido una fundación para acciones caritativas y el ingreso excedente iría a sus descendientes varones. En el Siglo XXI, una descendiente en línea directa y, después de su muerte, sus propios herederos se vieron

privados de esta ventaja. El Tribunal consideró que se había violado el artículo 1 del Primer Protocolo, solo o conjuntamente con el artículo 14 del CEDH. Dado que el Derecho turco preveía tal control, el TEDH consideró que la reanudación del procedimiento ofrecía la reparación del perjuicio causado.

ii. Otras discriminaciones

1. Discriminación por motivos de raza u origen étnico

1.1. Decisión del TEDH de 8 de febrero de 2022, Mihalache c. Rumanía, demanda 19976/15. Tras la muerte de un niño atropellado por un coche, el responsable del accidente indemnizó a la madre, pero no al padre, porque, aunque padre y madre habían vivido juntos durante veinte años, a aquel nunca se le había reconocido la paternidad y la legislación rumana no permite el reconocimiento después de la muerte del niño. Ante el Tribunal Europeo, el demandante alegó una violación del artículo 6 de la CEDH y argumentó que en la comunidad gitana no era costumbre realizar dicha formalidad. El Tribunal considera que las disposiciones legales en cuestión persiguen un objetivo legítimo y que el demandante no ha demostrado que afectaran a los gitanos más que al resto de los ciudadanos. La pretensión, por tanto, fue inadmitida.

1.2. Decisión del TEDH de 22 de febrero de 2022, Uçkun e.a. c. Turquía, demanda 45942/11. En 2010, en una localidad de Turquía, una comunidad gitana sufrió violencia física. Los tribunales habían impuesto indemnizaciones y el realojo de las personas afectadas, pero el alcalde y el comisario de policía habían sido absueltos tras el proceso incoado contra ellos. Por esta razón, el TEDH conoció de una demanda que invocaba varias disposiciones del CEDH, en relación con el artículo 14. El Tribunal consideró que los demandantes habían perdido la condición de víctimas y concluyó inadmitiendo la demanda.

1.3. Decisión del TEDH de 8 de marzo de 2022, Faulkner and McDonagh c. Irlanda, demandas 30391/18 y 30416/18. Teniendo en cuenta las gestiones realizadas por las autoridades, el Tribunal inadmitió los recursos relativos al desalojo de familias que vivían ilegalmente en terrenos municipales. El caso tenía la particularidad de que se trataba de Travellers, una minoría autóctona no sedentaria propia de Irlanda (que tiene un equivalente en Escocia). Desde este ángulo, se podría haber suscitado un interesante debate si la Directiva 2000/43/CE (artículo 3.1.h) se hubiera invocada ante los tribunales nacionales.

1.4. Sentencia del TEDH de 19 de mayo de 2022, L.F. c. Hungría, demanda 621/14. En este caso, el alcalde de una localidad de Hungría ordenó una inspección contra una familia gitana, realizada sin base legal, y la denuncia de las víctimas fue desesti-

mada. El Tribunal Europeo apreció una vulneración del artículo 8 de la CEDH, pero como el cabeza de familia no había utilizado en el procedimiento nacional los recursos de la legislación antidiscriminatoria contra los gitanos, la vulneración relacionada con el artículo 14 del CEDH fue desestimada. Los herederos del solicitante (que falleció durante el procedimiento) recibieron 4.000 € en concepto de daños morales.

1.5. Sentencia del TEDH de 31 de mayo de 2022, X. a.o. c. Albania, demandas 73548/17 y 45521/19. El Tribunal de Estrasburgo ha vuelto a recibir peticiones de padres sobre la base del artículo 1 del Protocolo Adicional 12 del CEDH. Un municipio de Albania había concentrado en una misma escuela a los niños, por un lado, gitanos y, por otro, de origen egipcio. El Comisionado para la Protección contra la Discriminación obligó entonces a las autoridades en cuestión a abandonar esta política, al considerarla perjudicial para el desarrollo de los niños. Refiriéndose a precedentes similares (Sentencias de 13 de noviembre de 2007, D.H. e.a. c. República Checa, demanda 57325/00, y de 16 de marzo de 2010, Oršuš e.a. c. Croacia, demanda 15766/03), el Tribunal Europeo concluye que ha habido una vulneración; a cada familia solicitante se le reconoce el derecho a 4.500 € de indemnización por daños morales.

Si el Estado hubiera sido parte de la Unión, el caso se habría vinculado con la Directiva 2000/43/CE, cuyo ámbito incluye la educación (artículo 3.1.g).

2. Discriminación por razón de edad

2.1. Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022, HK c. Danmark et HK c. Privat, C-587/20, EU:C:2022:419. En Dinamarca, una trabajadora ha pasado la mayor parte de su carrera en una sección de la federación sindical “HK”, que afilia a trabajadores de comercio y de oficina. Ejerció como presidenta durante cinco mandatos de 4 años, pero se le impidió postularse para un sexto porque superó los 60 años, que, según los estatutos de la organización, constituyen el límite de edad para ser elegida. En su denuncia, la Comisión de Igualdad de Trato apreció una discriminación basada en la edad y ordenó al sindicato que indemnizara a la trabajadora. Dado que su decisión no fue ejecutada, esta Comisión emprendió acciones legales y el Østre Landsret solicitó al TJUE que aclarara si la función controvertida se enmarca en el artículo 3.1.a) de la Directiva 2000/78/CE, que se refiere a las condiciones de acceso al empleo.

