



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL

Autor: Gonzalo Paniagua San Millán  
5º E-3 Analytics  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Tutor: María José López Álvarez

Madrid  
Junio 2023

## **RESUMEN**

En este trabajo se analizan las medidas de discriminación positiva desde sus fundamentos teóricos hasta las repercusiones prácticas de su aplicación, así como su lugar dentro de nuestro marco jurídico. En la primera parte del estudio, se profundiza en la base teórica y legal de la discriminación positiva. Por ello, se realiza una investigación que incluye un meticuloso análisis constitucional de los artículos relacionados con este tema, una evaluación académica y doctrinal de las teorías que respaldan la discriminación positiva como un medio legítimo de intervención de los Poderes Públicos en el campo del Derecho Laboral y, finalmente, una exploración detallada de los diversos tratados y convenios internacionales aplicables en España respecto a esta cuestión. El segundo eje del trabajo se centra en determinar la aplicabilidad y la aplicación de la discriminación positiva en nuestro país, para ello, se ha analizado pormenorizadamente la normativa aplicable en el ámbito del Derecho Laboral. En este apartado se ha dado especial relevancia al anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión, ya que marca la tendencia que seguirá el legislador en próximas normativas. Por último, se ha examinado el estado actual del debate doctrinal en torno a la constitucionalidad de estas medidas en España.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes affirmative action measures from their theoretical foundations to the practical repercussions of their application, as well as their place within our legal framework. In the first part of the study, we delve into the theoretical and legal basis of affirmative action. To achieve this, research is carried out which includes a meticulous constitutional analysis of the articles related to this subject, an academic and doctrinal evaluation of the theories that support positive discrimination as a legitimate means of intervention by the Public Authorities in the field of Labor Law and, finally, a detailed exploration of the various international treaties and conventions applicable in Spain which relate to this issue. The second axis of the paper focuses on determining the applicability and application of affirmative action in our country, for which purpose the applicable regulations in the field of Labor Law have been analyzed in detail. In this section, special relevance has been given to the draft bill of the Organic Law on Equal Representation of Women and Men in Decision-Making Bodies, since it sets the trend that the legislator will follow in future regulations. Finally, the current state of the doctrinal debate on the constitutionality of these measures in Spain has been examined.

**PALABRAS CLAVE**

Discriminación positiva – Límites a la discriminación positiva - Cuotas de género –  
Libertad de empresa – Igualdad real – Igualdad formal

**KEY WORDS**

Affirmative action – Limits to affirmative action - Gender quotas - Freedom of  
enterprise - Real equality - Formal equality

## Índice

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN .....	1
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y SOCIALES.....	1
2. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA .....	2
3. OBJETIVO Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO .....	3
CAPÍTULO II. MARCO DOCTRINAL .....	4
1. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL .....	4
1.1. La Constitución Española de 1978 y la Discriminación Positiva .....	4
1.2. Convenios Internacionales y Europeos en el Marco de la Discriminación Positiva .....	6
2. DERECHO COMPARADO .....	10
2.1. Discriminación Positiva en otros Países .....	10
2.2. Experiencias y Buenas Prácticas a nivel internacional .....	13
2.3. Comparación con el caso español .....	14
3. ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA .....	16
3.1. Argumentos a favor .....	16
3.2. Argumentos en contra .....	18
CAPÍTULO III. ESTUDIO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL .....	19
1. NORMATIVAS Y REGULACIONES ESPECÍFICAS .....	19
2. CASOS CONCRETOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA .....	25
3. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REPRESENTACIÓN PARITARIA DE MUJERES Y HOMBRES EN LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN .....	28
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES.....	30
1. RESUMEN DE LOS HALLAZGOS.....	30
2. RECOMENDACIONES PARA FUTURAS INVESTIGACIONES.....	31
3. PERSPECTIVAS FUTURAS DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN ESPAÑA.....	32
CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA.....	34
1. LEGISLACIÓN .....	34
2. JURISPRUDENCIA.....	35
3. OBRAS DOCTRINALES .....	35
4. RECURSOS DE INTERNET .....	36

## **CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN**

### **1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y SOCIALES**

La discriminación positiva es una política que tiene como objetivo corregir las desigualdades existentes en la sociedad mediante el otorgamiento de ciertos beneficios a grupos desfavorecidos o subrepresentados.

Históricamente, las sociedades en general, y por lo que nos toca más de cerca, la sociedad española, ha estado marcada por la desigualdad en diversos ámbitos, incluido el laboral. Esta desigualdad ha sido especialmente notable en el caso de las mujeres, las personas con discapacidades, las minorías étnicas y otros grupos vulnerables. A lo largo del tiempo, se han implementado diferentes leyes y políticas con el fin de contrarrestar esta desigualdad y promover una mayor equidad.

La transición a la democracia en España durante la última parte del siglo XX marcó un hito importante en términos de igualdad de derechos. La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 14 que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (*Constitución Española*, 1978). Sin embargo, esta igualdad formal no siempre se traduce en igualdad real o de facto, debido a las estructuras sociales y económicas existentes que perpetúan la desigualdad.

En este sentido, el principio de igualdad recogido en la Constitución es interpretado no solo como igualdad formal ante la ley, sino también como igualdad material o real, que puede requerir medidas de discriminación positiva para ser alcanzada. Esta interpretación ha sido respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha afirmado en diversas ocasiones que las medidas de discriminación positiva son admisibles y a veces necesarias para corregir desigualdades de facto.

La discriminación positiva ha encontrado también respaldo en la legislación laboral española, con leyes como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece medidas para promover la igualdad de género en el trabajo, incluyendo medidas de discriminación positiva. En la misma ley se han implementado medidas de discriminación positiva para personas con discapacidades en el ámbito laboral (*Ley 3/2007*).

En el contexto social, las políticas de discriminación positiva han permanecido como objeto de debate. Aunque se reconoce su objetivo de promover la igualdad, también han surgido críticas que las consideran contraproducentes o injustas para aquellos que no pertenecen a los grupos beneficiados.

Los antecedentes históricos y sociales de la discriminación positiva en España reflejan una evolución en la búsqueda de la igualdad real en la sociedad, con medidas legislativas y políticas orientadas a corregir las desigualdades estructurales existentes. Sin embargo, estas medidas también han generado controversia y debate, lo cual subraya la importancia de estudiar tanto su impacto como su conformidad con el marco constitucional.

## 2. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

La discriminación positiva, también conocida como acción afirmativa, es una estrategia de política social que tiene como objetivo remediar las desigualdades estructurales que persisten en la sociedad, otorgando un trato preferencial o ventajas a grupos históricamente marginados o desfavorecidos. Este concepto surge de la constatación de que la mera proclamación de igualdad ante la ley, también conocida como igualdad formal, no es suficiente para corregir las desigualdades reales que existen en la práctica.

Esta discriminación puede adoptar diversas formas, desde la adopción de cuotas o porcentajes mínimos de representación de ciertos grupos en determinados ámbitos, hasta medidas de apoyo específicas que faciliten el acceso a oportunidades a las personas pertenecientes a estos grupos. Su objetivo final es conseguir una igualdad de carácter real, yendo más allá de la mera igualdad formal o jurídica.

Este concepto, de gran importancia en el discurso de los derechos humanos y la justicia social, no está exento de polémica, ya que la discriminación puede tener una connotación negativa, asociada a la injusticia y la exclusión, al tener la capacidad de generar una inversión en la discriminación, favoreciendo a ciertos grupos en detrimento de otros. Y esto podría ser su punto débil, por eso la discriminación positiva debe tener un carácter excepcional y temporal, ya que su finalidad debería ser lograr un equilibrio y, una vez alcanzado, estas medidas deberían dejar de aplicarse. Así, se entendería, no como un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la igualdad real. Tampoco debemos olvidar el error que supondría perpetuar las categorizaciones y estereotipos al poner énfasis en las diferencias entre grupos.

En el ámbito del derecho laboral, la discriminación positiva puede manifestarse en políticas y prácticas tales como la contratación preferencial, las cuotas de empleo para ciertos grupos y medidas de conciliación de la vida personal y laboral, entre otras.