Como sugiere el Abogado General J. Richard de la Tour, el Tribunal recuerda que la Directiva se deriva del artículo 19.1 del TFUE y está destinada a servir un interés social de carácter general al cual no puede ser un obstáculo la libertad de asociación, incluyendo la libertad sindical. Al argumento de que la función presidencial se atribuye por elección y tiene carácter político, el Tribunal responde que el tipo de participación o vínculo con la organización es irrelevante con respecto a la Directiva y, además, que el Reglamento (UE) 492/2011 relativo a la libre circulación de trabajadores también contempla el derecho a solicitar puestos directivos en una organización sindical.

El Tribunal concluye que es de aplicación el artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/CE, refiriéndose no solo al punto a), sino también al punto d), que se refiere a “la afiliación y la participación en una organización de trabajadores”.

2.2. Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, Commission c. VW e.a., C-116/21 P a C-118/21 P, C-138/21 P y C-139/21 P, EU:C:2022:557. Esta Sentencia del Tribunal de Justicia confirma la percepción de que las pensiones debidas a los supérstites de los funcionarios constituyen una grave amenaza para las finanzas de la Unión, de las que el Tribunal se ha erigido en guardián. En este caso, se abordaban los recursos interpuestos por la Comisión y el Consejo contra sentencias dictadas por el Tribunal General en tres asuntos.

El origen de las controversias se encuentra en los artículos 17 y 20 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios, según los cuales, si el matrimonio hubiera sido anterior al acceso del funcionario a la jubilación, la unión debe haber durado al menos 1 año para lucrar el derecho a pensión de supervivencia; y si se contrae después del acceso a la jubilación, la unión debe haber durado 5 años. En dos de los casos, el de cuius y su supérstite habían estado casados, divorciados y luego reconciliados; en el tercero, los interesados habían convivido de hecho durante mucho tiempo antes de divorciarse cada uno por su parte y casarse. En cualquier caso, el período de 5 años no se cumplió.

El Tribunal General había decidido que la diferencia de trato resultante de las dos duraciones requeridas y determinadas por el momento de celebración del matrimonio, tenía efectos desproporcionados y no podía justificarse con arreglo al artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (principio de igualdad ante la ley) ni al artículo 21 (prohibición de discriminación por motivos de edad). Por ello, el Tribunal aplicó la excepción de ilegalidad a las disposiciones controvertidas del Estatuto de los Funcionarios y anuló las decisiones que denegaban las pensiones de viudedad/de supervivencia.

Impasible, el TJUE se remite a su Sentencia de 19 de diciembre de 2019 (HK c. Commission, C-460/18 P) en la que establece que el legislador de la Unión ejerce una potestad discrecional en la elaboración de dichas disposiciones, y que los tribunales no pueden realizar valoración alguna salvo que exista una “diferenciación arbitraria o manifiestamente inadecuada” (Sentencia de 25 de marzo de 2021, Álvarez y Bejarano e.a. c. Comisión, C-517/19 P y C-518/19 P). Según el Tribunal, por lo tanto, es importante casarse a tiempo y permanecer en ese estado. Enrique VIII de Inglaterra se estremece en su tumba.

2.3. Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 2021, Šaltinyté c. Lituania, demanda 32934/19. Hace tres años, el TEDH se pronunció (Sentencia de 24 de octubre de 2019, J.D. e.a. c. Reino Unido, demandas 32949/17 y 34614/17) sobre un doble asunto en relación a prestaciones de Seguridad Social destinadas a facilitar el acceso a la vivienda, en el que una de las demandantes alegaba discriminación indirecta por razón de sexo ya que las mujeres constituyen la gran mayoría de las familias monoparentales, que se enfrentan en especial a dificultades en este ámbito. Es sorprendente que esta dimensión no se haya planteado en un caso lituano con un objeto bastante similar. Se trata aquí de un subsidio para la compra de una vivienda otorgado a las “familias jóvenes de bajos recursos”. Am-

bos progenitores, o el progenitor soltero, no debían tener más de 35 años, por lo que se denegó el beneficio a una madre soltera de 37 años. El Tribunal Administrativo Regional y el Tribunal Supremo Administrativo desestimaron su recurso, sin considerar necesario consultar al Tribunal Constitucional, en vista de su previa jurisprudencia.

Sobre la solicitud de la demandante, el TEDH señala que los Estados miembros del Consejo de Europa tienen diferentes políticas de vivienda, dependiendo en particular de sus respectivas situaciones demográficas y sus posibilidades presupuestarias, y que, en este caso, la justificación proporcionada por el gobierno respecto al límite de los 35 años parece aceptable. El Tribunal sostuvo por unanimidad que no se había vulnerado el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 1 del Primer Protocolo; por lo que respecta a la negativa de recurrir al Tribunal Constitucional, considera que fue debidamente fundamentado vis-à-vis el artículo 6 de la Convención.

Visto desde el Derecho de la Unión Europea, la “ayuda a la vivienda” solo encuentra expresión en materia de discriminación basada en la raza o el origen étnico (Directiva 2000/43/CE) y por razón de género (Directiva 2004/113/CE). La Directiva 2000/78/CE no se aplica a una prestación legal como la de Lituania, y además en lo que se refiere a una diferencia de trato basada en la edad, las facultades de excepción que ofrece su artículo 6 indudablemente habrían dado lugar ... al mismo debate que ante el Tribunal de Estrasburgo.