### 3. OBJETIVO Y METODOLOGÍA DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO

El presente Trabajo de Fin de Grado (TFG) tiene como objetivo principal analizar la constitucionalidad de la discriminación positiva en el marco del Derecho Laboral español, poniendo especial énfasis en su justificación constitucional, en su aplicación práctica mediante un estudio en profundidad de las regulaciones y políticas que han guiado su implementación y en los debates legales y éticos que la rodean y las controversias que genera. Este análisis permitirá un mejor entendimiento de este importante instrumento de política social y de cómo puede contribuir a la promoción de una sociedad más igualitaria y justa.

Específicamente, el trabajo buscará (1) entender el fundamento teórico y legal de la discriminación positiva en el Derecho Laboral y la Constitución española; (2) analizar la aplicabilidad y la aplicación práctica de la discriminación positiva en el ámbito laboral español; y (3) examinar los debates legales actuales en torno a la constitucionalidad de estas medidas.

Para alcanzar estos objetivos, este TFG adoptará una metodología basada en la revisión y análisis crítico de una variedad de fuentes, entre las que se incluirán textos normativos, como la Constitución Española y otras leyes, decisiones judiciales y literatura académica relevante, como artículos de revistas jurídicas. Asimismo, se recurrirá a documentación oficial, informes de organismos públicos y privados y datos estadísticos para enriquecer el análisis y proporcionar un contexto empírico.

Para garantizar la validez y fiabilidad de la investigación, se ha procurado acudir a fuentes académicas y legales de reconocido prestigio. Además, se buscará una variedad de perspectivas para garantizar un análisis equilibrado y completo del tema.

El TFG se estructura en varias secciones, cada una de las cuales aborda un aspecto diferente del tema. Tras la introducción, se presenta el marco jurídico en el que se implantan las medidas de discriminación positiva, seguido de un estudio comparativo con otros países con lo que podremos establecer conexiones con nuestro propio sistema normativo, a lo que le sucederá un análisis de la discriminación positiva en el ámbito del Derecho Laboral español y finalmente se realiza un análisis del debate doctrinal que

rodea a la discriminación positiva con lo que podremos intuir el futuro de la maquinaria legislativa en este campo. La sección final está dedicada a las conclusiones y recomendaciones.

Este trabajo pretende realizar un estudio exhaustivo de la discriminación positiva en el Derecho Laboral español desde una perspectiva constitucional, así como un análisis cuidadoso y crítico, además de un estudio de las regulaciones y políticas que han guiado su implementación, que nos lleven a plantear todos los debates legales y éticos y las controversias que rodean el tema. Todo esto nos permitirá contribuir al debate académico y jurídico y a un entendimiento más profundo de las formas en que el Derecho Laboral puede ser utilizado para promover la igualdad y la justicia social en el ámbito laboral, con todas sus implicaciones y desafíos.

## **CAPÍTULO II. MARCO DOCTRINAL**

### **1. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

#### **1.1. La Constitución Española de 1978 y la Discriminación Positiva**

La Constitución Española de 1978 constituye la norma fundamental del Estado español, que establece los principios y valores que rigen la organización política y social del país. Dentro de este marco, el principio de igualdad y no discriminación ocupa un lugar central y se encuentra íntimamente vinculado a la idea de justicia social y democracia.

Como ha sido expuesto en la introducción, la Constitución reconoce la igualdad en su artículo 14. Este artículo consagra la igualdad formal de todos los españoles ante la ley, lo cual se traduce en que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley sin discriminación en su aplicación.

Por otra parte, en su artículo 9.2, la Constitución establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (Constitución Española). Este artículo refleja el principio de igualdad real, que implica no sólo que todas las personas deben ser tratadas igual por la ley, sino que además deben tomarse medidas para garantizar que todos tengan las mismas oportunidades para participar plenamente en la sociedad. Al versar este TFG sobre la discriminación positiva nos interesa sobre todo la referencia que se hace a que "corresponde a los poderes públicos" "remover los

obstáculos que impidan” la plena igualdad, señalando como uno de los ámbitos más importantes el de la vida “económica” de las personas (Constitución Española).

En el contexto del Derecho Laboral, el artículo 35.1 de la Constitución establece el “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo” (Constitución Española). Este artículo es fundamental para la fundamentación de la constitucionalidad de la discriminación positiva, salvo por lo expuesto al final del punto uno, ya que si se establece “que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo” podríamos estar ante una prohibición expresa de la discriminación positiva por razón de sexo (Constitución Española). Trataremos más en profundidad acerca de las consecuencias de este artículo más adelante.

El artículo 40.1 también es importante para nuestro análisis al establecer que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo” (Constitución Española). Es importante señalar la imposición a los poderes públicos del deber de promover una política orientada al pleno empleo y una distribución de la renta más equitativa, haciendo referencia a lo que hoy conocemos como la brecha salarial.

Es en este marco en el que la discriminación positiva encuentra su fundamento constitucional en España. Las medidas de discriminación positiva pueden ser consideradas como una forma de promover la igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que impiden la plena participación de todos los ciudadanos en la sociedad, tal como lo establece el artículo 9.2 de la Constitución.

Sin embargo, no todos los artículos de la Constitución Española favorecen el establecimiento de medidas de discriminación positiva. El artículo 38 de la Constitución “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (Constitución Española), debiendo los Poderes Públicos garantizar y proteger “su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” (Constitución Española). Haciendo una mera lectura inicial de este artículo y poniéndolo en relación con las medidas de discriminación positiva,

encontramos una tensión aparente entre ambos, ya que impone la restricción clara de que las medidas no pueden afectar a la productividad de las empresas. Se analizará el caso concreto del conflicto entre la libertad de empresa y las medidas de discriminación positiva en la conclusión, haciendo una breve mención a este respecto en este apartado al sugerir que puede existir una problemática con la imposición de cuotas de género en las empresas cotizadas.

## **1.2. Convenios Internacionales y Europeos en el Marco de la Discriminación Positiva**

Además de la Constitución Española de 1978, la normativa española en materia de igualdad y no discriminación se ve complementada por diversos convenios internacionales y europeos, los cuales han sido ratificados por España y, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico español.

Entre los instrumentos internacionales más relevantes en este ámbito se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Todos estos instrumentos establecen el principio de igualdad y no discriminación como uno de los fundamentos de los derechos humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 25.c) establece que “todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Lo que, volviendo al plano de la discriminación positiva, podría hacernos pensar sobre las llamadas cuotas de género en las que se establece un requisito mínimo de mujeres en puestos de alta dirección, y en el ámbito que nos ocupa, el del Derecho Laboral en relación con el funcionariado y los trabajadores estatales.

Puede que el artículo más importante del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en lo que al ámbito de este estudio se refiere, sea el artículo 16, en el que se recoge que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra

cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). En la primera parte de este artículo podemos observar el marcado carácter de protección formal ante la ley que se establece, si bien más adelante hace responsable a la propia ley de “garantizar la protección igual y efectiva” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966), lo que nos retrae a la protección real, por lo que este artículo supone un fuerte espaldarazo a la legalidad y constitucionalidad de las políticas que vengan a garantizar este segundo tipo de igualdad.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 encontramos una mención más directa a las políticas de discriminación positiva y a la discriminación en el mercado laboral a las mujeres por razón de sexo. En su artículo 3 impone a los “Estados Parte en el presente Pacto” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966) “a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966). Más aun, en el artículo 7.a). i) se establece “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966), haciendo una mención explícita a la brecha salarial.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en particular, recoge en su artículo 21.2 que “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948). Que viene a ser la base de lo dispuesto casi veinte años después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 25.c). La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 23.2 establece que “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948), que nos vuelve a remitir a la discriminación positiva y a la brecha salarial.

En el ámbito laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha promovido varios convenios que abordan la igualdad y no discriminación en el empleo. Entre ellos,

destaca el Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (nº 111) de 1958, que establece en su artículo 2 la obligación de los Estados de “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (Convenio nº 111, 1958). Por lo tanto, este convenio no solo prohíbe la discriminación, sino que también obliga a adoptar medidas especiales de protección o asistencia para ciertos grupos de personas con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, ya sea debido a “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social” (Convenio nº 111, 1958), tal y como recoge su artículo 1.1.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha promovido varios instrumentos que establecen el principio de igualdad y no discriminación, entre ellos, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, o Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996. Ratificados los dos por España. Ambos instrumentos prohíben la discriminación y reconocen el derecho al trabajo y a unas condiciones de trabajo justas.