3. Discriminación por motivos de discapacidad

3.1. STJUE de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862. Una peculiaridad de la legislación búlgara es que la participación en un juicio como miembro del jurado tiene la consideración de actividad asalariada; las condiciones de acceso solo incluyen, en cuanto a la aptitud física, la ausencia de cualquier enfermedad mental. Una mujer invidente que cumplía con todas estas condiciones había sido admitida en el puesto “tras un procedimiento iniciado por el consejo municipal” de Sofía. Asignada a una sala de lo penal del tribunal de distrito, no fue citada a ninguna vista durante más de un año. Planteó una queja ante el presidente del tribunal denunciando trato discriminatorio por parte del juez de sala y solicitó ser reasignada, pero no obtuvo respuesta. A raíz de su denuncia, la Comisión para la Defensa contra la Discriminación impuso multas a los dos magistrados; el Tribunal Administrativo confirmó esa decisión. Tras el recurso de los dos demandantes, el Tribunal Supremo Administrativo consultó al TJUE.

La Comisión se adhiere a las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe y se remite a su jurisprudencia reciente (Sentencia de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795-19) para considerar que, en materia de discapacidad, el recurso a la excepción de los requisitos del puesto (artículo 4.1. de la Directiva 2000/78/CE) no es admisible si las autoridades en cuestión ni siquiera han considerado la posibilidad de ajustes razonables, tal como prescribe el artículo 5. Así pues, el Tribunal concluye que los artículos 2.2.a) y 4.1 de la Directiva, leídos a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de los derechos de las personas

con discapacidad de Naciones Unidas, se oponen a la exclusión de una persona ciega de la condición de miembro de un jurado.

Nos deberíamos cuestionar, en consecuencia, la coherencia de un sistema legal en el que las autoridades públicas admiten a una persona candidata para tal función, pero los magistrados pueden luego impedirle desempeñarla.

3.2. Sentencia del TGUE de 27 de octubre de 2021, WM c. Comisión, T-411/18, EU:C:2021:742, y 30 de marzo de 2022, PO c. Comisión, T-36/21, UE:C:2022:192. A título informativo, destacamos dos sentencias del Tribunal General de la Unión Europea que desestiman recursos contra decisiones de contratación fallidas, ya que la Comisión Europea parece tener una práctica ejemplar de ajustes razonables para candidatos con discapacidad.

3.3. STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85. El sistema ferroviario belga está organizado, desde 1991, en tres empresas públicas autónomas: la SNCB, encargada de la explotación; Infrabel, de la infraestructura; y HR Rail, que actúa como empleador de todo el personal puesto a disposición de las otras dos. Un trabajador fue contratado y admitido en prácticas (con vistas a su nombramiento estatutario) en Infrabel como agente de mantenimiento de las vías. Una afección cardíaca le obligó a llevar un marcapasos, lo que conllevó su reconocimiento como persona con discapacidad. Sin embargo, este dispositivo es sensible a los campos electromagnéticos que emiten las vías férreas, por lo que el servicio médico interno declaró al afectado incapacitado permanente para la función para la que había sido contratado debido a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo. Dado que el reglamento de personal solo permite el traslado a otra función para el personal con nombramiento permanente, HR Rail decidió despedir al interesado, quien interpuso recurso de anulación ante el Consejo de Estado. Este último consideró preguntar al TJUE acerca de la Directiva 2000/78/CE.

El TJUE comparte las conclusiones del Abogado General A. Rantos y aclara que el interesado sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. A continuación, recuerda que es cierto que el puesto de trabajo debe ser el objeto principal de los ajustes razonables a que se refiere su artículo 5, pero que, en su defecto, se muestra favorable a una definición amplia del concepto. Por lo tanto, el cambio a otra función puede ser una medida adecuada, siempre que la persona tenga las aptitudes necesarias y el empresario no tenga que soportar cargas excesivas, es decir, debe existir un puesto de trabajo adecuado.

3.4. Decisión del TEDH de 30 de septiembre de 2021, Laniado c. Francia, demanda 27789/17. Al igual que en el ámbito del acceso a la vivienda (supra, sentencia Šaltinyté c. Lituania), el carácter incompleto de la Directiva 2000/78/CE, cuyo ámbito de aplicación material no incluye regímenes legales de seguridad social, obligó a una solicitante a recurrir al TEDH. Este último, además, le explicó modestamente que no era competente para aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículos 21 y 26, en este caso).

La legislación francesa prevé que el beneficiario de una pensión de invalidez puede seguir percibiéndola si, al alcanzar la edad legal, solicita la suspensión de su pensión de jubilación, por ejercer una actividad asalariada. Sin embargo, la concesión de otra prestación de seguridad social impide el abono de la pensión de invalidez. Esto es lo que le pasó a una trabajadora, despedida por motivos económicos y a la que se le reconoció la prestación por desempleo. Al impugnar la decisión de retirar la prestación adoptada por la Caja Regional del Seguro de Salud, la pretensión de la interesada fue desestimada en todas las fases del procedimiento judicial y acudió al TEDH, ante el cual invocó una violación del artículo 14 de la CEDH en relación con artículo 1 del Protocolo 1.

El Tribunal de Estrasburgo no aprecia ninguna “diferencia de trato que carezca manifiestamente de fundamento razonable y se base en un motivo discriminatorio”. La solicitud es, en consecuencia, inadmisibile.

3.5. STEDH de 25 de enero de 2022, Negovanović a.o. c. Serbia, demanda 29907/16. El ajedrez no está reconocido como disciplina olímpica o paralímpica, pero es objeto de competiciones internacionales. En Serbia entra en el ámbito de un decreto que recompensa el rendimiento deportivo bajo la triple forma de diploma, pensión vitalicia y pago único. Cuatro jóvenes ciegos, medallistas en encuentros internacionales, denunciaron no haber obtenido estos galardones, agotando un procedimiento que llegó hasta el Tribunal Constitucional.