El primero de ellos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 14 establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Por su parte, la Carta Social Europea de 1961 incide más en la materia en cuestión. Así, en su artículo 20 establece que “Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo” (Carta Social Europea, 1961). Más aun, hace especial referencia a políticas que los Estados deben llevar a cabo para promover la efectiva igualdad de oportunidades y la erradicación de la discriminación por razón de sexo. En lo relativo a la discriminación basada en causas que no sean la del sexo únicamente, establece en su artículo E, de no discriminación, lo siguiente: “se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la

raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación” (Carta Social Europea, 1961). Ahondando en cuestiones en las que radica parte de la discriminación hacia las mujeres, aborda el tema tan de actualidad de la conciliación familiar en su artículo 27: “Todas las personas con responsabilidades familiares y que ocupen o deseen ocupar un empleo tienen derecho a hacerlo sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades familiares” (Carta Social Europea, 1961). Queda clara por tanto la tremenda actualidad de lo establecido en esta carta y su importancia a la hora de abordar las políticas por las que el Estado Español hace efectiva la igualdad real entre hombres y mujeres sin distinción, ya que, en este convenio ratificado por España, como en tantos otros, estas medidas encuentran un apoyo fundamental.

En el ámbito de la Unión Europea se han adoptado diversas directivas que establecen la igualdad de trato en el empleo y la prohibición de la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Entre ellas destaca la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, conocida como la Directiva de Igualdad en el Empleo, que establece un marco general para combatir la discriminación en el ámbito laboral. Esta directiva no solo prohíbe la discriminación por razón de “religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación” (Directiva 2000/78/CE), tal y como establece su artículo 1, sino que también permite la adopción de medidas de acción positiva en su artículo 7, para prevenir o compensar las desventajas vinculadas a cualquiera de los motivos de discriminación (Directiva 2000/78/CE). A su vez, el artículo 5 mejora el acceso de las personas con discapacidad al empleo y pone la carga de los requisitos especiales que necesitarían para hacerlo en los empresarios, y si estas fueran excesivas, sobre el Estado mediante la realización de políticas y medidas de inclusión (Directiva 2000/78/CE).

En conclusión, los convenios internacionales y europeos proporcionan un marco normativo y jurisprudencial que complementa y enriquece la normativa española en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, ampliando la regulación constitucional española en la materia. Estos instrumentos no solo prohíben la

discriminación, sino que también reconocen y avalan la adopción de medidas de discriminación positiva para garantizar la igualdad real y efectiva en el empleo.

Por lo tanto, el reconocimiento y la valoración de las medidas de discriminación positiva en estos convenios y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y europeos refuerzan y legitiman la implementación de estas medidas en el Derecho Laboral español, siempre en consonancia con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución Española de 1978.

## 2. DERECHO COMPARADO

### 2.1. Discriminación Positiva en otros Países

Es fundamental comparar la discriminación positiva en el derecho laboral español con la de otros países para entender la globalidad de esta materia y descubrir nuevas perspectivas. Aunque las estrategias y los contextos pueden variar, la mayoría de los países comparten el objetivo de garantizar la igualdad real en el ámbito laboral.

La práctica de la acción afirmativa, conocida en España como discriminación positiva, tiene sus raíces en la historia de Estados Unidos y ha sido objeto de un amplio análisis. Esta iniciativa emergió en los años 60 como una contramedida para la discriminación racial generalizada contra la población afroamericana. A raíz de esta discriminación desenfrenada, surgieron los movimientos por los derechos civiles en Estados Unidos. En respuesta a esto, en 1961, el presidente John F. Kennedy fundó el Comité para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo y promulgó la Orden Ejecutiva 10925, que introdujo el término "affirmative action" o discriminación positiva. Esta directriz presidencial incorporaba estrategias dirigidas a poner fin a la discriminación (2. *AFFIRMATIVE ACTION: HISTORY AND RATIONALE*, s.f). La Ley de Derechos Civiles de 1964 prohíbe la discriminación por razón de sexo o raza en el ámbito laboral y permite a los empleadores adoptar medidas de discriminación positiva para corregir las desigualdades existentes (*Civil Rights Act*, 1964). Desde entonces, las políticas de discriminación positiva se han extendido a otros grupos desfavorecidos, como las mujeres, los hispanos, los nativos americanos y las personas con discapacidad.

Sin embargo, la discriminación positiva en Estados Unidos ha sido objeto de un intenso debate y varias impugnaciones legales. La Corte Suprema ha sostenido en repetidas ocasiones que las políticas de discriminación positiva son constitucionales, pero deben estar diseñadas para servir a un "interés gubernamental convincente", como remediar la

discriminación pasada, y deben ser "estrechamente adaptadas" para lograr ese interés sin ser innecesariamente restrictivas (*Grutter V. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003; *Vista De La Discriminación Positiva. Comentarios Al Caso Regents of the University of California V. Bakke*, 2014). Estos criterios reflejan el compromiso de Estados Unidos con la igualdad de oportunidades y el principio de "colorblindness" o ceguera al color.

En contraste con otros contextos, Sudáfrica ha empleado la discriminación positiva, referida como "*employment equity*", como un medio para atenuar las desigualdades profundas causadas por el apartheid. Según el artículo 20 del Employment Equity Act de 1998, "Todo empleador debe preparar y aplicar un plan de igualdad de empleo que logre una representación equitativa de empleados adecuadamente calificados de las categorías designadas" (*Employment Equity Act 55 of 1998 | South African Government*, 1998). Estas medidas audaces tienen como objetivo la transformación radical del mercado laboral sudafricano. Este plan es similar al que nos encontraremos en el artículo 45 de nuestra propia Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres donde se imponen los planes de igualdad que las empresas deben establecer.

Por otro lado, la Unión Europea considera la discriminación positiva como una estrategia esencial para promover la igualdad de género en el empleo y la ocupación. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, estipula en su artículo 3 que "los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral" (Directiva 2006/54/CE). Este artículo hace referencia al apartado 4 del artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que establece que "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales" (Tratado Constitutivo de la Unión Europea). Sin lugar a duda la Unión Europea exhorta a los Estados miembros a que adopten medidas para corregir las desigualdades y garantizar la plena igualdad real, lo que constituye un apoyo más a la legalidad de las medidas de discriminación positiva.

Sin embargo, la Corte de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado que estas medidas deben respetar el principio de proporcionalidad y no pueden llevar a una discriminación automática de los hombres. Así, en el asunto C-409/95, la Corte de Justicia de la Unión Europea dictaminó que si bien son correctas las medidas de discriminación positiva, para el caso de que “candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor , siempre que: - dicha norma garantice, en cada caso particular, 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 criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, caso C-409/95, Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen). Por lo tanto, establece criterios de proporcionalidad y aplicación al caso concreto de las medidas de discriminación positiva, no pudiendo estas convertirse en una suerte de discriminación automática hacia el colectivo no amparado por estas medidas.

En conclusión, tal y como lo ilustra el análisis de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en Estados Unidos, la Ley de Igualdad de Empleo de 1998 en Sudáfrica y la Directiva 2006/54/CE de la Unión Europea, la discriminación positiva en el derecho laboral difiere significativamente de un país a otro, aunque todos caminan a su ritmo en el mismo sentido, la implantación de medidas de discriminación positiva. Las diferencias más notables radican en las restricciones que se les imponen a estas medidas y los colectivos hacia los que van enfocadas. Estas diferencias reflejan los distintos contextos históricos, socioeconómicos y legales, así como las diversas interpretaciones de igualdad y justicia. Cada uno de estos casos refleja un compromiso con la igualdad efectiva, a la vez que demuestra las limitaciones y condiciones necesarias para evitar la discriminación inversa.

## **2.2. Experiencias y Buenas Prácticas a nivel internacional**

Como hemos examinado, diversos países han implementado estrategias de discriminación positiva en el ámbito laboral, pero han obtenido resultados variados. Aquí se analizan algunas experiencias que podrían ofrecer lecciones útiles para el contexto español.

En Estados Unidos, una práctica recomendada es la adopción de planes de acción afirmativa por parte de los empleadores. Estos planes establecen metas y cronogramas para aumentar la representación de grupos desfavorecidos, identifican barreras a la igualdad de oportunidades y describen medidas específicas para superarlas. Algunas empresas han ido más allá y han incorporado la diversidad y la inclusión en sus estrategias de negocio, reconociendo que una fuerza laboral diversa puede impulsar la innovación, el compromiso de los empleados y el rendimiento financiero (*Why Diversity Matters*, 2015).

En Sudáfrica, como se expuso anteriormente, el gobierno ha tomado un enfoque más directo al requerir a los empleadores elaborar planes de igualdad en el empleo y reportar regularmente sobre su progreso. El Departamento de Trabajo también realiza inspecciones y puede imponer sanciones a los empleadores que no cumplen con sus obligaciones. Aunque este enfoque ha supuesto un desafío, y ello debido a la resistencia de algunos empleadores y a las limitaciones de capacidad del Departamento de Trabajo, ha logrado ciertos avances en la promoción de la igualdad racial y de género en el empleo (Employment Equity Commission, 2020).

En la Unión Europea, obedeciendo una directiva europea que será transpuesta en el futuro en España, varios países han introducido medidas de discriminación positiva para aumentar la representación de las mujeres en los consejos de administración de las empresas (Directiva 2022/2381). Estas medidas incluyen cuotas legales, como las impuestas en Noruega, Francia e Italia, requisitos de informes de diversidad, como los establecidos en Alemania, y pautas voluntarias, como ocurre en Finlandia y Suecia. Según un informe de la Comisión Europea, estas medidas han tenido un impacto positivo en la proporción de mujeres en los consejos, aunque todavía existen barreras para la igualdad de género en el nivel ejecutivo (European Commission, 2016). En los últimos años esta barrera de entrada se ha ido diluyendo, pero las mujeres se encuentran todavía subrepresentadas (European Commission, 2022).

Finalmente, en Australia, la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo ha desarrollado una serie de herramientas y recursos para ayudar a los empleadores a implementar la discriminación positiva de manera efectiva. Entre ellos, las guías sobre cómo diseñar y evaluar políticas de discriminación positiva, sobre cómo abordar el sesgo inconsciente en los procesos de reclutamiento y selección, y en cómo promover la diversidad e inclusión en el lugar de trabajo ya sean sesgos basados en orientación sexual, edad, identidad de género, estado intersexual, estado civil, maternidad o conciliación familiar (Australian Human Rights Commission, 2020).

Como conclusión, la revisión de casos a nivel mundial evidencia que la discriminación positiva puede desempeñarse como un método eficaz para fomentar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Sin embargo, su aplicación exige una implementación detallada y un respaldo duradero por parte de las empresas. Es muy importante recordar que las medidas de discriminación positiva deben adaptarse a las condiciones propias de cada entorno y complementarse con otras políticas y prácticas para hacer frente a las causas subyacentes de la discriminación en el empleo.

En este sentido, la discriminación positiva puede ser aplicada junto a otros esfuerzos destinados a potenciar la educación y formación de los colectivos en situación de discriminación, para desafiar los prejuicios de género y raciales en la sociedad y en los lugares de trabajo. También resulta beneficioso promover una transformación cultural que aprecie la diversidad y la inclusión, así como instaurar sistemas de seguimiento y evaluación para evaluar la eficacia de las acciones de discriminación positiva y llevar a cabo los ajustes que se consideren necesarios.

### **2.3. Comparación con el caso español**

Al comparar las experiencias internacionales con la situación en España, es crucial recordar que cada contexto es único y que las medidas de discriminación positiva deben ajustarse a las circunstancias legales, laborales y sociales específicas de cada país. Sin embargo, una revisión comparativa puede ofrecer importantes perspectivas para la implementación y mejora de la discriminación positiva en el ámbito laboral español.

En cuanto al reconocimiento formal de igualdad, como hemos expuesto al inicio de este trabajo, en España éste se produce en nuestra carta magna, la Constitución Española, como sucedió en países como Estados Unidos o Sudáfrica, pero los resultados han sido distintos. Entendemos en este estudio que el peso de la responsabilidad de que esta

igualdad real no se haya conseguido en España a día de hoy recae en las medidas adoptadas para garantizar el paso de igualdad formal a igualdad real, las cuales difieren de las tomadas por dichos países. Pasamos a comparar aquellas medidas, que constituyen en su conjunto la discriminación positiva, con las tomadas por nuestro país.

El enfoque voluntario adoptado por Australia y varios países de la Unión Europea, fomenta a los empleadores la implementación de medidas de discriminación positiva y ofrece orientación y recursos para hacerlo. El gobierno español podría intensificar sus esfuerzos para promover la adopción de políticas de discriminación positiva por parte de los empleadores y proporcionar herramientas y guías prácticas para su instrumentación, tal y como ya está haciendo mediante los planes de igualdad impuestos a las empresas en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trataría de potenciar lo ya establecido en esta ley y hacer a las empresas privadas las responsables de este cambio social.

Además, el ejemplo de los países de la Unión Europea que han implementado cuotas de género en los consejos de administración podría ser útil en nuestro caso, ya que las mujeres todavía están subrepresentadas en los niveles superiores de gestión. Según un estudio del 2 de marzo de 2023 de IESE Business School, las mujeres ocupan el 32,37% de los puestos en los consejos de administración de las empresas cotizadas en la bolsa española, muy por debajo de la proporción recomendada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de un 40% (IESE Insight, 2023). Sin embargo, la introducción de cuotas debe ser cuidadosamente considerada, teniendo en cuenta el debate en curso sobre su efectividad y posibles efectos secundarios. Por ahora, España se ha centrado en dar ejemplo desde el sector público y esperar que el sector privado le siga, sin imponer cuotas de género para puestos de responsabilidad en sectores donde las mujeres están subrepresentadas, aunque eso puede cambiar próximamente gracias al Proyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión, que será expuesto más adelante en el punto de análisis de los casos concretos de aplicación de medidas de discriminación positiva.

La experiencia de Sudáfrica, donde se requiere a los empleadores informar regularmente sobre sus esfuerzos para promover la igualdad en el empleo, podría ser de interesante aplicación en nuestro caso, ya que actualmente los empleadores españoles están únicamente obligados a elaborar y registrar los planes de igualdad previamente mencionados, pero no se requiere un informe regular sobre su implementación. Una

mayor supervisión y rendición de cuentas podrían mejorar la efectividad de las medidas puesto que podríamos encontrarnos ante el mismo obstáculo que las medidas de discriminación positiva intentan solucionar, la igualdad formal ante la ley o el apoyo formal de planes de igualdad, pero desigualdad y discriminación en la práctica.

En conclusión, la comparación con las experiencias internacionales sugiere que España tiene un marco legal sólido desde el que comenzar la puesta en marcha de medidas concretas de discriminación positiva en el ámbito laboral, tal y como recoge nuestra legislación y los convenios y tratados internacionales que la informan. Las lecciones aprendidas de otros países podrían ser útiles para futuras políticas y prácticas en este ámbito.

### 3. ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

#### **3.1. Argumentos a favor**

Tal y como la define la Real Academia Española, la discriminación positiva es aquella “política o programa que proporciona acceso preferencial a la educación, al empleo, a la asistencia sanitaria o al bienestar social a personas de un grupo minoritario que tradicionalmente han sido objeto de discriminación, con el objetivo de crear una sociedad más igualitaria” (RAE, s.f.). Como ya comentamos al principio de este TFG, el término discriminación positiva puede parecer contradictorio, ya que la discriminación generalmente tiene connotaciones negativas, asociadas a la injusticia y la desigualdad. Sin embargo, en este contexto, la discriminación se dice que es positiva en el sentido de que está destinada a beneficiar a ciertos grupos y no a perjudicarlos.

Este concepto surge en respuesta a la constatación de que la igualdad formal, es decir, el tratamiento igualitario ante la ley de todas las personas sin tener en cuenta sus diferencias individuales o grupales, no es suficiente para garantizar la igualdad real, es decir, la igualdad de resultados para que se refleje en el ámbito laboral, en este caso, lo que ocurre en el resto de la vida social, ya sea en cuestión de proporciones o en materia de contribución y reconocimientos laborales como promociones. Según esta perspectiva, la igualdad formal puede perpetuar e incluso agravar las desigualdades existentes al ignorar las desventajas y barreras específicas que enfrentan ciertos grupos y no hacer nada para solucionarlo. En contraposición, la igualdad real requiere reconocer y tener en cuenta estas diferencias y desventajas, y adoptar medidas adecuadas para corregirlas y compensarlas.