Sobre la base del artículo 1 del Protocolo 12, el TEDH consideró que el decreto no distingue entre atletas sin discapacidad y con discapacidad y declaró que se había producido una violación por 5 votos contra 2. A cada demandante se le concedieron 4.500 euros por daños morales. Los jueces disidentes, J.F. Kjølbrot (presidente) y P. Koskelo critican a sus colegas por no haber examinado suficientemente el argumento del gobierno, según el cual el presupuesto disponible impone una selección basada en el mejor rendimiento, aunque en categorías distintas (aquí, videntes y ciegos), lo que excluye la discriminación.

3.6. Decisión del TEDH de 31 de mayo de 2022, Arnar Helgi Lárusson c. Islandia, demanda 23077/19. Un parapléjico islandés había denunciado sin éxito ante los tribunales la falta de instalaciones que permitieran el acceso en silla de ruedas a un centro cultural y otro juvenil (donde le hubiera gustado acompañar a sus hijos) en una localidad cercana a la capital. Ante el Tribunal Europeo, alegó una violación de los artículos 14 y 8 combinados de la CEDH.

El Tribunal se remitió a sus oportunos precedentes y se mostró satisfecho con las decisiones judiciales que fallaron a favor del ayuntamiento, el cual alegó verse obligado a priorizar dado el presupuesto disponible; declaró infundada la denuncia. El juez disidente A. Zünd consideró que el argumento era débil porque uno de los locales en cuestión había sido objeto recientemente de una importante renovación que podría haber incluido las reformas que faltaban.

De nuevo en este caso, cabe señalar que la Directiva 2000/78/CE (implementada a través del Acuerdo EEE) no habría sido de ninguna ayuda, ya que su ámbito de aplicación solo abarca las cuestiones relativas con el empleo.

4. Discriminación basada en las creencias

4.1. STJUE de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3. En las escuelas públicas de Italia, los profesores que imparten cursos (optativos) de religión católica son contratados mediante contratos de trabajo de duración determinada. 18 de los profesores afectados interpusieron un recurso contra el ministerio competente ante el Tribunale de Nápoles, que, a su vez, se dirigió al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia señala que la diferencia de trato impugnada no se basa en las creencias religiosas, sino en la relación laboral, por lo que el asunto no debe analizarse a la luz de la Directiva 2000/78/CE, sino únicamente de la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/70/CE. Esta disposición, que es objeto de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por todas, la Sentencia de 20 de junio de 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18), tiene por objeto evitar los abusos de la práctica controvertida al prever la transformación de la relación laboral en un contrato de duración indefinida, salvo que la sucesión responda a necesidades objetivas. Estas pueden, en su caso, justificar una diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores que se encuentren en la misma situación prevista.

Siguiendo las conclusiones del Abogado General E. Tanchev, el Tribunal de Justicia afirma que la cláusula 5 se opone a una legislación nacional que excluye a las personas afectadas de la regla general que prohíbe la sucesión de contratos de duración indefinida, adoptada en la transposición de un Acuerdo marco, aunque no exista ninguna otra medida que garantice la aplicación efectiva de esta norma. Por otra parte, el hecho de que el acceso al puesto de que se trate dependa de un título conferido por una autoridad eclesiástica no constituye una razón objetiva de exclusión, ya que dicho título se expide una sola vez y no para cada renovación del contrato de trabajo.

4.2. Decisión del TEDH de 19 de mayo de 2022, Paturel c. Francia, demanda 22154/18. En Francia, una asistente familiar a cargo del cuidado de los niños fue despedida en varias ocasiones por la autoridad competente, de conformidad con la legislación específica, cada vez que no tenía niños que cuidar durante varios meses. Testigo de Jehová, alegó que estas decisiones desfavorables se basaban en sus creencias religiosas. Así, por un lado, interpuso un recurso administrativo por motivación irregular y, por otro, una denuncia penal por discriminación y acoso. Ambos procedimientos fracasaron.

Ante el TEDH, invocó tanto una violación del artículo 14 de la CEDH combinada con los artículos 8 y 9, como otra del artículo 6. El Tribunal se remite a su jurisprudencia (en particular, STEDH de 2 de febrero de 2016, Sodan c. Turquía, demanda 18650/05) y considera que, en ambos procesos, los órganos jurisdiccionales nacionales con cierto concluyeron que no se cuestionaron las creencias de la demandante. La solicitud resulta inadmisibles.

Se desconoce si, antes de que el asunto acabara en el “Derecho de Estrasburgo”, se había debatido conforme al “Derecho de Luxemburgo” (Directiva 2000/78/CE) en los procedimientos nacionales franceses.

4.3. Decisión del TEDH de 24 de mayo de 2022, L.F. c. Reino Unido, demanda 19839/21. A diferencia de un caso algo similar (STEDH del 24 de octubre de 2019, J.D. y otros contra el Reino Unido, demandas 32949/17 y 34614/17), la dimensión de género no se planteó en esta demanda presentada ante el TEDH. En el distrito londinense de Hackney, una mujer y sus cuatro hijos, dos de los cuales presentan síntomas de autismo, tuvieron que abandonar una vivienda social que el departamento competente había considerado inadecuada para la seguridad de los niños. Un tribunal había ordenado a la autoridad local que les proporcionara un alojamiento adecuado, lo que no parecía posible. Sin embargo, la solicitante había tenido conocimiento de la disponibilidad de casas que eran propiedad de una fundación aprobada por el ayuntamiento. El objeto social de esta organización es proporcionar vivienda a los miembros de la comunidad judía ortodoxa, que es numerosa en el municipio. Cuando la fundación rechazó la solicitud de la interesada, se planteó un procedimiento por discriminación por razón de las creencias religiosas que llegó hasta el Tribunal Supremo, quien confirmó la valoración de los tribunales inferiores, según la cual la diferencia de trato tenía una justificación legítima y proporcionada. Esto se debía a la precaria situación de la comunidad jasídica, que a su vez era discriminada en el empleo y la vivienda, debido al ambiente de intolerancia antisemita. Planteada demanda ante el TEDH alegando la violación de los artículos 14 y 8 combinados del CEDH, el TEDH considera convincente el razonamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales y declara inadmisibles las demandas. Una vez más, la legislación de la UE no habría aportado nada en este caso, ya que la Directiva 2000/78/CE no cubre bienes y servicios como el acceso a la vivienda.