Uno de los argumentos más fuertes a favor de la constitucionalidad de la discriminación positiva es su función correctiva y compensatoria establecida en la teoría de la justicia compensatoria, expuesta anteriormente. Desde esta perspectiva, las medidas de discriminación positiva se consideran necesarias para corregir las desigualdades históricas y estructurales y compensar a los grupos desfavorecidos por las injusticias pasadas y presentes (de la Macarena Iribarne González, 2014). Esta justificación está en consonancia con el principio de igualdad real consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la discriminación positiva puede justificarse en términos de justicia distributiva. Existe cierta similitud entre la teoría de la justicia compensatoria tal y como nos la presenta la autora anteriormente citada y como nos presenta la teoría distributiva, pero fundamentalmente son distintas. Según esta teoría, las medidas de discriminación positiva son necesarias para garantizar una distribución más equitativa de los recursos y oportunidades en la sociedad, especialmente en el ámbito laboral (Rawls, 1971). Según María de la Macarena Iribarne González, la teoría distributiva se centra más en la justicia distributiva, o la distribución equitativa de los bienes y recursos en la sociedad. La discriminación positiva, desde este punto de vista, se utiliza para corregir las desigualdades presentes y futuras en la distribución de estos recursos (de la Macarena Iribarne González, 2014). La idea es que, si ciertos grupos están subrepresentados o desfavorecidos en la sociedad actual, se deben tomar medidas para ayudar a equilibrar esta distribución (de la Macarena Iribarne González, 2014). Por lo tanto, estas medidas no solo son compatibles con el principio de igualdad, sino que son esenciales para su realización plena y efectiva.

Otro argumento importante a favor de la implementación de medidas de discriminación positiva es que la misma puede contribuir a la diversidad y la inclusión en el lugar de trabajo. Diversos estudios han demostrado que la diversidad puede mejorar la innovación, la creatividad y el rendimiento en las organizaciones (Herring, 2009). Además, contribuyen a aumentar la representación de los grupos subrepresentados, promoviendo la inclusión y la cohesión social.

Según otros autores, la discriminación positiva es beneficiosa para la sociedad en su conjunto. A esta teoría se la denomina la teoría de la utilidad social, que se centra en los beneficios colectivos o sociales de la discriminación positiva, más allá de las consideraciones individuales de justicia o reparación. Según esta perspectiva, la

discriminación positiva puede contribuir a la diversidad y a la cohesión social, mejorar la calidad de las decisiones y la eficacia de las organizaciones, y promover valores como la igualdad y la justicia social (Hausman & McPherson, 2006).

Finalmente, vale la pena mencionar que la constitucionalidad de la discriminación positiva está respaldada por las obligaciones internacionales y europeas de España. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación reconocen expresamente la legitimidad de las medidas de discriminación positiva para promover la igualdad de género (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; Directiva 2006/54/CE, 2006).

En conclusión, la discriminación positiva es una estrategia compleja y polifacética que busca promover la igualdad real y sustantiva en el ámbito laboral. Su definición y aplicación pueden variar según la teoría o enfoque que se adopte, pero, en general, todas las teorías y enfoques coinciden en que la discriminación positiva es necesaria para corregir las desigualdades existentes, compensar las desventajas históricas y garantizar la igualdad real de oportunidades para todos los individuos y grupos.

Es importante destacar que, aunque la discriminación positiva puede ser necesaria y beneficiosa, también puede ser controvertida y desafiante. Entre los desafíos más comunes se encuentran la identificación de los grupos beneficiarios, la determinación de las medidas apropiadas y proporcionadas, la evaluación de la efectividad y los impactos de estas medidas, y el manejo de las posibles reacciones adversas, como la resistencia, la estigmatización o la inversión de la discriminación, pudiendo convertirse en una discriminación automática hacia las personas que sean beneficiadas por las medidas si estas no son calibradas correctamente.

### **3.2. Argumentos en contra**

Uno de los argumentos más comunes contra la discriminación positiva es que puede violar el principio de igualdad formal o de no discriminación. Según este argumento, cualquier trato diferencial basado en características protegidas por el artículo 14 de la Constitución Española como “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (Constitución Española) es inherentemente

injusto y discriminatorio, independientemente de su finalidad. Este argumento se basa en una interpretación estricta dicho artículo.

Otro de los argumentos más comunes en el debate académico es que la discriminación positiva puede perpetuar los estereotipos y las actitudes discriminatorias. Por ejemplo, las medidas que favorecen a ciertos grupos pueden dar la impresión de que estos grupos son menos capaces o competentes y necesitan ayuda especial para tener éxito (Bagenstos, 2006). Esta percepción puede reforzar los prejuicios existentes y aumentar la resistencia a la igualdad.

También se ha argumentado que la discriminación positiva puede ser contraproducente al provocar resentimiento y hostilidad por parte de los grupos no beneficiados al producirse una brecha en la sociedad. Este resentimiento puede generar conflictos y divisiones en el lugar de trabajo y en la sociedad en general (Sowell, 2004).

Por lo tanto, aunque existen argumentos sólidos tanto a favor como en contra de la discriminación positiva, es esencial tener en cuenta que cualquier análisis profundo debe considerar no solo los principios legales abstractos, sino también el contexto social, económico y político en el que se aplican estas medidas.

### **CAPÍTULO III. ESTUDIO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL**

#### **1. NORMATIVAS Y REGULACIONES ESPECÍFICAS**

La discriminación positiva encuentra su fundamento legal principal en la Constitución Española de 1978. El artículo 9.2 establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (Constitución Española). Este precepto constitucional legitima y obliga a los poderes públicos a adoptar medidas de discriminación positiva para garantizar la igualdad real y efectiva, como ya se expuso previamente.

Además de la Constitución, existen varias leyes que establecen medidas de discriminación positiva en el ámbito laboral. Entre las más destacadas se encuentran el Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley Orgánica 1/2004,

de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Real Decreto Legislativo 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 y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 17 trata la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Así, en el punto 1 establece que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español” (Estatuto de los Trabajadores).

Y en el punto 4 del citado artículo esta ley establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate” (Estatuto de los Trabajadores). Con ello da cabida a la discriminación positiva tanto a la hora de contratar como a la hora de promocionar. Hay que recordar que esta legislación tan solo obliga en lo relacionado a la no discriminación, mientras que da libertad a la negociación colectiva a que actúe como considere oportuno en materias de discriminación positiva, mientras esto sea proporcionado.

Abundando en el contenido del Estatuto de los Trabajadores, su artículo 24.2 establece la obligación para las empresas de no discriminar entre hombres y mujeres a la hora de

otorgar ascensos, tal y como se cita a continuación: “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación” (Estatuto de los Trabajadores).

El artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores se centra en exigir la equidad en la remuneración entre hombres y mujeres: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de esta, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes” (Estatuto de los Trabajadores).

Y, por último, en lo relativo a igualdad y discriminación positiva, el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” (Estatuto de los Trabajadores), por lo que se prohíbe el despido por causas discriminatorias.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, recoge toda una serie de derechos y prohibiciones para garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, como son el trato desfavorable hacia las mujeres en relación con el embarazo o la maternidad (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres) tal y como recoge el artículo 9 estableciendo indemnidad frente a represalias como “consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres).

El artículo 11 de esta ley encarga a los Poderes Públicos velar por “hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres), teniendo éstos que adoptar “medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). Cabe recalcar que este es el primer mandato legislativo que recae sobre los Poderes Públicos que no tendrán más opción que imponer medidas de acción positiva siempre que estas sean “razonables y proporcionales” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). No podemos olvidar que la discriminación automática de los colectivos no favorecidos por las medidas no es un resultado favorable y no se adhiere a nuestro derecho constitucional de igualdad ni a los principios que fundamentan la discriminación positiva.

En lo relativo a los deberes de los Poderes Públicos, el artículo 16 de la misma ley orgánica establece lo que se podrían considerar como cuotas de género para los puestos de responsabilidad al establecer que “Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres).