4.4. Decisión del TEDH de 9 de noviembre de 2021, De Wilde c. Países Bajos, demanda 9476/19. Los Países Bajos están demostrando ser una tierra donde florecen las “convicciones” más asombrosas. Hace un tiempo, el TEDH declaró inadmisibles las demandas de una organización brasileña que se quejaba de la confiscación de bidones de un líquido supuestamente esencial para su culto, pero que contenía una sustancia psicotrópica prohibida (Sentencia de 6 de mayo de 2014, Fränklin-Beetjes y CEFLU-Luz da Floresta c. Holanda, demanda 28167/07). En el caso ahora analizado, una seguidora del movimiento pastafari solicitó al mismo Tribunal que declarara una violación de los artículos 14 y 9 combinados del CEDH, porque las autoridades y los tribunales holandeses se negaron a expedirle un documento de identidad y un permiso de conducir, en cuyas fotos aparecía supuestamente con un colador de espaguetis. El Tribunal declaró inadmisibles las demandas al considerar que no había creencias religiosas en cuestión. Este análisis es correcto, ya que la secta del Monstruo del Espagueti Volador es un engaño destinado a ridiculizar el creacionismo con éxito incluso fuera de los EEUU, donde tuvo su origen.

5. Discriminación por razón de orientación sexual

5.1. Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, Stolichna obshtina, rayon Pancharevo, C-490/20, EU:C:2021:1008. Casadas en Gibraltar, una búlgara y una británi-

ca se instalan en España, donde nace su hija; el acta de nacimiento las designa como “madre A” y “madre”. La primera solicita una tarjeta de identidad búlgara para la niña, cuya emisión requiere la presentación de un certificado de nacimiento, según un modelo que se refiere a una “madre” y un “padre”. La “madre A” se negó a someterse a esta formalidad y se dirigió al Tribunal administrativo de Sofía, que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE.

El Tribunal está de acuerdo con las conclusiones de la Abogada General J. Kokott y especifica que, interpretado a la luz de los artículos 20 y 21 del TFUE y los artículos 7 (vida familiar), 24 (protección de la infancia) y 45 (libre circulación) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, la Directiva 2004/38/CE obliga al Estado a expedir la tarjeta de identidad a su nacional cuya filiación se establezca mediante el certificado de nacimiento extranjero, y a abstenerse de obstaculizar su derecho a la libre circulación, que es el objetivo de la Directiva. Estas obligaciones no implican en modo alguno que el Estado en cuestión deba reconocer el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo si considera que su identidad nacional se vería comprometida.

5.2. Decisión del TEDH de 16 de noviembre de 2021, S.-H. c. Polonia, demandas 56846/15 y 58469/15. El TEDH ha conocido una demanda suscitada por la denegación por parte de la administración, y luego por los tribunales polacos, de una solicitud de reconocimiento de nacionalidad presentada a nombre de dos gemelos menores. Sus padres son una pareja homosexual masculina formada por dos ciudadanos israelíes, uno de los cuales también tiene nacionalidad polaca. Los niños son fruto de una gestación subrogada realizada en Estados Unidos, donde la justicia de California designó a la pareja como padres. La denegación se debe al hecho de que Polonia no reconoce la gestación subrogada ni la crianza por parejas del mismo sexo.

Sosteniendo que los niños residen en Israel, donde su situación familiar no está en disputa, y ya tienen doble nacionalidad israelí y estadounidense, el Tribunal concluye que ni el artículo 8 ni el artículo 14 (orientación sexual) del CEDH resultan aplicables en el presente caso, porque los interesados no pueden invocar la condición de víctimas; la pretensión, por tanto, se desestima.

Cabe preguntarse si el caso habría conducido a otro resultado a la luz del Derecho de la Unión Europea, que el TEDH citó para contextualizar el asunto (artículo 21.1 del TFUE, Directiva 2004/38/CE y STJUE de 5 de junio de 2018, Coman e.a., C-673/16). Probablemente no, ya que el progenitor que tiene la nacionalidad polaca no reside en el Estado miembro en cuestión.

5.3. STEDH de 7 de abril de 2022, Callamand c. Francia, demanda 2338/20. El TEDH ha apreciado nuevamente una vulneración del artículo 8 de la CEDH, porque los tribunales franceses no habían justificado adecuadamente su negativa a permitir que una mujer mantuviera relaciones personales con el hijo de su ex cónyuge, nacido por reproducción asistida, después de su divorcio. Sin embargo, el Tribunal consideró que la denuncia relativa a la discriminación por orientación sexual había sido planteada tardíamente en el litigio nacional, lo que, ante el Tribunal, hizo inadmisibles la invocación del artículo 14 del CEDH.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. y SIERRA HERNÁIZ, E. (Directoras). *La transición justa desde la perspectiva de género*. Ed. Aranzadi.