Esta ley también impone a los Poderes Públicos la elaboración de ciertos informes y planes, como el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades en el artículo 17 (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres); informes periódicos por parte del Gobierno “sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres” que deben ser presentados ante las Cortes Generales, en el artículo 18 (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres); e incorporar informes de impacto de género a “los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres).

La misma ley también incide en el ámbito económico privado. El artículo 45.1 establece que “las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar

cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). Para las empresas de cincuenta o más trabajadores, el artículo 45.2 establece que “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” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres).

Los planes de igualdad a los que hace referencia el artículo anterior son, según la definición dada por el artículo 46.1, “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. 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” (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). El contenido de los planes de igualdad puede encontrarse en el punto dos del mismo artículo.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, no afronta la discriminación positiva directamente, pero su artículo 26 puede tener cierta importancia en nuestro estudio. Dicho artículo establece la obligación del empresario de tener en cuenta el embarazo y la maternidad a la hora de evaluar los riesgos del entorno de trabajo y adoptar “las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada” (Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales). Si esto no fuera posible se procedería al cambio de puesto de la trabajadora y si esto tampoco lo fuera se recurriría a “la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud” (Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales). Si bien estas medidas no hacen referencia explícita a la discriminación positiva, su implementación práctica daría como resultado medidas muy cercanas a las de la discriminación positiva.

La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como la previamente citada Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, no contiene expresamente medidas de discriminación positiva, pero la aplicación de ciertas medidas que se extraen de ella podría dar pie a medidas muy similares a las de discriminación positiva. Por citar uno de ellos, el artículo 21 establece que las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo y a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, entre otros (Ley Orgánica 1/2004).

El Real Decreto Legislativo 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, sí establece medidas específicas de discriminación positiva. Como tal, el artículo 42 establece una cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas y privadas de 50 o más trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/2013). A su vez, el artículo 44 establece ayudas financieras para los centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, constando estos de al menos 70% de empleados con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), tal y como son establecidos en el artículo 43. Estas medidas son un claro ejemplo de discriminación positiva hacia un colectivo discriminado en el pasado, el de las personas con discapacidad, para conseguir su plena incorporación en el mercado económico y la implantación real del derecho constitucional de igualdad.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, trata la discriminación en general y entra a establecer medidas que podrían ser consideradas de discriminación positiva. En primer lugar, el artículo 1.2 de esta ley establece que “la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado” (Ley 15/2022), dando el paso de establecer obligaciones no sólo a los Poderes públicos sino también al sector privado. De esta primera toma de contacto podemos resaltar que esta ley ya en su artículo primero avisa de la inclusión de medidas de discriminación positiva en su articulado. La Ley 15/2022 legitima y acota la adopción de dichas medidas en el apartado segundo de su artículo 2, al establecer que “podrán establecerse diferencias de trato cuando los

criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad” (Ley 15/2022). Esta ley, por tanto, da cabida a que se establezcan medidas de acción positiva, lo que hemos denominado a lo largo del Trabajo de Fin de Grado como medidas de discriminación positiva, contemplando que dichas medidas deban ser establecidas mediante criterios “razonables y objetivos” (Ley 15/2022), y ello tanto en el ámbito laboral del trabajo por cuenta ajena, en el artículo 9 (Ley 15/2022), como por cuenta propia, en el artículo 11 (Ley 15/2022). Además, en esta ley se recogen, como no podría ser de otra manera, medidas de discriminación positiva concretas, que analizaremos en el siguiente subapartado.

## 2. CASOS CONCRETOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

La discriminación positiva en el derecho laboral español se ha materializado en diversas formas y contextos, lo que ha permitido afrontar tanto desigualdades históricas como desigualdades emergentes. A continuación, se expondrán algunos casos destacados que reflejan la amplia gama de aplicaciones de este concepto.

Uno de los casos más notables de discriminación positiva en España se encuentra en el marco de la igualdad de género en el empleo. Por ejemplo, en el sector público, se han adoptado medidas para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de responsabilidad y decisión (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, artículo 16). Esto ha llevado a un incremento notable en la representación femenina en estos puestos. Sin embargo, aún queda mucho por hacer, ya que la brecha de género persiste, especialmente en el sector privado. Como hemos citado, según un estudio de marzo de 2023 de IESE Business School, las mujeres ocupan tan solo el 32,37% de los puestos en los consejos de administración de las empresas cotizadas en la bolsa española, lo que asombra al compararlo con los datos del sector público, donde el porcentaje está en el 43,7% (Instituto Nacional de Estadística, 2022). No obstante, en las empresas más importantes de nuestro país, las del IBEX 35, la situación es bien distinta como indican los datos de la CNMV, a finales de 2022 el

37,5% de los consejeros de dichas empresas eran mujeres, porcentaje que se aleja de la media del 30,7% y se acerca al recomendado por la propia CNMV, un mínimo del 40% de mujeres en los consejos de administración. Por tanto, aun existiendo empresas del sector privado con porcentajes más aceptables, la profunda diferencia entre el sector público y el sector privado tiene su razón en que, mientras el artículo 16 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres obliga a los Poderes Públicos a fomentar el acceso de mujeres a puestos de alta responsabilidad, no lo hace para las empresas del sector privado (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, artículo 16).

En el ámbito de la discapacidad, como hemos mencionado, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social establece una cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/2013, art. 42). Aunque esta medida ha contribuido a mejorar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, aún existen importantes barreras para su plena participación en el mercado laboral. Fe de ello es que en 2022 el 64% de las personas con discapacidad de nuestro país, 1.269.400 personas, estuvieran desempleadas (Fundación ONCE, 2020). Y de todos los contratos realizados a personas con discapacidad en el año de 2021, solo el 37,1% de ellos fueron contratos específicos para personas con discapacidad, es decir, de los establecidos en el artículo 45 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. Podemos extrapolar que la reserva de puestos de trabajo es insuficiente para cubrir las necesidades este colectivo y que, por tanto, deberían recibir más prestaciones y facilidades a la hora de incorporarse al mercado laboral. Pero de esto ya se tratará en la conclusión.

También es importante mencionar la discriminación positiva en favor de los jóvenes, dada la alta tasa de desempleo juvenil en España. Por ejemplo, la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 estableció medidas específicas para facilitar la inserción laboral de los jóvenes, como bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para las empresas que contraten a jóvenes menores de 30 años (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013).

La anteriormente mencionada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, recoge en su articulado una serie de medidas concretas como medidas de acción positiva, que entendemos en el contexto de este análisis como

medidas de discriminación positiva. En primer lugar, encontramos en el primer punto del artículo 6 de dicha ley que “se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos” (Ley 15/2022).

En el artículo 9 de la Ley 15/2022, se incluyen dos medidas de importancia para el ámbito laboral en el empleo por cuenta ajena. La primera de ellas está recogida en el punto cinco, donde se establece que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto” (Ley 15/2022), protegiéndose el derecho a la intimidad de las personas aspirantes a puestos de trabajo dando la oportunidad a que personas, previamente discriminadas por causa de su salud, puedan acceder con mayor facilidad a empleos antes vetados para ellos. La segunda de las medidas, recogida en el punto seis del artículo 9 de la misma Ley, que se dispone que “por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1” (Ley 15/2022), lo cual constituye una medida para la lucha frontal contra la brecha salarial. Las condiciones o circunstancias a las que hace mención el anterior punto se refieren a que nadie podrá ser discriminado “con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal” (Ley 15/2022) o 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”.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, no da por concluida su labor normativa en materia de acción positiva y establece en el apartado dos de su artículo 27 que “serán igualmente 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 las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25” (Ley 15/2022), dichas obligaciones son las de “aplicación de métodos o instrumentos suficientes para” (Ley 15/2022) la detección de la discriminación (Ley 15/2022), “la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias” (Ley 15/2022). Los dos artículos mencionados ponen la carga de la responsabilidad de la no discriminación en el ámbito laboral sobre las empresas y obligan de facto a que las empresas no toleren ningún tipo de discriminación interna, ya que podrían verse afectadas por lo dispuesto en el artículo 27.

La misma ley establece una serie de sanciones que tienen una repercusión empresarial grave. Al examinar su artículo 37, vemos que dispone que “las administraciones públicas no subvencionarán, bonificarán o prestarán ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa firme por alguna de las infracciones calificadas como muy graves, en los términos y plazos previstos en el Título IV de esta ley” (Ley 15/2022). A su vez, en el propio artículo 37 se establece que las administraciones públicas podrán promover “la igualdad de trato y no discriminación” (Ley 15/2022) mediante el empleo de subvenciones (Ley 15/2022).