doi: 10.20318/femeris.2023.7791

La obra *La transición justa desde la perspectiva de género* que aquí se reseña ha sido recientemente publicada en la Editorial Aranzadi y promete ofrecer a los profesionales del Derecho del Trabajo, académicos e investigadores, un valor añadido a los estudios sobre esta concreta materia, la transición justa o ecológica, tal y como es la perspectiva de género. El trabajo se organiza en torno a ocho capítulos y el tema objeto de investigación constituye una preocupación recurrente tanto de las organizaciones internacionales, entre ellas la ONU, como de los propios ciudadanos pues el cambio climático, la contaminación, la reducción de la biodiversidad y la afectación a la seguridad alimentaria, entre otros aspectos de enorme calado, han puesto de relieve la necesidad de transformar ciertos sectores económicos. Prueba de ello es que en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se hayan incorporado diversos objetivos (ODS). En este sentido, destacan el número 7, relativo a la *Energía sostenible y no contaminante*, el 12, sobre la *Producción y consumo responsables*, el 13, referente a la *Acción por el clima*, el 8, sobre el *Trabajo decente y crecimiento económico* o, por último, el 9, que versa sobre la *Industria, innovación e infraestructura*.

De lo anterior, así como de los orígenes y del contexto de la transición justa nos habla la Profesora Quintero Lima en el primer capítulo, que lleva por título *Una introducción: la transición justa en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible*, en el que, además, realiza un análisis minucioso sobre los citados ODS.

De los orígenes y del contexto de la transición justa, además de lo anterior, nos habla la Profesora Quintero Lima en el primer capítulo, que lleva por título *Una introducción: la transición justa en el contexto de los objetivos de desarrollo sostenible*, en el que, además, realiza un análisis minucioso sobre los citados ODS.

El capítulo II, a su vez, nos sitúa en *El marco genérico de la transición justa, ¿hacia dónde caminamos en el ámbito del empleo?* de la mano de la Profesora Blázquez Agudo. La autora es consciente de que con la descarbonización de las industrias muchos empleos desaparecerán, aunque en contraposición se

crearán otros y los que persistan se adaptarán a las nuevas necesidades. Para que esto se lleve a cabo se ha de poner un mayor énfasis en la formación de las personas trabajadoras, en concreto, en la recualificación para que aquellas que pierdan su trabajo puedan emplearse en otros puestos que cuenten con condiciones de trabajo decentes y sostenibles. De ahí que, la Estrategia Nacional de Transición Ecológica refleje una previsión de creación de puestos de trabajo en el sector de la industria manufacturera y en el de la construcción.

Por su parte, la Profesora Sierra Hernáiz arranca el capítulo III, que versa sobre *La transición justa como elemento de lucha contra la discriminación de sexo en el marco de las relaciones sociolaborales*, con la siguiente frase: “la transición (justa) conlleva un cambio en el modelo de gestión de los recursos materiales y el abandono de un modelo de producción con un alto impacto ambiental por un modelo basado en una economía verde, lo que implica cambios al nivel económico, productivo, social y financiero”. La autora recalca la importancia de incorporar la perspectiva de género en los procesos de transición justa, de forma que se elimine cualquier posibilidad de desigualdad por razón de sexo. De esta forma, y siguiendo el hilo argumental trazado en el segundo capítulo en relación con la creación de nuevos empleos, se sostiene que, una de las medidas que se deberán llevar a cabo para superar los estereotipos de género, sería la de formar a las mujeres en aquellas ramas de actividad altamente masculinizadas y que tienen la consideración de empleos verdes.

El capítulo IV de la Profesora Rizzo Lorenzo se titula *Trabajo a distancia y conciliación: virtudes y vicisitudes para una transición justa*. En el mismo la autora analiza el fenómeno del trabajo a distancia que, pese a contar con una norma que lo regula, continúa enfrentándose a retos no resueltos como el establecimiento de medidas para aunar la conciliación y la sostenibilidad, puesto que el porcentaje de mujeres que teletrabajan es ligeramente superior al de los hombres, además de que siguen llevando éstas la mayor parte de las cargas familiares, situación que puede derivar en estrés y ansiedad. Asimismo, en este capítulo se aborda la problemática en torno a la jornada semanal de cuatro días, por cuanto que podría tratarse de una buena medida para hacer efectiva la corresponsabilidad entre ambos sexos, pese a que

comporte una reducción proporcional de la retribución de la persona trabajadora. Y se preocupa por analizar el fenómeno del trabajo a distancia que, pese a contar con una norma que lo regula, continúa enfrentando retos no resueltos como el establecimiento de medidas para aunar la conciliación y la sostenibilidad, puesto que el porcentaje de mujeres que teletrabajan es ligeramente superior al de los hombres, además de que siguen llevando la mayor parte de las cargas familiares, situación que puede derivar para aquellas en estrés y ansiedad. Asimismo, la autora aborda la problemática en torno a la jornada semanal de cuatro días, la cual considera que sí se acomoda al objetivo de la corresponsabilidad, en mayor medida que el teletrabajo, pese a que dicha medida pueda comportar una reducción proporcional de la retribución de la persona trabajadora.

Continúa la obra con el capítulo V, *Transición justa en la economía de los cuidados*, materia ésta de suma actualidad. El trabajo ha sido elaborado por la Profesora Poyatos Chacón, del que destacamos el estudio realizado sobre la figura de la persona cuidadora. La Ley de Dependencia dotó por primera vez de relevancia a las personas que se dedican a cuidar de otra que tuviese la condición de dependiente, definiéndolos como cuidadores no profesionales. En la actualidad, se encuentra sobre la mesa la propuesta, incluida en el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica de la Economía Social y de los Cuidados, de profesionalizar la actividad del sector de los cuidados sanitarios y de la dependencia, a través de la formación y el establecimiento de los correspondientes certificados de profesionalidad.

En cuanto al capítulo VI, sobre la *Limitación de la jornada laboral desde la perspectiva de la transición justa*, a cargo de la Profesora Charro Baena, cabe mencionar la reflexión llevada a cabo acerca del reflejo que tiene el tiempo de trabajo en la vida de las personas trabajadoras. Esta cuestión se organiza en torno a diferentes ejes. El primero, está relacionado con la perspectiva de la seguridad y la salud, resaltando con ello el incumplimiento generalizado llevado a cabo por parte de los trabajadores de los límites de la jornada de trabajo establecida legal y convencionalmente, lo cual puede llegar a resultar a una práctica negativa para la propia salud del trabajador. El segundo, está constituido por la desconexión digital, que trata de frenar la hiperconexión voluntaria o

impuesta y que, según la Profesora, debería ser un derecho fundamental en “los nuevos modelos de trabajo en la era digital”.

Por su parte, la Profesora Arruga Segura se ocupa del capítulo VII, relativo al *Papel de las TIC en la transición justa. Una aproximación a las competencias digitales*, en el cual, tras una contextualización de la digitalización en el proceso de la descarbonización, profundiza en la brecha digital desde la perspectiva de género. Este análisis resulta del todo necesario, teniendo en cuenta que la participación de la mujer en el espacio profesional de la digitalización es escasa, aunque, como señala la autora, los datos no son tan negativos cuando se comparan con otros países de la Unión Europea. Se trata, por tanto, de incrementar la participación de las mujeres especialistas en las TIC y en los estudios superiores STEM.

Por último, la abogada y ex diputada de la Asamblea de Madrid, García García se encarga del capítulo VIII, titulado *Urbanismo y viviendas con perspectiva de género*, en el que se aborda la cuestión referida de manera singularizada en cada una de las Comunidades autónomas, advirtiendo la autora que no todas las personas que residen en un mismo territorio tienen las mismas oportunidades, llegando a afectar esta circunstancia, incluso, al desarrollo de la personalidad de los ciudadanos del mismo. A estos efectos, se destaca que el diseño de las ciudades, de sus edificios y de sus espacios públicos pueden contribuir a mejorar la vida de las personas o, justamente lo contrario, a fomentar las diferencias entre ellas. A mayor abundamiento, la arquitectura o el urbanismo se consideren disciplinas que contribuyen enormemente a incorporar la perspectiva de género, aunque esta concepción no ha sido asumida al mismo tiempo, ni de igual modo en todo el país. De ahí, la necesidad de manifestar esta cuestión en esta parte de la obra, a la cual dota de un gran valor.

Como podrá apreciar el lector, se trata de un trabajo realizado por todas y cada una de sus autoras de manera minuciosa y con esmero, encontrándose cohesionados los diferentes capítulos que lo componen, conformando un puzzle perfecto. Asimismo, hay una palabra que resuena en todos y cada uno de los pasajes, la “formación”. No podría ser de otro modo viniendo esta monografía de docentes y especialistas en Derecho del Trabajo. Se trata de una preocupación recurrente entre todas las personas que se dedican a la docencia y que, de nuevo, emerge

en una obra que visualiza un cambio en el empleo a corto y largo plazo. Se ensalza a la formación como el único pasaporte para el viaje a la transición justa, la cual adquiere una mayor importancia cuando se trata de las mujeres.

Sin duda, nos encontramos frente a un trabajo imprescindible para la comprensión de un tema tan novedoso e interesante como es éste de la transición justa desde la perspectiva de género, por lo que no queda más que felici-

tar tanto a las autoras como a las directoras del mismo por abordar con éxito todos los temas.

JULIA DORMIDO ABRIL
Profesora Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Jdormido@us.es
ORCID: 0000-0001-6740-6417

VARIA

Crónica de la Jornada 8 de Marzo

Igualdad de las Mujeres organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo

Chronicle of the 8th March

Women's Equality Day organized by the Spanish Association of Labour Law

DANIEL REDONDO TORRES

Contratado Predoctoral

Universidad Complutense de Madrid.

ORCID ID: 0000-0001-7559-8877

MARÍA OTERO RUÍZ DE ALEGRÍA

Investigadora Predoctoral

Universidad Complutense de Madrid

doi: 10.20318/femeris.2023.7792

Resumen. La presente crónica recoge las intervenciones realizadas durante la Jornada 8 de Marzo – Igualdad de las Mujeres organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo, dedicada a la nueva regulación de la igualdad por la Ley 15/2022, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, derechos de las mujeres trabajadoras.

Abstract. The present chronicle compiles the speeches presented at the 8th of March - Women's Equality Day organized by the Spanish Association of Labour Law, dedicated to the new regulation of equality by Law 15/2022, Integral for equal treatment and non-discrimination.

Keywords: Equality, non-discrimination, women workers' rights.

El día 9 de marzo de 2022, la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en colaboración con el Consejo Económico y Social de España, celebró el acto conmemorativo del Día Internacional de la Mujer, dedicando una Jornada a la nueva regulación del derecho a la igualdad introducida por la *Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*.