### 3. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REPRESENTACIÓN PARITARIA DE MUJERES Y HOMBRES EN LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN

Si bien es verdad que todo lo establecido en materia de cuotas de género hasta el momento ha sido de carácter obligatorio únicamente para los Poderes Públicos, esto puede cambiar dentro de poco con la introducción del anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión. Este proyecto de ley ya ha sido aprobado por el Gobierno e informado por el Consejo General del Poder Judicial, y será remitido a las Cortes Generales. Según el mismo Consejo General del Poder Judicial, “la reforma tiene como finalidad garantizar una representación equilibrada en los órganos constitucionales, un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas, de interés público y en los colegios profesionales, así como asegurar la paridad en las listas electorales” (Consejo General del Poder Judicial, 2023). Las reformas que incluye este anteproyecto de ley no podrían ser de mayor actualidad para este estudio, ya que aborda frontalmente la discriminación positiva. Entre otras medidas, en este anteproyecto de ley se establece la obligación de que cada sexo esté representado en al menos un 40% en “las personas

titulares de las Vicepresidencias y los Ministerios” (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión), “las personas titulares de las Secretarías de Estado y de los órganos directivos de la Administración General del Estado” (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión), “las personas titulares de las presidencias, vicepresidencias, direcciones generales, direcciones ejecutivas y asimilados de las entidades del sector público institucional estatal que tengan la condición de máximos responsables, así como a las personas con contratos de alta dirección en las citadas entidades” (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión) y en lo relativo a las sociedades cotizadas, esta medida será de aplicación en los consejos de administración y en los cargos de alta dirección, debiendo dar cuenta del estado de las cosas en este aspecto en la memoria de las empresas afectadas (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión). La medida anteriormente expuesta también será de aplicación para los colegios profesionales, para tribunales, jurados y órganos colegiados que otorguen premios o condecoraciones de la Administración General del Estado y para entidades del sector público institucional estatal (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión).

El anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión establece también que cuando se promocióne a una persona del sexo más representado, en el ámbito de los puestos tratados en el articulado previamente citado, deberá informarse al resto de candidatos los fundamentos de esta elección (Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión). Si bien, como hemos adelantado en el segundo apartado de este trabajo, las cuotas de género pueden suponer un menoscabo al derecho constitucional de la libertad de empresa, este anteproyecto de ley plantea una problemática nueva en el ámbito del derecho a la intimidad.

El hecho de que esta anteproyecto de ley sea consecuencia de la transposición de la Directiva 2022/2381 de la Unión Europea, tiene grandes consecuencias, al no tratarse de un mero texto del legislador español. Trataremos la consecuencia de la disolución de las cortes, la convocatoria de elecciones y el efecto de una hipotética elección de un gobierno opuesto a las medidas de discriminación positiva en la conclusión, así como

las posibles desavenencias de lo dispuesto por el anteproyecto de ley con respecto al derecho a la intimidad y a la libertad de empresa en el subapartado C del apartado de Conclusiones.

## **CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES**

### **1. RESUMEN DE LOS HALLAZGOS**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se podría argumentar que la discriminación positiva encuentra su fundamento teórico y legal en la Constitución española y en el Derecho Laboral. Así, el artículo 14 de la Constitución española, consagra la igualdad formal de todos los españoles ante la ley, lo que establece la no discriminación en la aplicación de la ley de forma que todos deben ser tratados de la misma manera. En el artículo 9.2, la Constitución asigna la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sea real y efectiva para todos y remover los obstáculos que puedan existir, en concreto en el ámbito de la vida económica de los ciudadanos. En el aspecto laboral, el artículo 35.1 de la Constitución hace referencia a la discriminación de sexo en el plano laboral. Y en el artículo 40.1 se exige a los poderes públicos que promuevan condiciones favorables que conlleven el progreso social y económico, que permitan una distribución de renta más equitativa y que realicen una política orientada al pleno empleo.

En el ámbito de los convenios internacionales y europeos, los instrumentos que afectan de manera más relevante a nuestro marco jurídico en esta materia son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (nº 111) de 1958, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, o Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así como en diversas directivas en el ámbito de la Unión Europea.

En ellos se establece el principio de igualdad y no discriminación como uno de los fundamentos de los derechos humanos y se hace referencia a las diversas políticas que los Estados deben llevar a cabo para promover la efectiva igualdad, incidiendo en la protección real, lo que supone un fuerte espaldarazo a la legalidad y constitucionalidad de las políticas que se deriven de ello.

En cuanto al análisis doctrinal sobre la discriminación positiva, los argumentos que la apoyan son las teorías de justicia compensatoria y de justicia distributiva. Como se expuso anteriormente, algunos autores consideran que estas medidas pueden contribuir a la diversidad y la inclusión en el lugar de trabajo mientras que otros consideran que, además, puede ser beneficiosa para la sociedad en su conjunto.

Respecto a la aplicación práctica de la discriminación positiva en el ámbito laboral español, hasta ahora se ha venido apoyando en normas imperativas en el ámbito de las administraciones públicas y los poderes públicos, pero poco a poco vamos viendo cómo se va integrando en el contexto de la empresa privada, con mayor impacto en las empresas cotizadas.

La aplicación, como hemos ido viendo a lo largo del TFG, se realiza normalmente mediante reservas de puestos para personas con discapacidad, cuotas de género, informes especiales, planes y objetivos a corto, medio y largo plazo, que deben realizar las empresas, actuaciones que después pueden ser controlados o revisados, o no.

Otro medio, orientado principalmente a las empresas, es el control interno que se le impone tácitamente, acompañado por un régimen sancionador para los casos en que se detecte discriminación o incumplimientos de las pautas establecidas en la legislación si dentro de las mismas empresas hubiera casos de discriminación o si no llegasen a las expectativas del sector o de los organismos que lo controlan en esta materia. Esto conlleva la necesidad de cada empresa de autorregularse y controlar el comportamiento interno de sus trabajadores para no ser sancionadas.

## 2. RECOMENDACIONES PARA FUTURAS INVESTIGACIONES

Recomiendo a futuras investigaciones que analicen el ámbito de las medidas de discriminación positiva centrarse en la relación entre el Derecho Laboral español y el Derecho Comunitario de la Unión Europea, ya que es ahí donde se encuentra el motor de la regulación en esta materia, por lo que les es pediría que se focalizaran en analizar la capacidad legislativa de la Unión Europea, que es la que en la práctica marca el paso de los estados miembros.

Vamos incorporando a nuestro Ordenamiento Jurídico los tratados internacionales firmados por España, como cualquier otro país de nuestro entorno, y ajustando nuestra

legislación para mantenernos acorde a las exigencias morales de la comunidad internacional en materia de empleo. En este sentido, la legislación española va progresivamente adoptando lo que se entiende como moral o conveniente desde el ámbito internacional, pero la potencia reguladora para hacer cambios reales más allá de ello la tiene la Unión Europea, como ha demostrado en diversas ocasiones y lo ha vuelto a hacer con la Directiva 2022/2381.

### 3. PERSPECTIVAS FUTURAS DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN ESPAÑA

El Gobierno ha disuelto las Cortes Generales, lo que paralizará la tramitación del anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión hasta que se constituyan las nuevas cortes, lo que ocurrirá en Octubre. La disolución de las cortes ha sido consecuencia de la convocatoria de elecciones generales en julio de 2023, que podría dar como resultado la conformación de un gobierno opuesto ideológicamente a las medidas de discriminación positiva dispuestas en el anteproyecto de Ley. Sin embargo, esto no supondría ningún obstáculo, ya que el anteproyecto es la mera transposición de una directiva de la Unión Europea, la Directiva 2022/2381, y como tal, estamos obligados a su transposición y a incorporarla en nuestro marco legislativo. Por lo tanto, en lo que al futuro de este ámbito se refiere, debemos atenernos a lo dispuesto por la disposición europea mencionada y a las consiguientes normativas que surjan desde el seno de la Unión Europea, que, como se ha expuesto en el apartado anterior, desde el punto de vista del autor de este TFG, es el verdadero motor del proceso legislativo en el campo de las medidas de discriminación positiva.

Sin embargo, el futuro de nuestra legislación en el ámbito de la discriminación positiva, el anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión, y por razón de causalidad, esta Directiva, nos plantean una problemática al chocar con el derecho constitucional a la libertad de empresa y al derecho a la intimidad, entrando de lleno en los debates doctrinales actuales sobre la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva. Podemos entender, como se mencionó en la exposición pormenorizada de este anteproyecto de ley, que el derecho a la libertad de empresa puede estar en riesgo en tanto y en cuanto se imponen una serie de cuotas de género a las empresas del sector privado y se imponen los procesos de selección y promoción oportunos para cumplir con estos mandatos. Podemos intuir que se está poniendo en riesgo el derecho a la intimidad cuando se deben dar las razones por

las cuales se ha promocionado a una persona del género que no es subrepresentado en su sector. En cuanto a la libertad de empresa, la directiva 2022/2381, en el apartado 51 de sus consideraciones previas, expone que las posibles limitaciones que se generen como consecuencia de su articulado respetan la esencia de este derecho y son necesarias y proporcionadas (Directiva 2022/2381), respondiendo a “objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (Directiva 2022/2381), por lo que se entiende que el posible daño causado al derecho de libertad de empresa es asumible cuando se pone en perspectiva del bien que se persigue conseguir con la norma. En cuanto a la posible vulneración del derecho a la intimidad, creo que excede del ámbito de este TFG ya que, después del análisis legislativo realizado no tengo constancia de ninguna otra disposición que podría vulnerar este derecho.

Una posibilidad con la que se podría sortear la vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa, si es que lo hubiere, es mediante la previa capacitación y formación a las mujeres que deberán ocupar los puestos de responsabilidad en los altos cargos y consejos de administración de las empresas. Recordemos que según las cifras aportadas por un estudio de IESE Business School, las mujeres ocupan tan solo el 32,37% de los puestos en los consejos de administración de las empresas cotizadas (IESE Insight, 2023), por lo que se requeriría un aumento del 23,6%, o lo que es lo mismo que después de que entre en vigor la transposición de la directiva europea, debe incrementarse casi un cuarto de las mujeres miembros de los consejos de administración de las empresas cotizadas, lo que podría afectar a la productividad de dichas empresas en el caso de que las personas en cuestión no tengan la formación, capacitación o experiencia necesaria para cumplir con lo que de ellas se les exigirá. Recordemos que el derecho de libertad de empresa según lo recoge la Constitución Española se basa en la productividad de las empresas (Constitución Española), por lo que ésta debe ser nuestra mayor consideración, que la productividad mejore con esta medida, o, que al menos, se mantenga igual. Para ello, yo plantearía abordar la posible falta de capacitación en la previsible marea de promociones, mediante la implantación de una normativa previa o programas de incentivos para la mejora de la formación y capacitación de las mujeres en los sectores en los que se encuentren subrepresentadas, con el fin de que su acceso a los órganos de dirección redunde en un incremento de la productividad de las empresas, poniendo en práctica así el deber de los Poderes Públicos que, según el artículo 38 de la

Constitución Española de libertad de empresa, es garantizar y proteger la productividad de las empresas en la economía (Constitución Española).

## **CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN**

Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convenio número 111 de la O.I.T relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE de 4 de diciembre de 1968).

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 (Diario Oficial de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2022).

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial de la Unión Europea de 02 de diciembre de 2000).

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2006).

Employment Equity Act 55 of 1998 (Gazette de 18 de octubre de 1998).

Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE de 11 de junio de 2021).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE de 10 de octubre de 1979).

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022).

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

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 (BOE de 3 de diciembre de 2013).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

Versión consolidada del tratado constitutivo de la comunidad europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C326, de 13 de diciembre de 2007.  
[http://data.europa.eu/eli/treaty/teu\\_2012/oj](http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj)

## 2. JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Estados Unidos núm.02-241, de 23 de junio de 2003 [versión electrónica – base de datos de la Corte Suprema de Estados Unidos. Ref. Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)]. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2023.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto. C-409/95, de 11 de noviembre de 1997 [versión electrónica – base de datos Eur-lex. Ref. 61995CJ0409]. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2023.

## 3. OBRAS DOCTRINALES

Bagenstos, S. R. (2006). *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*.

De La Macarena Iribarne González, M. (22 de septiembre de 2014). *Acción positiva*.

Hausman, D. M., & McPherson, M. S. (2006). *Economic Analysis, Moral Philosophy, and Public Policy*.

Herring, C. (2009). *Does Diversity Pay?: Race, Gender, and the Business Case for Diversity*. *American Sociological Review*, 74(2), 208–224.

Hidalgo Cuadra, R. (2014). *La discriminación positiva. Comentarios al caso Regents of the University of California v. Bakke*. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 7(10), 1–16.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press

Sowell, T. (2004). *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*. Yale University Press.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

- Australian Human Rights Commission. (s.f.). Positive Discrimination. Recuperado el 30 de mayo de 2023, de <https://humanrights.gov.au/quick-guide/12078>
- Clinton White House. (s.f.). Affirmative action: history and rationale. Recuperado el 25 de mayo de 2023, de <https://clintonwhitehouse3.archives.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa02.html>
- Comunicación Poder Judicial (2023, 25 de mayo). El Pleno aprueba el informe al anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de hombres y mujeres en órganos de decisión. Recuperado el 31 de mayo de 2023, de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-representacion-paritaria-de-hombres-y-mujeres-en-organos-de-decision>
- Employment Equity Commission. (2020). Annual Report 2019-2020. Department of Employment and Labour. Recuperado el 27 de mayo de 2023, de [https://nationalgovernment.co.za/departament\\_annual/326/2020-department-of-employment-and-labour-\(del\)-annual-report.pdf](https://nationalgovernment.co.za/departament_annual/326/2020-department-of-employment-and-labour-(del)-annual-report.pdf)
- Fundación ONCE (2022). Informe Olivenza 2022 sobre la situación de la discapacidad en España | Biblioteca Fundación ONCE. (2023). Recuperado el 28 de mayo de 2023, de <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/otras-editoriales/informe-olivenza-2022-sobre-la-situacion-de-la-discapacidad-en>
- Hunt, D. V., Layton, D., & Prince, S. (2015, 1 enero). Why diversity matters. McKinsey & Company. Recuperado 29 de mayo de 2023, de <https://www.mckinsey.com/capabilities/people-and-organizational-performance/our-insights/why-diversity-matters>
- IESE Insight. (2023, 23 de marzo). Los consejos del IBEX 35, cerca de la representación femenina mínima exigida por Europa para 2026. IESE. Recuperado el 24 de mayo de 2023, de <https://www.iese.edu/es/insight/articulos/mujeres-consejos-ibex35-2022/>
- Instituto Nacional de Estadística (2021). Mujeres y hombres en cifras 2021. Instituto Nacional de Estadística. Recuperado el 31 de mayo de 2023, de [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INSESeccion\\_C&cid=12599255956](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INSESeccion_C&cid=12599255956)

94&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888

Jourová, V. (2016). Gender balance on corporate boards: Europe is cracking the glass ceiling. En Comisión Europea. Directorate-General for Justice and Consumers. Recuperado 15 de mayo de 2023, de [https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=46280](https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=46280)

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2013). Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Recuperado el 1 de junio de 2023, de [https://www.mites.gob.es/ficheros/rse/documentos/eeej/eeej\\_documento.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/rse/documentos/eeej/eeej_documento.pdf)

Office of the Assistant Secretary for Administration & Management (s.f.) Legal Highlight: The Civil Rights Act of 1964. Recuperado el 30 de mayo de 2023, de <https://www.dol.gov/agencies/oasam/civil-rights-center/statutes/civil-rights-act-of-1964>

Real Academia Española. (s.f.). Discriminación Positiva. En Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado el 1 de junio de 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/discriminaci%C3%B3n-positiva>

Wigand, C., Kolanko, K., & Torres Castillo, C. (2022, 22 noviembre). Gender Equality: The EU is breaking the glass ceiling thanks to new gender balance targets on company boards. European Commission. European Commission. Recuperado 23 de mayo de 2023, de [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_22\\_7074](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_7074)