La inauguración de la Jornada corrió a cargo del Presidente del Consejo Económico y Social, Don Antón Costas Comesaña, y de Doña María Emilia Casas Baamonde, actual

* daniredo@ucm.es

* marotero@ucm.es

Presidenta de la AEDTSS. Ambas intervenciones enfatizaron en la necesidad de seguir trabajando en pos de la consecución de la Igualdad de las mujeres, objetivo al que aún le queda un largo recorrido y que no tiene garantizado un desarrollo progresivo, siendo susceptible de experimentar retrocesos. En esta línea, la presidenta de la AEDTSS lamentó el hecho de que, pese a su importancia, las cuestiones en materia de igualdad sean relegadas a un segundo plano por la doctrina, reflexión que fue asimismo compartida por varias de las personas participantes. Al margen de ello y sin perjuicio del resto de ideas que vieron la luz, la apertura de la Jornada se caracterizó por el recuerdo a la inestimable aportación del profesor Fernando Valdés Dal-Ré al laboralismo español.

Tras la intervención de la Presidencia de las entidades organizadoras, la sesión prosiguió con el primer panel, moderado por María José Romero Ródenas –Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha–, que destacó la importancia del debate científico y normativo en materia de Igualdad.

Finalizada la presentación del panel, este fue estrenado por Carmen Grau Pineda –Profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria–, cuya exposición se centró fundamentalmente en dos ejes. El primero de ellos consistió en la caracterización de la Ley 15/2022, que fue descrita como una norma de garantías, con vocación de generalidad y de carácter integral, haciendo la ponente especial hincapié en el contenido de este último atributo. Por otro lado, la segunda parte de la exposición realizó una aproximación a las nuevas causas autónomas de discriminación introducidas por la norma, deteniéndose especialmente en la edad, orientación e identidad sexual, expresión de género y enfermedad. La ponencia finalizó con una valoración general de la nueva ley reguladora del derecho a la igualdad y no discriminación, en la que se destacó su naturaleza excesivamente ambiciosa al pretender servir de marco normativo general del derecho antidiscriminatorio en España.

A la intervención de la profesora Grau Pineda siguió la ponencia de Beatriz Sánchez-Girón –Profesora de la Universidad Pontificia de Comillas– sobre el tratamiento de las acciones positivas en la norma objeto de la Jornada. Con carácter previo al análisis de este aspecto de la ley, la exposición realizó una breve introducción conceptual a la materia, centrándose en la definición del término “acción positiva” y en la justificación de este tipo de medidas desde la perspectiva del principio de igualdad en su doble vertiente, la igualdad formal y la igualdad material o sustantiva. Seguidamente y adentrándose en el contenido de la Ley 15/2022, la ponente mencionó el protagonismo otorgado a la negociación colectiva en este ámbito, si bien destacó como novedad principal de la norma la facultad que se atribuye al empresario para introducir unilateralmente medidas de acción positiva. Dentro de las referencias a la nueva ley, la exposición señaló algunas de las diferencias existentes entre ésta y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Finalmente, la presentación concluyó cuestionando la efectividad de la norma en la adopción de medidas de acción positiva, dado el escaso contenido obligatorio establecido en la misma.

Concluida la ponencia de la profesora Sánchez-Girón, se dio una pausa café, tras la que se desarrolló el segundo panel. Este fue presidido por el profesor Daniel Pérez del Prado, quien, tras realizar una recapitulación de las anteriores ponencias, introdujo el panel.

La primera de las intervenciones correspondió a Ignacio González del Rey —Catedrático de la Universidad de Oviedo—, en relación con las garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato. En primer término, el profesor González del Rey, a modo de introducción, realizó unas reflexiones acerca de la igualdad, como manifestación desarrollada de la idea más tradicional de justicia, y como manifestación de la evolución del derecho del trabajo contemporáneo. A continuación, puso de manifiesto la limitada incidencia de la Ley 15/2022 en el ámbito laboral, desde la perspectiva de las garantías administrativas y judiciales. De la misma manera, destacó el carácter disonante de la obligación preventiva impuesta por el legislador en relación con las conductas discriminatorias. En el ámbito sancionador se resaltó el reducido papel en el ámbito laboral de la actividad mediadora atribuida a la autoridad independiente y el reducido papel del régimen sancionador de la Ley 15/2022, que queda relegado a un segundo plano frente a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con carácter general. En relación con la tutela judicial, se destacaron principalmente dos aspectos, la ampliación de las reglas de legitimación y la presunción del daño moral.

La última de las intervenciones fue desarrollada por Elena Blasco Martín —Consejera del Consejo Económico y Social—. Esta ponencia abordó el papel de la negociación colectiva en relación con la Ley 15/2022. En este sentido, se puso de manifiesto la relevancia del diálogo social como herramienta dinámica, funcional y útil, que permite dar respuesta a las desigualdades que puedan afectar a las mujeres, especialmente durante momentos de crisis. De nuevo se destacó que se trata de una norma de mínimos que se repliega ante otras y se señalaron, con carácter general, las novedades introducidas por la norma, haciendo énfasis en aquellas específicamente previstas para el ámbito laboral. En este sentido, se hizo referencia a las escasas referencias a la negociación colectiva contenidas en la norma, centradas éstas en la limitación a la negociación colectiva cuando pueda resultar discriminatoria y en la habilitación de esta para establecer medidas de acción positiva. Por otro lado, se enfatizó el papel atribuido a la representación legal de las personas trabajadoras en relación con la prevención, control y difusión.

Finalizadas las ponencias se sucedió un debate que giró principalmente entorno a la aplicación supletoria de la normativa civil en relación con la legitimación en procesos colectivos, los daños punitivos y la discriminación intersectorial.

En último término se entregó, por la Profesora Doña María Emilia Casas Baamonde, el VI Premio “8 de marzo. Igualdad de las Mujeres” a Iván Vizcaíno Ramos –Profesor Ayudante Doctor de la Universidad Da Coruña–. Finalizada la entrega de premios se procedió a la clausura de las jornadas por el Presidente del Consejo Económico y Social, Don Antón Costas Comesaña.